Revista de Direito

19

Intellectus

Procuradoria Geral do Estado de Goiás

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO

R.DIR.PGE	Goiânia	v.19	p.1 –	1985/86

Revista de Direito A 20 – vol. 19
1985/86 – Goiânia
Procuradoria Geral do Estado
de Goiás

I – Direito – periódicos
CDU 340.05
CDU 34(05)

REVISTA DE DIREITO

EXPEDIENTE

Reginaldo Fonseca dos Reis
Diretor

Luiz Fernando Valladares Borges
Redator-Chefe

Conselho Editorial

Francisca Guilhermina di Guimarães Mello
Geraldo Raul Curado Fleury
João Sandes Filho
José Muniz de Resende
Luiz Fernando Valladares Borges
(Coordenador)
Reginaldo Fonseca dos Reis
Wilder Tavares de Góes

Maurinha Pereira Borges
Secretária
Rosemary Reis Teixeira
Secretária

Toda correspondência deve ser dirigida à REVISTA DE DIREITO – PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – Centro Administrativo, 10º andar – Rua 82 – Setor Sul – Goiânia - Goiás, 74.000.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

COMPOSIÇÃO

Procurador Geral do Estado: Gercy Bezerra Lino Tocantins
SubProcurador-Geral do Estado: Geraldo Raul Curado Fleury

ASSESSORIA ADMINISTRATIVA
Francisca Guilhermina di Guimarães Mello
João Sandes Filho
Leila Maria Cunha Prudente
Maria Maura Martins Morais Tayer
Wilder Tavares de Góes

ASSESSORIA JUDICIAL
Norival de Castro Santomé
Sílvio Mesquita

PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Izidoro Gomes Pereira da Silva – Procurador-Chefe
Olímpio Jayme

PROCURADORIA JUDICIAL
César Laboissiere Loyola
Getúlio Vargas de Castro
Jarmund Nasser
João Batista de Oliveira – Procurador-Chefe
José Bonifácio
José Muniz de Resende
Paulo Crispim
Vânia Nasser Sampaio

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO
Clara Pereira – Procuradora-Chefe
Geraldo Rodrigues Furtado
José Licínio de Miranda
Jurandyr Ribeiro Soares
Raimundo Donato Miranda
Wagner Nasser

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS
Almerinda Pinheiro Cavalcante
Consuelo Brasil Custódio
Dárcio Brasil Silva
Iomar David
Leda Maria Merjane Resende
Lúcia Maria Borges Machado Valadão
Luiza Margarida Bittencourt Barbacena
Maria da Conceição Pinto Gouvea – Procuradora-Chefe
Milcíades Macedo Moreira
Regiane Stival Leal Lozano
Valdisa Moura Soares
Wilson Rios Barbo de Siqueira

PROCURADORIA FISCAL
Jordi Machado
Maria das Graças Almeida Borges
Maria das Graças de Castro Coelho Diniz
Norma França Jajah
Salomão de Melo Filho
Sebastião Antonio de Mendonça
Terezinha de Jesus Morais Santana
Therezinha Moura
Tomaz de Aquino Petráglia
Valby Pereira Cunha – Procurador-Chefe
Waston de Paula Carrijo

PROCURADORIA TRABALHISTA
Geraldo Majela Franklin Ferreira Filho
Luiz Fernando Valladares Borges
Luiz Francisco Guedes de Amorim – Procurador-Chefe
Luzia Aguiar de Farias
Nicodemos Eurípedes de Morais
Sonimar Fleury Fernandes de Oliveira

REVISTA DE DIREITO
Reginaldo Fonseca dos Reis – Diretor

NÚCLEO SETORIAL DE ADMINISTRAÇÃO
João Gomes de Menezes – Coordenador

PROCURADORES À DISPOSIÇÃO DE OUTROS ÓRGÃOS
Dirceu Ferreira de Araújo
Enaldo de Carvalho
Felicíssimo José de Sena
Getúlio Targino Lima
Julieta Bastos Rocha

NOTA EXPLICATIVA

Com o volume 19, a Procuradoria Geral do Estado volta a editar sua publicação oficial. É um fato especial que nos traz muita satisfação, à Casa e particularmente à equipe de trabalho responsável pela editoração do número novo da Revista de Direito. Acreditamos que será ela recebida com simpatia por seus habituais leitores, visto que se restabelece a relação de interesse, que um periódico sempre suscita, pelo exame do seu contéudo, do exercício de suas idéias.

Os textos que o compõem foram reunidos em preparação anterior, tendo sido acrescido a esse conjunto, mais recentemente, um precioso estudo no âmbito do Direito Penal Comparado, da lavra do nobre Professor e SubProcurador Geral do Estado, Dr. Geraldo Raul Curado Fleury.

A produção jurídica constante do presente número revela a inestimável colaboração que os autores editados prestaram à Revista, seja no plano da pesquisa científica e da doutrina, seja no plano da interpretação ou da aplicação do Direito.

Registra-se também nesta Nota a rara colaboração que nos foi oferecida pelo preclaro jurista e teólogo espanhol A. Beristain - mestre em Direito Penal e Criminologia - cujo texto publicamos no original em castelhano. Trata-se do trabalho intitulado **Crimen y Castigo (Cristo ante la justicia penal actual)**, objeto de conferência proferida pelo insigne Professor no Seminário Internacional de Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos, realizado de 4 a 8 de dezembro de 1988, em salvador, BA.

Por último, mas não menos importante, desejamos render nossas indeclináveis homenagens à Caixa Econômica do Estado - promovedora de notáveis realizações no campo da cultura, das artes e do esporte em Goiás - que tornou possível, graças a seu patrocínio, a edição do presente número da Revista de Direito. À instituição apresentamos nossos melhores agradecimentos.

O Diretor

SUMÁRIO

1 – DOUTRINA E ESTUDOS – **COLABORAÇÕES ESPECIAIS**

Crimen y Castigo – ANTONIO BERISTAIN 13

Das Penas Restritivas de Direitos – LICÍNIO LEAL BARBOSA 33

O Código de Processo Civil: Entre a Ética e a Epistemologia – LUIZ FERNANDO VALLADARES BORGES 53

O Escritor e sua Profissão: Direitos e Deveres – ANTÔNIO CHAVES ... 69

O Suicídio no Direito Penal Comparado – GERALDO RAUL CURADO FLEURY 85

Reforma Agrária e Política Agrícola – PAULO TORMINN BORGES 97

2 – JURISPRUDÊNCIA

Ação de Indenização por Perdas e Danos – Carência de Ação contra o Proagro – Legitimação Passiva do Banco Central do Brasil – JOÃO DA SILVA MOREIRA 111

Concurso Público – Modificação no Regulamento feita antes do certame com ampla e eficaz divulgação – Mandado de Segurança indeferido – CELSO FLEURY 119

Crime de Imprensa – Representação – Prescrição do Direito de Queixa – LEÔNCIO PINHEIRO DE LEMOS 123

Julgamento antecipado da lide – O julgamento antecipado da lide só se impõe quando o Magistrado entender que estão comprovados os fatos noticiados na Inicial – FENELON TEODORO REIS 129

Mandado de Segurança – Concessão do **Writ** sob fundamento de inobservância de garantia Constitucional – Processo Administrativo sem oportunidade de ampla defesa é nulo – JÚLIO RESPLANDE DE ARAÚJO 133

Pedido de Intervenção Federal – Requisição Judicial de Pagamento de Débito – Direito de Precedência de Precatório – Prazo de apresentação – Preferência não configurada – Indeferimento do pedido – JÚLIO RESPLANDE DE ARAÚJO..... 141

Rescurso de Apelação – A Apelação somente é comportável contra as decisões definitivas, cabendo, excepcionalmente, contra decisões interlocutórias com força de definitiva – LEÔNCIO PINHEIRO DE LEMOS.... 149

Regulamentação de visitas a filho – Separação de fato dos cônjuges – Poder e dever do Juiz de regular a situação – Desnecessidade de prévia medida cautelar ou Ação de Separação – LAFAIETE SILVEIRA..... 153

3 – PRONUNCIAMENTOS

Despachos

Aposentadoria – Funcionário não fica sujeito aos 70 anos a afastar-se do Cargo em Comissão – Inexistência **in casu** de Aposentadoria Compulsória – A proibição de acumular proventos não se aplica aos inativos quanto ao exercício de um Cargo em Comissão – (Despacho – Procurador Geral do Estado)..... 161

A possibilidade jurídica de Contratações de habilitados em Concurso Público em face da Lei nº 7.493, de 17 de junho de 1986 – Inteligência do artigo 19, § 1º, da citada lei (Despacho – Procurador Geral do Estado).. 165

Conselho de Contas dos Municípios – Cometimento Constitucional – Órgão independente e autônomo, não se integra, vincula ou se subordina ao Poder Legislativo ou Executivo – Colegiado excluído do disposto no art. 12 do Decreto nº 2.526 de 16.12.1985 (Despacho – Procurador Geral do Estado)..... 171

Inconstitucionalidade de Lei (Emenda) Constitucional nº 15 que acresceu ao artigo 63 do Estatuto Político local dispositivo (§ 3º) que fere a Constituição Federal e a própria Constituição Estadual (Despacho – Procurador Geral do Estado)..... 175

Licença-Prêmio – Servidor Autárquico, sujeito a regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, não tem direito à Licença-Prêmio – Impossibilidade jurídica de se aplicarem supletivamente disposições do Estatuto para concessão do benefício (Despacho – Procurador Geral do Estado)..... 179

Pareceres

Firma individual – Pessoa física – Formação do capital – Não incidência do ITBI – JAIME ROSA BORGES..... 185

Licitação Pública – Anulação de Concorrência – EVERARDO DE SOUSA 191

4 – TRABALHOS FORENSES

Concurso Público – Homologação do resultado do concurso – Mandado de Segurança – (Informação em M.S.)..... 205

Concurso Público – Homologação do resultado do concurso – Mandado de Segurança contra ato do Procurador Geral do Estado – (Informação em M.S.)..... 211

En este rato de conversación podemos aprender mucho como dicen mis alumnos universitarios, podemos aprender un mogollón. Empezamos con la primera nueva-vieja bienaventuranza "Bienaventurados los piojos de Dostoievski".

2º. Bienaventurados los piojos de Dostoievski

Este gran novelista ruso en su obra **Crimen y castigo** nos descubre muchos puntos que la moderna Criminología insiste fuertemente. Raskólnikov, el protagonista, mató a la vieja Aliona Ivánovna con un hacha. Después vio que colgaba de su cuello un portamonedas pequeño y sobado y Raskólnikov se lo metió en el bolsillo sin abrirlo. Asesinó también a sua hermana inesperadamente. Por fin Raskólnikov se siente obligado a ir a ver a Sonia para decirle que él es el asesino de las dos hermanas. A través de un largo diálogo, de extraordinaria riqueza psicológica y epistemológica, Raskólnikov le comunica, le descubre a Sonia que él ha sido el asesino. Al oírlo, del pecho de Sonia solo salieron dos palabras, como un gemido terrible: "¡Dios mío!". Y poco después, "¿Qué ha hecho usted?...". Y se le lanzó al cuello, le abrazó estrechándole fuertemente entre sus brazos. Al escuchar este prolijo diálogo, aparecen muchos de los descubrimientos de la moderna ciencia criminológica. Nosotros ahora sólo podemos espumar un par de estas consideraciones. Raskólnikov mató por motivos y por fines muy complejos según el mismo lo dice: para coger dinero, sí, pero no, pues no ha abierto todavía el monedero sino que lo ha enterrado, para ver si él era un piojo o una persona o si podía llegar a ser como Napoleón, por una fuerza superior del diablo, de las estructuras diríamos hoy, para salir de su soledad, para que Sonia le reciba y le acoja. Además, Raskólnikov sabe y dice que él miente continuamente. Por ejemplo, cuando dice que es de distinta madera que Sonia. También aparece en ese diálogo la rica sensibilidad femenina y cristiana de una mujer, Sonia, que desde el primer momento le escucha al criminal, le atiende, le abraza y le promete que estará siempre con él. Siempre iremos juntos a la cárcel. Además, reconoce su dignidad personal, también su responsabilidad y también su capacidad de volver a nacer, su aptitud para aceptar y llevar la cruz. En muchas cárceles se podía leer este diálogo con sumo provecho. También en algunas parroquias y en algunos grupos de cristianos apostólicos. En resumen, nadie delinque por capricho, ni por un motivo sencillo, superficial. Las motivaciones son muy complejas. Sabemos poquito dónde empieza y donde termina la libertad propria y la ajena. Hoy ningún teólogo y ningún criminólogo afirma lo que el Padre Jerónimo Montes afirmaba a comienzos de este siglo sobre la libertad metafísica.

Sabemos que puestos en las mismas circunstancias que el criminal, también nosotros cometeríamos el delito, sabemos que los que se denominan piojos, los delincuentes, son bienaventurados porque son hijos de Dios, son los predilectos del Padre, sabemos que Jesús ha venido a buscar a los enfermos, no a los sanos y que hay en el cielo más alegría cuando un pecador se arrepiente que ante noventa y nueve justos que no necessitan penitencia.

Bienaventurado el caballo de Troya

Nadie en el mundo universitario que yo conozco, en Europa ni en América del Norte ni en América del Sur ni en Japón, nadie de la "Sociedad Internacional de Criminología", nadie de la "Sociedad Internacional de Derecho Penal" o de la "Asociación Penitenciaria", incluso nadie de la Comisión de Criminólogos de las Naciones Unidas o del Consejo de Europa, nadie, como digo, aplaude las penas privativas de libertad. Nos vemos obligados a ella. Como dicen eminentes criminólogos es una triste necesidad. Nadie aplaude que en España halla más de 30.000 personas en las instituciones penitenciarias, que cada año más de 70.000 españoles pasen por las cárceles. Nadie desea que en todos los países se maltraten en las cárceles a tantos y tantos miles de hombres, mujeres y niños. En muchos países también los niños están internados en las cárceles. Ya veremos después que algo de esto también sucede en España. En los medios universitarios nos rompemos los codos y la cabeza dándole vueltas a la medicina que debemos inventar contra el cáncer de la cárcel. El castillo de Kafka sigue en pie y parece increible, pero cada año aumenta su tamaño, parece que nos quiere aprisionar a todos. En la mayoría de los Congresos de penalistas, de jueces, de penitenciaristas, continuamente nos interrogamos qué podemos hacer para que esa mancha de aceite disminuya, cómo podemos abolir las cárceles, qué sanciones alternativas podemos inventar y crear?. Como cristianos y también como simples personas de buena voluntad, tenemos obligación de tomar más en serio este problema, todos, no sólo los universitarios. Urgentemente debemos hacer algo concreto y podemos hacer algo concreto para que en las cárceles, mientras éstas se mantengan en pie, hasta que éstas desaparezcan, vayan siendo algo menos pestíferas. Una pequeña parcial – pero eficaz y actual – medicina es introducir dentro de cada cárcel un caballo de Troya, y dentro de la barriga de ese caballo, meternos unos cuantos "voluntarios" o "benévolos". Supongo que los oyentes saben lo que significa técnicamente la palabra voluntarios o benévolos. Son personas que gratuitamente trabajan en favor de los demás, son personas que formando un grupo y con los debidos permi-

sos de la autoridad penitenciaria, dedican x horas al día o a la semana para convivir con los presos, para asistirles, para dialogar con ellos, para llevarles ropa, para cuidar a su familia, para atender a sus hijos, para formar la capellanía con un sacerdote. En fin, es la gratuidad contra la competitividad del mundo de hoy. En la legislación penitenciaria de muchos países, sobre todo en Italia, Francia, Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, como en la legislación penitenciaria internacional de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, hay varios artículos que definen la misión y las competencias de los voluntarios. Por desgracia, la legislación española no conoce esta institución. Esperamos y deseamos que pronto la conozca. Pero afortunadamente, como dice el principal autor de la Ley Penitenciaria Española, los artículos de esta excelente ley, permiten que los ciudadanos que estamos en la calle, entremos en la cárcel y trabajemos en plan de voluntarios aunque no recibamos esta etiqueta. Los que, por lo que sea, tengan voluntad de trabajar en plan de benévolo pero no puedan entrar en la cárcel, pueden dedicar x horas al día o a la semana para colaborar con los que entran en el caballo de Troya. Pueden hacer mil trabajos en la retaguardia: por ejemplo, en las parroquias o en el grupo de comunidades de base, puden visitar a la esposa, a la novia, al marido o al novio de quien está en la cárcel, pueden cuidar de sus hijos, pueden hacer seminarios para explicar en los centros docentes de los niños, de los jóvenes, de las Universidades qué sucede dentro de las cárceles y qué podemos y debemos hacer para que se respeten y se desarrollen más los derechos humanos, pueden escribir artículos en la prensa, pueden hablar en la radio, tantas cosas se pueden hacer!... y desde luego, adoptar una postura y un testimonio crítico contra las personas que están estabelecidas y que están conformes con la triste realidad de las cárceles. Por todas partes, como entre barrotes de una reja, hay manos que se extienden en busca de otras manos que se las estrechen afectuosamente. Cuando inesperadamente esto se produce, caen de repente las barreras, y con un corazón frío se funde en una cálida corriente de vida. Los voluntarios pueden iniciar a los presos, por ejemplo, en la contemplación, en la meditación. En la medida en que el hombre experimenta que toda y el todo al que pertenece se siente él mismo en su centro, siempre que el hombre esté bien centrado en la oración, en la contemplación, vibra en él todo del que él forma parte y que el mismo es por esta participación. Si los voluntarios experimentan esta realidad y saben iniciar a los internos para que dediquen el tiempo libre en esta contemplación, habremos dado un paso de gigante. Otro trabajo puede ser el iniciar a los internos en el arte. Toda obra de arte auténtica invita a una contemplación supraobjetiva, porque es justamente gracias a esta transparencia a la trascendencia

por lo que **es** una obra de arte. Por eso, el Ministro de Justicia alemán Radbruch, insistía en la importancia positiva del arte dentro de las instituciones penitenciarias.

3º. Bienaventurado el ave Fénix.

Un catedrático español, José Antón Oneca, ha escrito mucho sobre el perdón, y los cristianos con frecuencia meditamos sobre esto y cuando rezamos el Padre nuestro quizás sin caer en la cuenta de todo lo serio que decimos, pedimos perdón y prometemos perdón a nuestros deudores. Esta promesa tiene sumo valor y es importante que los cristianos que nos declaramos como comunidad de amor y de perdón, y nos comprometemos como tales ante los niños que entran en la iglesia para recibir el bautismo – agua que limpia y luz que calienta – adoptemos la misma postura ante quien entra en la cárcel. Es importante, como dice el catedrático de Valencia, José Ramón Casabó, que los cristianos veamos en las sanciones penales necesariamente una posibilidad para repersonalizar, resocializar y reeducar a los delincuentes y a los condenados. Este año el gran filósofo y físico Weisäcker acaba de publicar un libro de 500 páginas con el título **¿Tenemos nosotros un futuro?.** Y un subtítulo "Cambio de conciencia". Este gran filósofo "coculpable" del descubrimiento de la invención de la bomba atómica se pregunta en serio – no por retórica – si tendremos un porvenir. Aduce argumentos sólidos en contra y a favor. Comenta el sermón del monte. Ante este programa dice, brota el asombro fuente de innegable belleza y verdad, y la constatación de que no lo cumplimos. El sentimiento de este asombro y la vergüenza de violarlo es el comienzo de un cambio de conciencia, de una nueva conciencia individual. Este paso – esta pascua – abre la puerta a una nueva conciencia ciudadana y cívica.

Recordemos que Sonia le prometió a Raskólnikov, "Dios te devolverá la vida" (si tú te reconoces delincuente). Sonia le podía haber dicho que Dios perdona y repersonaliza hasta setenta veces siete. Nosotros podemos y debemos llevar esta buena nueva a la cárcel.

A veces, cuando se habla de la confesión y del perdón de Dios, minimizamos su bondad y su generosidad. Hablamos del perdón como si fuera un perdón humano. En realidad, cuando Dios perdona hace más de lo que dice Sonia, más que devolver la vida, hace una gran fiesta. Del estiércol saca gladiolos y del barro saca bellísimas creaturas vivas. Cuando hablamos de la confesión y del perdón, olvidamos lo qué tantas veces repetimos: "como nosotros perdonamos a nuestros deudores". Un señor que no creía y que se decía no creyente salió de una eucaristía, en la que contrajeron matrimonio unos amigos, y dijo: "Me extraña

caridad, ningún provecho saco."

El apostol continua: "la caridad es sufrida, es benigna; la caridad no tiene celos, no se pavonea, no se infla, no traspasa el decoro, no busca lo suyo, no se exaspera, no toma cuenta del mal. No se goza de la injusticia, antes se goza con la verdad. Todo lo disimula, todo lo cree, todo lo espera, todo lo tolera". Estas últimas palabras hay que repetirlas con frecuencia al entrar y al salir de la cárcel. Todo lo disimula, todo lo cree, todo lo espera, todo lo tolera. Y hay que leer también aquella frase que tanto repetía San Agustín: "Odia el pecado, pero ama al pecador", sin que esto quiera decir que delito y pecado sean la misma realidad. Ya a comienzos del siglo XVIII los autores subrayan esta distinción, Beccaria y Lardizábal insisten en que delito y pecado son dos realidades distintas. Pero tienen algunos puntos comunes. Lo cierto es que nosotros estamos obligados a amar a los enemigos, amar a los pecadores, amar a los delincuentes y amar a los que están en la cárcel, que no sabemos si son delincuentes y, desde luego, de ninguna manera sabemos si son pecadores.

No podemos decir que un recién nacido sea enemigo de Dios. Tampoco podemos decirlo ni sentirlo ante un condenado por la justicia humana. Todo lo contrario. Son los preferidos de Jesús. Jesús ha venido para estar con ellos.

Ama al delincuente, esto es muy difícil. Esto no es lógico. Como dice el Cardenal Martini en su libro **Hombres de paz y reconciliación,** amar a los presos es una pasión difícil, pero la tenemos que cultivar. Intentemos pensar por ejemplo qué significa en la actualidad una atención verdadera, una caridad cristiana hacia los presos. Si alguien se comprometió de algún modo por ellos, de inmediato surgen divisiones, desconfianzas, miedos. Miedo de que el principio legal sea quebrado, de que se favorezca la ilegalidad. Sin embargo, el preso es una persona que tiene un presente y no sólo un pasado. Por lo tanto, tiene que ser amado y ayudado en su presente y también en su futuro, tan difícil. Por otra parte, sigue el jesuita y cardenal de Milán, sabemos que la relación con el preso debe tomar en cuenta las pasiones que surgen en la cárcel, convirtiéndola en un lugar de mundanidad, de violencia, casi una repetición a la vez reducida y ampliada de todas las formas de degradación social. Por eso, el amor, la atención a los presos es sumamente exigente y requiere una fortaleza de ánimo y un coraje muy grandes.

En la historia de los penitenciaristas espanõles destaca la seriedad con que éstos exigen a las personas que entran en la cárcel, entrar con entrañas de caridad. Concepción Arenal es una mujer extraordinaria en este sentido. También lo fué años después, en tiempo de la República, Victoria Kent y actualmente hay varias mujeres que trabajan como

con que talante tan superficial rezan y cantan los cristianos el Padre nuestro, sobre todo essa frase "como nosotros perdonamos. No sé si caen en la cuenta de lo que dicen y de lo que prometen". En las cárceles tenemos posibilidad de probar y realizar nuestra promesa.

A nosotros mismos y a los presos hay que decirles que Cristo no nace solamente un día al año, sino que es un acontecimiento constante que puede verificarse en cada una de nuestras vidas, todos los días, como recordaba Gandhi.

En este momento podemos hacer una pausa para preguntarnos a nosotros mismos si de hecho en el campo de la asistencia a los presos está vivo nuestro cristianismo. Primera pregunta:

– ¿Crees que muchos presos experimentan la realidad, la presencia de Dios en su corazón y por eso vas a visitarles?

– ¿Crees que el preso por su experiencia del límite, de la injusticia, constata el sentido del mundo como totalidad que es algo demasiado grande, y que no cabe en nuestro entendimiento y que entiende a San Agustín cuando quería, pero no podía, coger todo el agua del acéano en el agujero de la arena?

– ¿Crees que la violencia y la criminalidad salvaje y la guerra y la tortura y la Inquisición son la manifestación permanente de lo demoníaco – del mal – en el mundo?

– ¿Crees que tu generosidad puede ser la epifanía constante de Dios con entrañas maternales que hace salir el sol sobre buenos y malos?

– ¿Crees que si el peor error consiste en hacer sufrir (como dice Camus), el mejor acierto consiste en hacer gozar también a los delincuentes?

– ¿El deseo de vengarnos contra quien nos ha hecho daño, es justicia o es un virus pestilento?

4º. Bienaventurados los que aman al delincuente.

El amor cristiano de que habla el Nuevo Testamento en todas sus páginas, y en concreto la carta a los Corintios, cobra una coloración especial si se lee mirando por la ventana de nuestra habitación, de nuestra capilla, de nuestra iglesia o de nuestra reunión con amigos mirando hacia la cárcel más próxima: "Si hablare las lenguas de los hombres y de los ángeles, mas no tuviere caridad, no soy sino bronce resonante o un címbalo estruendoso. Y si poseyere la profecía y conociere todos los misterios y toda la ciencia y si tuviere toda la fe hasta trasladar montañas, mas no tuviere caridad, nada soy. Y si repartiere todos mis haberes y si entregare mi cuerpo para ser abrasado, mas no tuviere

voluntarias en varias prisiones de España con una rica sensibilidad femenina y evangélica y hacen un bien enorme en las cárceles.

5º. **Bienaventurado don Quijote.**

Don Quijote pensaba y sobre todo lo que más importa, **sentía** conforme al evangelio y a la mejor justicia respeto a los que infringen la ley cuando aconseja a Sancho, gobernador de la Insula Barataria, con estas atinadas palabras: "Al culpable que cayere debajo de tu jurisdicción, considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza humana nuestra y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente; porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia" y poco después añade: "Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia".

Muchos policías y jueces y muchos cristianos en sus parroquias y en sus reuniones leerán con provecho estos consejos de don Quijote. Cuando los jueces miran desde arriba, desde su sillón en el estrado hacia abajo, hacia el banquillo al padre de dos hijos que ni tiene trabajo, ni seguridad social, ni donde caerse muerto, acusado de haber robado unas cuantas gallinas y unos cuantos conejos... en vez de ver a un criminal deben acordarse de esa frase "sujeto a la condición de la depravada naturaleza nuestra, humana" y verán que ante ellos está un pobre hombre, un pobre de Yahveh, un preferido de la misericordia de Dios.

En el mismo tiempo en que Cervantes escribía **El Quijote,** allá por los años 1616, en la cárcel de Sevilla, un sacerdote jesuita, el Padre Pedro de León, entraba todos los días en la cárcel para atender como capellán a los internos. Y durante unos años asistió en el momento de morir a más de trescientos condenados a muerte. Escribió páginas rebosantes de caridad evangélica sobre cada una de estas personas, con su nombre y apellido y sus detalles, con una comprensión extraordinaria. Quizás lo que más repite a lo largo de su libro sea la expresión "era un pobre hombre", frase rodeada de palabras amorosas que nos trasmiten el abrazo de Jesús a los delincuentes. En sentido parecido, actualmente, este año 1988, el cardenal Martini, jesuita, ha publicado un libro en que transmite la misma impresión. Hablando de los pobres escribe: "Los pobres son los predilectos de Jesús porque son pobres, porque no tienen poder y el evangelio es el poder de Dios y el pobre se deja caer en las manos de Dios porque carece de dinero, de prestigio y de poder".

A la luz de don Quijote y a la luz de las obras de eminentes criminólogos, como por ejemplo del último libro que se ha publicado en

España por el profesor Antonio García-Pablos sobre Criminología, nos convencemos de la importancia evangélica y cómo el evangelio y la teología pueden enriquecer a la Criminología al mismo tiempo que la Teología cristiana puede enriquecer a la Criminología. Por ejemplo, aquella bella parábola que nos impide discernir el trigo de la cizaña, que nos impide separar al inocente y al criminal, que nos muestra que ambos caminamos juntos y construimos juntos la ciudad terrena y la celeste, como hilos blancos y negros que juntos tejen la alfombra persa. Cuando se rompe un hilo negro, el tejedor revisa toda la tela y examina también el telar.

En la Criminología de nuestras Universidades se patentiza cada día más la necesidad de investigar los delitos de los rateros y de los atracadores a bancos y de los camellos de la heroína, pero no menos los delitos de los legisladores, de los poderosos, de los policías, de los jueces. Podríamos y deberíamos investigar también los delitos de los obispos y de los papas y de los santos. Sólo queda fuera del campo de la investigación criminológica, Jesús. A Jesús pueden llegar las tentaciones (como dice la película de Scorsese, "La última tentación de Cristo"), pero Jesús nunca ha caído.

En Criminología se prueba que casi siempre el estafado y el desvalijado es censurable y, más o menos, es culpable de la propia estafa y del propio devalijamiento que ha sufrido. Después de leer la revista **Cuadernos de Política Criminal** o la revista **Poder y control** o la **Revista de Estudios Penitenciarios,** si se nos ocurre la idea de clavar el hacha en el árbol del mal, comprendemos que debemos mirar también sus raíces y encontraremos las raíces del árbol estéril y del fecundo entrelazadas en el corazón silencioso de la tierra, del estiércol y de las flores.

Llama la atención – y conviene decirlo – cuán arraigada tenemos la herejía maniquea: cómo acusamos a los otros y cómo nos excusamos a nosotros mismos. En realidad, si miramos con pupila evangélica al delincuente y al inocente, no los vemos tan distintos ni tan distantes; en el fondo veremos un solo hombre vagando a tientas, cayendo y levantándose, avanzando y retrocediendo entre la noche de su yo pigmeo y el día de su yo divino. Bien mirado todo, la piedra angular de la catedral, sólo exterior y provisionalmente se diferencia de la piedra más enterrada en sus cimientos.

Tenía razón, pues, don Quijote cuando nos pide más comprensión, más cercanía, más epiqueya, más humanismo. Esto de la comprensión lo repite con frecuencia y con tino José Luiz L. Aranguren. Tiene que ser una comprensión total, global y, sobre todo, cordial.

Quizás el ministro de justicia, el catedrático de Criminología y

de Derecho penal, Radbruch, se inspiró en Cervantes cuando escribió: "Los criminólogos tenemos que leer el evangelio y tenemos que estudiar religión como los teólogos deben leer libros de Criminología y estudiar Derecho penal".

Vamos hacer una pausa para formular algunas preguntas y dejar un breve silencio para responderlas:

1ª – Siempre que celebramos la eucaristía decimos – a veces "de pico" – (como se dice vulgarmente) que somos pecadores, pero ¿de verdad tú te reconoces ahora pecador y delincuente y merecedor de ingresar en la cárcel?

2ª – Si te roban el coche, ¿te consideras exento de culpa por haber sido robado, o te consideras co-responsable?

3ª – ¿Tienes tú parte de culpa del infanticidio que se cometió ayer en una ciudad que está a mil kilómetros de tu casa, en Alaska, en Pekín o en Buenos Aires?

4ª – Los tres millones de parados en España ¿pueden acusarte a ti de su pobreza, de su carencia del elemental derecho a trabajar?

5ª – ¿Puedes tú hacer algo más y algo concreto para lavarte las manos de esa sangre? ¿Qué puedes hacer tú y algunos de tus amigos o familiares esta semana?

6º. Bienaventurados quienes se dejan evangelizar por los presos.

Hace un par de años las religiosas Hijas de la Caridad, en su capítulo general, decidieron y formularon como uno de sus ideales fundamentales "dejarse evangelizar por los pobres". Yo creo que nosotros podíamos hoy adoptar como ideal para una temporada, dejarnos evangelizar por los presos. Los presos tienen quizás una especial experiencia de la presencia de Jesús. En la cárcel se ha comunicado Dios a Ignacio de Loyola y a San Juan de la Cruz. En la cárcel se ha aparecido a San Pedro y a San Pablo. En la cárcel han experimentado la presencia de Dios también el Premio Nóbel de la Paz, Pérez Esquivel como lo escribe en un artículo publicado en la Revista **Concilium**. Y Jesús, quizás pensando en los presos, dijo según nos cuenta San Lucas, en el cap. 10, versículo 21: "Te doy gracias Padre, porque al esconder estas cosas a los que se tienen por sabios se las has revelado a los pequeños".

Un domingo, antes de celebrar la misa dentro de la cárcel, un preso me entregó un papel con el siguiente texto: "El cura, don Fortunato, va corriendo por las callejuelas de su pueblo montado en su burro." ¿Qué hace don Fortunato? le pregunta. El responde: – Voy en busca de mi burro. Al día siguiente, el cura don Fortunato va corriendo por las calles de pueblo con la mano derecha sobre su nariz –¿Qué hace, don Fortunato?, – voy en busca de mi nariz. El día siguiente don Fortunato va corriendo por las calles de su pueblo, mirándose en un espejo. – ¿Qué hace don Fortunato?, – Voy buscando a mi Dios. Muchos presos (como este preso) caen en la cuenta de que Dios está dentro de nosotros: el silencio, las circunstancias de la cárcel, les facilita el encuentro con Dios.

El día 14 de abril de este año 1988 hablé en el Senado a los senadores de la Comisión de Derechos Humanos, sobre "Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los infractores jóvenes (El Derecho penal contra la delincuencia juvenil)". Les dije que para conocer y resolver los grandes interrogantes de nuestra convivencia, para respectar y desarrollar los derechos humanos, ni la política basta, ni el Senado basta, ni la Universidad basta, ni la ciencia basta. Como catedrático de Universidad me duele, pero constato que el raciocinio no llega hasta la meta de las grandes cuestiones de la persona y de la sociedad. Que es necesario cruzar, atravesar el umbral de la razón para llegar a la experiencia global, mística.

Reconozco que acierta San Juan de la Cruz cuando escribe:

Yo no supe dónde estaba,
pero, cuando allí me vi,
sin saber dónde me estaba,
grandes cosas entendí;
no diré lo que sentí,
que me quedé no sabiendo,
toda ciencia trascendiendo.

Y continúa poco después:

El que aquí llega de vero,
de sí mismo desfallece;
cuanto sabía primero
mucho bajo le parece;
y su ciencia tanto crece,
que se queda no sabiendo,
toda ciencia trascendiendo.

Nuestra conciencia, si nos dejamos evangelizar por los pobres, si nos dejamos iluminar por los presos llega más allá de la razón. Algo de eso dice también el jesuita Enomiya – Lassalle en su libro **¿A dónde va el hombre?** Y en el últimamente publicado **Vivir en la nueva conciencia.**

7º. **Bienaventurado la Iglesia virgem más que prostituta.**

Conviene que recordemos algo de lo negativo y sobre todo algo de lo mucho positivo que desde sus inicios (y aún antes de Cristo) ha aportado el cristianismo, la Iglesia, en favor de los perseguidos por el poder y de los delincuentes y de los condenados. Atinadamente afirma el Concilio Vaticano II en la **Gaudium et Spes,** creo que es en el nº 42: "la misión de la Iglesia **debe** crear obras al servicio de todos, particularmente de los necesitados", y yo añado que pocos son tan necesitados como los que están en la cárcel.

Una institución que ya está vigente en el Antiguo Testamento merece especial atención: el derecho de asilo. Los templos y aún algunas ciudades israelitas, gozan del privilegio de poder acoger a los delincuentes y a los perseguidos por el poder. Esto era hace muchos siglos. Ahora la Vicaría de Santiago de Chile durante estos años de la dictadura de Pinochet, ha servido de cobijo y asilo a muchas personas. Y ahora y aquí, también en la vida cotidiana existe un derecho de asilo, de tono menor, pero sumamente importante. Me refiero a las costumbres cristianos, de la familia, de la parroquia, de los ciudadanos de acoger a los marginados en las iglesias y/o en los conventos y atenderles.

Pío Baroja describe con acierto la vida de los marginados en Madrid, por ejemplo en su novela **La Busca.** Allí encontramos el haz y el envés de muchos cristianos. Allí encontramos que lo positivo supera, queda por encima de lo negativo en la institución eclesiástica. El protagonista, Manuel, acostumbra a ir a dormir con algunos compañeros a las iglesias, entre otras a la de San Sebastián "llena de bancos". Es una faceta concreta del derecho de asilo. Sin embargo, sigue don Pío, una noche el sacristán les hizo salir y les entregó a una pareja de orden público. Estos les llevaron al calabozo, a las cuevas del Gobierno civil. Manuel protesta de que en la casa de Dios, en la iglesia, donde todos son iguales, sea un crimen ir a descansar.

Los guardias, continúa don Pío, les llevaron a un cuarto obscuro donde los golfos se juntan y juegan hasta la ropa y se quedan en cueros... Al salir del calabozo Manuel y sus compañeros recuerdan lo que saben por experiencia, que pueden ir a un convento de trapenses que hay cerca de Getafe donde les darán de comer. Y así lo hacen. Allí se sientan a la mesa. Algunos días van allí donde les atiende un lego que viene "con un gran caldero" que les deja encima de la mesa, al cual ellos le dan las gracias y se quedan con las ganas de hacerle unas coplas al rector que se llama Domingo.

La Iglesia con sus monjes y sus monjas siempre lleva grandes

calderos de comida, de ropa, de medicinas... a los presos, a los leprosos, a los vagabundos, etc. Pero estos grandes aspectos positivos no deben hacernos olvidar lo que Schillebeeckx en su último libro ha escrito:"conviene de vez en cuando recordar lo negativo de la Iglesia. Cuando Karl Marx criticó a la iglesia y al cristianismo por considerarlos opio del pueblo, no adoptaba una postura carente de fundamento. En algún sentido tenía razón. Ya lo habían dicho mucho antes y con más energía conocidas autoridades cristianas cuando escribían **ecclesia semper reformata**: la iglesia debe estar en continua autocrítica y auto-revisión."

Otros, también cristianos, amaban a la iglesia como Madre, pero escribían que también veían en ella rasgos, defectos y conductas de prostituta.

Recientemente Hans Küng ha publicado su excelent libro **La Iglesia** que armoniza estas dos caras de la moneda áurea. Y hace muy pocos años un jesuita alemán ha publicado un libro donde con cariño critica a la iglesia porque en las cárceles ha sido poco evangélica, porque los capellanes penitenciarios se han arrimado al poder, porque los teóricos del Derecho Canónico y de la Teología han exagerado la necessidad de la expiación y han permitido la pena de muerte, la tortura y no han criticado la Inquisición, etc.

El Concilio Vaticano II ha pedido perdón por los pecados, la finitud y la culpabilidad de la Iglesia, que como toda institución humana alberga – y muestra – el pecado original. Negarlo sería de ciegos. Ya el primer Papa cayó en la tentación, los surcos de sus lágrimas lo atestiguan.

Antes de pasar al capítulo siguiente recordemos un aspecto positivo importante de la iglesia. El que muchos cristianos han sido testimonio fehaciente y heroico del mensaje evangélico. Podríamos citar los ejemplos de tantos y tantos cristianos, sacerdotes, religiosas, seglares que se enfrentaron al genocidio hitleriano, y cientos de testimonios críticos de cristianos que critican los ambientes, los abusos de ciudades e instituciones cristianas. Por ejemplo, aquel jesuita que dejó de preparar su tesis doctoral con Heidegger allá en 1936 para venir de capellán de la legión, pero escribía informes muy críticos a las supremas autoridades del ejército. Un dado concreto: Durante la guerra civil, el que fué Ministro de Justicia en el Gobierno Republicano, Manuel de Irujo, desde que tomó posesión de su cargo hasta que dimitió el 10 de agosto de 1938, por escrito, de palabra y en todas sus actuaciones se manifestó enemigo total de la pena de muerte, dijo él, por alentar emociones cristianas y demócratas, que me inducen a estimar **que la vida es el primer derecho del hombre.**

8º. Bienaventurados los pobres y los profetas.

Los comprometidos en defender y desarrollar los derechos humanos en la perspectiva evangélica, es decir, en el sentido preferente por los pobres y los empobrecidos, podemos y debemos imitar a Noé cuando construyó un arca en tierra seca y abrió de par en par sus puertas para que entraran y encontraran asilo todos los vivientes amenazados por el diluvio...

A todos los marginados les debemos preparar un sitio para ellos en el arca, en la nave de la Iglesia (más amplia que el arca de Noé donde caben hasta las fieras salvajes). Es muy laudable que sacerdotes y cristianos seglares abran sus pisos para que en ellos puedan vivir los presos y las presas al salir de la cárcel. De estos casos hay bastantes actualmente en Madrid y un jesuita vive con cuatro o cinco ex-presos. Y en otras ciudades de España y de fuera de España son muchos los casos similares. También es importante que haya cristianos que critiquen las estructuras injustas. Recordemos San Basilio en su homilia 6, contra la riqueza, escribe algo que conviene leer: "Si cada uno se quedase sólo con lo que es necesario para sus necesidades ordinarias y diese lo superfluo a los indigentes, desaparecerían la riqueza y la pobreza". Hasta aquí la cita de San Basilio que la recuerdo porque el 80% de los que están en la cárcel son personas carentes de los medios necesarios. Y vuelvo otra vez a la cita de San Basilio: "El pan que tú conservas le pertenece al hambriento. Los abrigos que guardas en tu armario le pertenecen al desnudo. Los zapatos que te sobran pertenecen al descalzo. El dinero que tú guardas pertenece a los miserables. Con lo cual estás oprimiendo a personas que podías ayudar".

Ante la estadística según la cual, como antes he dicho, la inmensa mayoría de los privados de liberdad son personas carentes de los medios económicos necesarios, aparece patente de aplaudir a esos profetas como el jesuita Pedro Basiana, muerto en Hispanoamérica a los 46 años, escribe a sus amigos y colegas cartas proféticas. En concreto la última carta del Padre Basiana, escrita el 5 de junio de 1976, habla de que ha ido al médico y éste le dijo: "Usted tiene una grave enfermedad en la sangre: tiene leucemia, quiere decir un cáncer en la sangre. Y sigue en la carta: "Recordad loque os digo tantas veces: mientras Europa, Estados Unidos y Japón despilfarran inconscientemente la abundancia de los bienes, aquí los campesinos, los mineros, los que trabajan en la selva, han de resignarse a morir por falta de recursos imprescindibles. A mi me daban muchas ganas de morir, con lágrimas, unido por el amor, a todos ellos. Y como esto es un don de Dios y si os puede ayudar, liberaos de la maldita sociedad de consumo que os ofusca, que nos hace duros de corazón, que nos hace egoístas, que nos hace esclavos".

En Puebla se afirmó y se enfatizó algo que merece atención para las personas que estamos preocupados por resolver el problema de las cárceles, es decir, por resolver el problema de los pobres y de los empobrecidos que no tienen una casa sino que encuentran su único cobijo en la cárcel.

9º. Bienaventurada Antígona.

En más de una cárcel se han fugado algunos presos utilizando un helicóptero que ha aterrizado en el patio e inmediatamente ha despegado y huído ante el asombro de los presentes.

La capellanía penitenciaria se asemeja a ese helicóptero, pero también se diferencia de él. Se asemeja porque viene desde fuera y trae a personas de fuera, se diferencia porque pretende no fugarse sino quedarse dentro. La capellanía tiene algo de droga, de opio, de viaje, pero es un viaje hacia dentro. Es buscar el reino de Dios que está dentro de nosotros. Siempre que el poder ha creado un laberinto carcelario, la Iglesia ha metido dentro a un grupo de cristianos. La historia de la capellanía penitenciaria tiene altibajos. Muchos capellanes han escrito páginas de máxima calidad evangélica. Por ejemplo San Pedro Canisio, capellán en Viena, el jesuita Fredich von Spee, en Alemania, que fue el que acabó en gran parte con la Inquisición en la condena de las brujas, el Padre Pedro de León, en Sevilla, etc.

En San Sebastián durante casi medio siglo un sacerdote, José María Arrieta, consagró toda su vida a las internas y a los internos en las cárceles guipuzcoanas, desde la cárcel de Ondarreta a la de Saturrarán y la de Martutene. Cuando murió, los internos escribieron una carta al Alcalde de San Sebastián en la que pedían que se levantara un monumento y una estatua en honor de este gran sacerdote, capellán penitenciario y se le dedicara una calle o una plaza. También ha habido capellanes estabelecidos, sanguijuelas que han vivido a costa de las ovejas de su rebaño, como se queja Yahveh en el Antiguo Testamento o simplemente se han limitado a cumplir.

Hoy en día la ciencia penitenciaria aconseja que la atención religiosa a los presos no se vea, como se ha visto durante muchos siglos, como un medio de domesticar a los internos sino al contrario como un derecho a la libertad de conciencia. No es pues posible que se les obligue a asistir a las conferencias, a los ejercicios, a la misa, ni se les obligue a cantar canciones religiosas como por desgracia se ha hecho du-

rante años en muchas instituciones penitenciarias, no. Nunca olvidemos que, como explican Beccaria y Lardizábal, los presos son personas que tienen derecho a la libertad religiosa.

Hace pocos meses, falleció en la cárcel de Berlín el anciano Hess que se hallaba preso bajo el control de las tres potencias victoriosas de la guerra. En los últimos años semanalmente le visitaba el capellán protestante. El primer día, que le saludó este capellán, se acercó a él y le tendió la mano, a lo cual le respondió Hess amablemente: "no le está permitido a Ud. darme la mano". Al constatar con bondad esta infracción del Reglamento penitenciario me acuerdo de la infracción a la ley de Antígona cuando el rey Creonte no le permitía que celebrase las honras fúnebres por su hermano. Antígona para obedecer el consejo divino del amor fraterno tuvo que inflingir el precepto humano del rey Creonte. Las personas que llevamos el mensaje evangélico a los presos, con más o menos frecuencia tendremos que inflingir ciertas normas penitenciarias. En muchas cárceles se repite la história de Antígona con más o menos importancia. El reglamento impide que se cumpla el consejo divino del amor fraterno. El tema de las capellanías merece más tiempo del que ahora disponemos. Por lo menos, hemos de decir que la ciencia moderna teológica, criminológica y penitenciaria aconsejan que más que de capellanes penitenciarios se hable y se trabaje en plan de capellanías penitenciarias. Es decir, que un grupo de cristianos, de creyentes y entre ellos, como servidor de ellos, un sacerdote (en la iglesia protestante con frecuencia una sacerdotisa) asisten aos presos y celebran la eucaristía. La mujer tiene mucho que hacer en este campo. Nosotros aquí podemos recordar la crítica de Martini, tan suave y tan cariñosa, cuando hablando de la mujer dice: "Hay categorías que están presentes sin que les designe filológicamente en el mensaje evangélico. Entre estas, yo citaría en especial a las mujeres, es decir, la atención de Jesús hacia las mujeres. Creo que este es un punto crucial en la actividad pastoral, y tal vez nosotros en el cambio actual de la sociedad, estamos perdiendo un poco el sentido de la importancia de la mujer en la vida de la Iglesia. Naturalmente un cardenal no puede formular una crítica más severa, pero nosotros sí creo que debemos hacerlo. La mujer debe tener más protagonismo en la iglesia de hoy y debe y puede tener más protagonismo en las capellanías penitenciarias".

Las capellanías pueden procurar que tengan lecturas interesantes y también religiosas los privados de libertad. Quizás hacer sesiones de comentarios de algún artículo o algún libro.

10º. Bienaventurados los niños de pecho.

En muchas cárceles, en España y fuera de España, con las mujeres condenadas conviven o conmueren los hijos de éstas desde que nacen hasta que tienen en concreto en España, 6 años, en Polonia hasta que tienen tres años. Cuando cualquier persona, aunque sea poco sensible, visita una institución penitenciaria y se encuentra con media docena de niños de pecho y niñas de 2 ó 3 años conviviendo con las condenadas, se le cae el alma y siente una protesta enorme en su interior. Pilatos no ha muerto, vive en la ley que exige o permite a esos niños estar día y noche en la cárcel. Urge que hagamos algo en contra de esta realidad de hoy. En Valencia y en otras ciudades, también en Madrid, ya algunas personas han abierto pisos en los que con permiso especial las madres conviven con estos niños hasta que llegan a la edad en que ya pueden vivir fuera de la cárcel. Un día, después de haber visitado en Martutene a las mujeres y con ellas a un par de niños en esta edad, escribí los versos siguientes que me parece podemos leer ahora:

¡Castigar nunca!
A tu niño
nadie le debe castigar.
Nunca.
Sería un crimen,
un holocausto.
Nadie le debe castigar.
Ni Dios lo hace.

A tu niño
se le puede reprender.
Pero, sólo
quien le quiere
tal como es.
Quien le quiere
a fondo perdido.

Tu niño
– semillero
soterrado,
roto,
bajo la nieve paradójica –
aflora y
florece
por tu pupila cálida.

Estas niñas y niños de pecho son la victima número uno de nuestra sociedad. Y a este respecto conviene recordar que ha brotado hoy una ciencia nueva, concretamente brotó el año 1973, en Jerusalén, en el **Primer Simposio Internacional de Victimología,** y se ha confirmado en agosto-septiembre 1988 en otro Simposio de la misma Asociación. Esta ciencia y esta Sociedad Internacional de Victimología pueden intensificar las relaciones entre el Derecho penal, la Criminología, la cárcel y la Teología con provecho para todos. La Victimología puede aprender mucho del evangelio acerca del delito y de la delincuencia, ver que el misterio de Caín, el misterio del asesinato de Jesucristo, el misterio del asesinato de tantos mártires. Puede aprender mucho del problema de la expiación, la vindicta, esa teología anselmiana que hoy en día como ya lo ha hecho González Faus, muchos teólogos y el Padre Díez-Alegría y otros, comprenden que el Dios Padre no pide la muerte de su Hijo. En este sentido la película de Scorsese, "La última tentación de Cristo", deja mucho que desear. No nos extraña que se haya producido en Norteamérica donde todavía en tantos Estados está vigente la pena de muerte.

La Victimología ha añadido un protagonista nuevo: la víctima que hasta ahora era el convidado de piedra en el proceso penal. La víctima puede cambiar radicalmente todo el sistema de la justicia y el estudio científico universitario de la víctima puede también enriquecer la teología de hoy y de mañana. Que sea una teología de ofrenda, no de victimación, que sea una teología que atienda y asista a la víctima sin preocuparse tanto por castigar al delincuente. Afortunadamente, y con esto termino, la teología cristiana tiene mucho que aportar a la ciencia penal y criminológica universitaria y al sistema de justicia estatal. También al sistema de justicia penal canónico y la teología, la moral, el evangelio, puede y debe ser un fermento que cambie totalmente la administración de la justicia y los estudios universitarios. Como dice el Concilio Vaticano II puede dar esperanza y ánimo y sentido para la vida de los jóvenes y de los adultos, de los que vivimos en la calle y de los que sufren la injusticia estructural en las cárceles. Especialmente éstos tienen mucho que dialogar con el evangelio. Este diálogo puede ser sumamente provechoso para todos; para ellos y para nosotros.

Nota: Conferência proferida no "Seminário Internacional de Direito Penal, Criminologia e Direitos Humanos", em Salvador(BA), de 4 a 8 de dezembro de 1988.

1-DOUTRINA E ESTUDOS

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Prof. LICÍNIO LEAL BARBOSA
(Livre Docente de Direito Penal
Diretor da Faculdade de Direito da UFG)

SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 – O Anteprojeto de Código Penal (Parte Geral). 3 – O Anteprojeto da Lei de Execução Penal. 4 – O Projeto de Código Penal (Parte Geral). 5 – O Projeto da Lei de Execução Penal. 6 – As penas restritivas de direitos no Código Penal: a) – Espécies; b) – Características; c) – Cominação das penas: d) – Da aplicação das penas; e) – Do **sursis;** f) – Da extinção da punibilidade; g) – A matéria nas disposições transitórias. 7 – Das penas restritivas de direitos na nova Lei de Execução Penal: a) – Quanto à disciplina; b) – Quanto às faltas disciplinares; c) – Quanto às sanções disciplinares; d) – Quanto ao Juízo da execução; e) – Quanto ao patronato; f) – Quanto à casa do albergado; g) – Da prestação de serviços à comunidade; h) – Da limitação de fim de semana; i) – Da interdição temporária de direitos; j) – A execução do **sursis;** l) – Quanto às conversões. 8 – Apreciação crítica. 9 – Sugestões. 10 – Apreciação final.

1 – Introdução – As preocupações com o aprimoramento do Código Penal promulgado pelo Dec.-lei nº 2.848, de 7.12.1940, que entraria em vigor a 1º de janeiro de 1942, já se faziam sentir ainda nos anos quarenta. Principalmente a partir de 1945, com o término do Estado Novo, em cujo ventre havia sido gerado, recebendo acentuada influência do fascista Código Rocco de 1930. As linhas gerais desse aprimoramento foram traçadas no art. 141 e seus §§ da Constituição de 18 de setembro de 1946, que delinearam os direitos e as garantias individuais.

Com as mudanças políticas, sociais e econômicas que se processariam na sociedade brasileira, restabelecido o estado de direito democrático – após a primeira fase da era getuliana – aquelas preocupações iniciais de aprimoramento do Código Alcântara Machado se transformaram em aspirações mais nítidas por um novo Código Penal.

Essas aspirações se tornaram mais veementes no início dos anos sessenta, quando o anseio por mudanças institucionais levou o Governo Jânio Quadros a convocar o Ministro Nélson Hungria para elaborar um novo Código Penal, que respondesse às expectativas da consciência jurídico-penal brasileira. Escolha a mais adequada, pois Nélson Hungria, membro da Comissão Revisora do então vigente Código Penal, assomava, no proscênio da cultura jurídica nacional, como o mais eminente penalista brasileiro deste século.

Concluído o trabalho, já no Governo João Goulart, veio a lume o Projeto do novo Código Penal, no ano de 1963. A partir de então, esse memorável trabalho seria objeto de acaloradas discussões, pelos especialistas das ciências penais de todo o País, até transformar-se no Dec.-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, o chamado Código Penal de 1969, promulgado pelo triunvirato militar. Diploma de fugaz e vexatória existência. Pois, embora alterado pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, foi considerado imprestável e, por isso mesmo, revogdo pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem jamais haver entrado em vigor.

A essa altura, o Código Penal de 1940 já havia recebido várias alterações estruturais, consubstanciadas na Lei 6.416, de 24 de maio de 1977.

Essas alterações respondiam apenas em parte ao clamor dos cientistas penais de todo o País, que se vinham reunindo, em conclaves, com certa frequência, para o estudo e o debate dos principais temas penais, sugeridos pela nova realidade brasileira.

Um desses memoráveis conclaves foi, sem dúvida, o "Seminário de Direito Penal e Criminologia", realizado em Goiânia, nos idos de setembro de 1973, com a presença de notáveis penalistas, dentre os quais se destacam, de saudosa memória, José Salgado Martins, Alcides Munhoz Netto, Raul Chaves, Benjamin Moraes Filho. E cientistas penais que continuam na linha de frente das ciências penais: Manoel Pedro Pimentel, Jair Leonardo Lopes, Everardo da Cunha Luna, Luiz Vicente Cernicchiaro, Odin Indiano do Brasil Americano, dentre outros. O Seminário se cristalizou na "Moção de Goiânia", constituída de sete **princípios**, com algumas **recomendações.**

Diz a "Moção":

"Dada a relativa inadequação da pena privativa de liberdade para os fins de retribuição ao delito e de ressocialização do delinqüente, recomenda-se:

"a) – limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos;

"b) – adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue;

"c) – a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado como: ampliação do perdão judicial, do **sursis** e do livramento condicional, além de outras **medidas substitutivas** da pena de prisão" (grifou-se). (In "Moção de Goiânia I", "Revista da Faculdade de Direto da UFG", volume 5, suplemento, princípio 6).

Recomendações que seriam corroboradas no "Seminário sobre a Reforma Penal" realizado, igualmente, em Goiânia, em 1981, para exame do Anteprojeto do Código Penal (Parte Geral), então há pouco publicado, para receber sugestões – ocasião em que foi editada a "Moção de Goiânia II".

Nos seminários que, em Goiânia e alhures, se realizaram, uma tônica: a necessidade de se adotarem **medidas alternativas,** "substitutivas da pena de prisão".

2 – **O Anteprojeto de Código Penal (Parte Geral)** – Com vistas a dotar o País de um Código Penal moderno, que refletisse os anseios da comunidade jurídico-penal brasileira, o Ministro Ibrahim Abi-Ackel, pela Portaria nº 1.043, de 27 de novembro de 1980, designou comissão de alto nível capitaneada pelo Prof. Francisco de Assis Toledo, e constituída pelos juspenalistas Francisco de Assis Serrano Neves (de saudosa memória), Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, para elaborar anteprojeto de lei alterando a parte geral do Código Penal de 1940, trabalho apresentado a 18 de fevereiro de 1981, com breve relato das atividades da comissão, pelo seu presidente, dirigido ao Ministro da Justiça. Mandado publicar pela Portaria nº 192, de 6 de março de 1981, com pedido de sugestões que deveriam ser apresentadas até 30 de abril daquele ano, o anteprojeto seria estudado e debatido em vários seminários e simpósios, em todo o País.

Dentre as inovações preconizadas, destaca-se no art. 32, inc. II, c/c os arts. 43 **usque** 48, o instituto das penas restritivas de direitos, concebidas, ali, na sua feição tríptica de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e aprendizado compulsório.

3 – **O Anteprojeto de Lei de Execução Penal** – Simultaneamente ao trabalho de elaboração do Anteprojeto de Código Penal, providências eram adotadas, pelo Ministério da Justiça, visando a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Execução Penal, que tivemos a grata oportunidade de examinar na abertura da "Semana Maranhense de Estudos Penais", a 13 de janeiro de 1982; bem assim no simpósio realizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Anteprojeto elaborado por Comissão presidida pelo Prof. Francisco de Assis Toledo, e composta dos eminentes cientistas penais René Airel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Jr., Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, vindo a lume em 1981, eis que autorizada sua publicação pela Portaria Ministerial nº 429, de 22 de julho daquele ano. Todo o título IV do documento, compreendendo os arts. 94 **usque** 99, é dedicado à execução das penas restritivas de direitos, como tais especificadas no Anteprojeto de Código Penal: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e aprendizado compulsório.

4 – **O Projeto de Código Penal (Parte Geral)** – Pelo Aviso nº 242 – SUPAR/83, de 29 de junho de 1983, do Ministro Leitão de Abreu, era encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Código Penal (Parte Geral), acompanhado da Mensagem nº 241, do Presidente João Figueiredo, e da Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983, do Ministro Ibrahim Abi-Ackel. Nesta, os parág. 40, 41 e 42 são dedicados às penas restritivas de direitos, que "em sua tríplice concepção aplicam-se aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a um ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se, em ambas as hipóteses, o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que darão a medida de conveniência da substituição", salienta o Ministro Abi-Ackel.

O art. 32, inc. II, c/c os arts. 43 **usque** 48, focalizam as penas restritivas de direitos e suas espécies, agora compreendendo prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e **limitação de fim de semana** (que substituiria, assim, a pena inicialmente preconizada de "aprendizado compulsório").

5 – **O Projeto de Lei de Execução Penal** – Ao mesmo tempo em que encaminhava ao Congresso o Projeto de Código Penal, o Governo João Figueiredo enviava, também, o Projeto de Lei de Execução Penal, através do Aviso nº 243 SUPAR/83, de 29.6.83, do Ministro João Leitão de Abreu, acompanhado da Mensagem Presidencial nº 242, e da

Exposição de Motivos nº 213 do Ministro da Justiça. Nesta, as penas restritivas de direitos ocupam os parágrafos 138 **usque** 141. Ali, realça-se que "a atividade judicial é de notável relevo na execução destas espécies de pena", acrescentando que, "como se trata de inovação absoluta, inexistem parâmetros rigorosos a guiá-la. E enfatiza a exposição de motivos: "Cabe-lhe, assim, designar entidades ou programas comunitários ou estatais; determinar a intimação do condenado e adverti-lo das obrigações; alterar a forma de execução; verificar a natureza e a qualidade dos cursos a serem ministrados; comunicar à autoridade competente a existência da interdição temporária de direitos; determinar a apreensão dos documentos que autorizem o direito interditado, etc." O Projeto cuida da matéria nos arts. 146 **usque** 153, especificamente.

6 – **Das penas Restritivas de Direitos no Novo Código Penal** – As penas restritivas de direitos estão genericamente previstas no art. 32 da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que substituiu toda a Parte Geral do Código Penal de 1940, com reflexos em sua Parte Especial.

a) – **Espécies** – As penas restritivas de direitos estão especificadas no art. 43, **in verbis:** I – prestação de serviços à comunidade; II – interdição temporária de direitos; III – limitação de fim de semana. Manteve-se, pois, a proposta consubstanciada no projeto governamental.

b) – **Características** – A característica fundamental das penas restritivas de direitos é a **substitutividade,** pois que revestem a indumentária de **medidas** eminentemente **alternativas,** apesar de autônomas.

Diz, com efeito, o art. 44 do novo estatuto penal: "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

No parágrafo único, se explicita que, "nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente".

A pena de **prestação de serviços à comunidade** está disciplinada no art. 46 do novo estatuto material: "... Consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais". Explicita-se, no parágrafo único, que

"as tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho".

Já as penas de **interdição temporária de direitos,** que se distinguem das antigas penas acessórias, por serem autônomas e pela característica da **substitutividade**, são, **ex-vi** do art. 47 da Lei 7.209/84, de três espécies: "I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo".

A terceira e última espécie das penas restritivas de direitos, a **limitação de fim de semana,** foi definida no art. 48 do novo Código, e "consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado", ficando explícito, no parágrafo único, que, "durante a permanência (num desses estabelecimentos), poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas".

c) – **Cominação das penas** – Já nos manifestamos sobre o tema, numa comunicação ao "I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária", realizado em Brasília (DF), de 27 a 30 de setembro de 1981, sob os auspícios do Ministério da Justiça e da Universidade de Brasília.

Assinalamos, então, que "os dispositivos configurados nos arts. 55 e 57 são excrescências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados" (**In** "Da Cominação das Penas no Anteprojeto", "Revista de Informação Legislativa", a.19, nº 75, julho/setembro 1982, p. 279).

Permanecemos na convicção de que o capítulo destinado à **Cominação das penas** – que, no Código Penal em vigor, ocupa os arts. 53 **usque** 58 – é uma superfetação e, como tal, eliminável, sem prejuízo do conjunto da sistemática legislativa. Ou, quando muito, a matéria poderia ser deslocada para o capítulo I do título V, que trata das penas, em geral.

Contudo, ressalte-se que a matéria foi, substancialmente, refundida, à feição do Projeto, tomando, no novo Código, os dispositivos compreendendo os arts. 53 **usque** 58, como já registrado.

Diz o art. 54: "As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou

nos crimes culposos". E tem "a mesma duração da pena privativa da liberdade substituída" (art. 55).

Quanto à proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, e à pena de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, estabelece o art. 56 que se aplicam a "todo crime cometido no exercício da profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes". Já a pena de "suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo", dispõe o art. 57 que se aplica "aos crimes culposos de trânsito".

d) – **Da aplicação das penas** – O capítulo concernente à aplicação da pena está intimamente ligado às penas restritivas de direitos. Pois que, quando da fixação da pena, compete ao juiz, "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima" – compete-lhe estabelecer, "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – **a substituição da pena privativa da liberdade** aplicada, **por outra espécie de pena**, se cabível". (grifou-se).

Ora, como uma das características primordiais das penas restritivas de direitos é a **substitutividade,** ao lado da **temporariedade** – cabe ao magistrado, no momento da **fixação da pena,** que é aquele em que a pena abstratamente cominada se concretiza na sentença condenatória – cabe ao magistrado efetuar a substituição da pena privativa da liberdade por uma ou mais penas restritivas de direitos.

Daí a superior importância da matéria frente às penas restritivas de direitos.

e) – **Do sursis** – Embora ocupando, por razões de sistemática legislativa, capítulo à parte, não há dúvida de que a **suspensão condicional da pena** integra, também, o momento da fixação da pena. Com a simples diferença de que a pena privativa da liberdade fixada é suspensa, ficando como uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do condenado, pendente, para executar-se, da ocorrência de certas circunstâncias, e condições a que se adstringiu o sentenciado.

Atento ao objetivo de possibilitar ao aplicador da norma penal o maior número possível de medidas alternativas, o legislador de 1984 estabeleceu, no § 1º do art. 78, do novo Código Penal, que, "no primeiro ano de prazo, deverá o condenado **prestar serviços à comunidade** (art. 46) ou submeter-se à **limitação de fim de semana** (art. 48)" (grifou-se).

Com isso, pretendeu o legislador penal de 1984 que o já tradicional instituto do **sursis**, no direito brasileiro, não seja um mero benefício para o sentenciado, mas que sirva, igualmente, de benefício para a comunidade carente das entidades assistenciais, dos hospitais, das escolas, dos orfanatos e similares, através do trabalho do sentenciado, em programas comunitários ou estatais.

f) – **Da extinção da punibilidade** – Como ocorre com as penas privativas da liberdade, e com a pena pecuniária, as penas restritivas de direitos também são suscetíveis de extinguirem-se, pelo decurso de tempo.
Alcança-se o instituto da prescrição.

Com efeito, estabelece o parágrafo único do art. 109, da nova legislação penal, que se aplicam "às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade". Prazos estipulados no **caput** do art. 109, os quais variam de vinte a dois anos, de acordo com a duração da pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos.

g) – **A matéria nas disposições transitórias** – Preconizou, o legislador de 1984, que se abra o prazo "de um ano, a contar da vigência desta lei" – ou seja, a partir de 13 de janeiro de 1985 – para que "a União, Estados, Distrito Federal e Territórios" tomem "as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos, sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível" (art. 3º da Lei 7.209/84).

No parágrafo único do mesmo art. 3º, estabelece a lei que "nas comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Código Penal (i. e., **prestação de serviços à comunidade,** e **limitação de fim de semana**), poderá o juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo (ou seja, o prazo de um ano), optar pela concessão da **suspensão condicional,** observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 a 82 do mesmo código" (que concernem ao instituto do **sursis**, compreendendo os pré-requisitos e condições de sua concessão). O que acentua o caráter substitutivo dessas medidas.

Isto significa que, até 12 de janeiro de 1986, a tendência, na quase totalidade das unidades federativas, é a de as penas restritivas de direitos previstas no art. 43, incs. I e III do novo Código Penal – quais sejam "prestação de serviços à comunidade" e "limitação de fim de semana", serem substituídas pelo **sursis**, eis que a maioria esmagadora dos serviços penitenciários, no território nacional, não se encontra em condições de propiciar a imediata aplicação dessas penas restritivas de direitos.

A precariedade de nosso sistema penitenciário com certeza inspirou o legislador de 1984 na elaboração do art. 203, § 3º da Lei 7.210, de 11.7.84 – a nova Lei de Execução Penal, que concede ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário atribuição de ampliar prazo para adoção de medidas, compreendendo "a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta lei" (art. 203, § 1º **usque** § 3º).

7) – **Das penas restritivas de direitos na nova lei de execução penal** – A Lei nº 7.201, de 11 de julho de 1984, veio dar consequência às previsões abstratas da lei material – a Lei 7.209, de 11.7.84 – que alterou toda Parte Geral do Código Penal, do art. 1º ao art. 120. Daí por que os institutos do Código Penal concernentes às **penas restritivas de direitos** repercutem, necessariamente, na nova Lei de Execução Penal.

a) – **Quanto à disciplina** – Após dizer, no **caput** do art. 44 da Lei 7.210/84, que "a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho", acentua, o novo diploma, no parágrafo único (do referido art. 44), que "estão sujeitos à disciplina o **condenado à pena** privativa de liberdade ou **restritiva de direitos** e o preso provisório" (grifou-se).

Mais adiante, no art. 48, explicita-se que **"na execução** das penas restritivas de direitos, o poder disciplinador será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado" (grifou-se), que, **ex-vi** do parágrafo único (do mesmo art. 48), poderá representar ao juiz da execução, para punição das faltas graves cometidas pelo condenado. De acordo com a gravidade da indisciplina, o benefício da pena restritiva de direitos pode ser revogado, como, igualmente, as saídas, a remição, bem assim podem, as penas restritivas de direitos, ser convertidas em penas privativas da liberdade (arts. 125, 127, 181 e seus §§).

b) – **Quanto às faltas disciplinares** – Dispõe o art. 51 da no-

va Lei de Execução Penal que "comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I) – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II) – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III) – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta lei" (i.e., "obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se"; e "execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas").

Também constitui falta grave, "e sujeita o preso, ou condenado" (à pena restritiva de direitos, inclusive), à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal, "a prática de fato previsto como crime doloso" (art. 52).

c) – **Quanto às sanções disciplinares** – Estabelece o art. 58, **caput,** que "o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias", especificando, no parágrafo único, que "o isolamento será sempre comunicado ao juiz da execução". Há que distinguir, todavia, entre sanção disciplinar e sanção penal.

d) – **Quanto ao juízo da execução** – Um leque muito amplo de atribuições é conferido pela nova lei executória ao juízo da execução, atribuições especificadas no art. 66. E, no que concerne às penas restritivas de direitos, no inc. V, letras "a", "b" e "c" do referido art. 66.

Diz, com efeito, o referido dispositivo:

"Art. 66 – Compete ao juiz da execução:

(Omissis)

"V – determinar:

"a) – **a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos** e fiscalizar sua execução;

"b) – **a conversão da pena restritiva de direitos** e de multa em privativa de liberdade;

"c) – a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos". (grifou-se).

O magistrado, contudo, não enfeixa, monocraticamente, essas atribuições, mormente no que concerne à fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direitos.

A propósito, a Exposição de Motivos, p. 140:

"A responsabilidade da autoridade judiciária no cumprimento das penas restritivas de direitos é dividida com as pessoas jurídicas de direito público ou privado ou com os particulares beneficiados com a prestação de serviços gratuitos. Mas o seu desempenho é minimizado

pelo servidor ou pela burocracia, como sucede, atualmente, com a execução das penas privativas da liberdade. O caráter pessoal e indelegável da jurisdição é marcante na hipótese de conversão da pena restritiva de direito em privativa da liberdade (artigo 180) ou desta para aquela (artigo 179)".

e) – **Quanto ao patronato** – A instituição do patronato tem grande relevo, no plano da execução penal.

De acordo com De Plácido e Silva, "na terminologia jurídica, é o vocábulo **(patronato)** empregado para designar certos estabelecimentos de assistência e de educação, fundados por iniciativa particular ou do poder público, a fim de que neles se **recolham,** ou sejam admitidas certas pessoas, cuja assistência se deva promover ou cuja educação seja necessário melhorar". (Grifo no original. **In** "Vocabulário Jurídico", Forense, vol. III, 1ª ediçao, p. 1.133).

No caso específico da lei executória, "o patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (art. 26)". Para os efeitos da lei executória, "considera-se egresso: I – o liberado definitivo, pelo prazo de um ano, a contar da saída do estabelecimento; II – o liberado condicional, durante o período de prova", **ex-vi** do art. 26 da nova lei.

Outras incumbências do patronato: "I – **orientar os condenados à pena restritiva de direitos;** II – **fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;** III – colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional". (grifou-se).

f) - **Quanto à casa do albergado** – A prisão-albergue se constitui numa das práticas mais revolucionárias, adotadas no sistema penitenciário de todos os tempos. Pois que, nela, o albergue se converte em prisão, e a prisão tem o sabor de albergue.

"A prisão-albergue – di-lo Munir Karam – foi adotada primeiramente no Estado de São Paulo, em caráter experimental, mediante o histórico Provimento nº XVI/65, substituído no ano seguinte pelo Provimento nº XXV/66, ambos do Conselho Superior da Magistratura.

"A iniciativa pioneira – prossegue Karam – foi secundada pelo Estado do Paraná, pela Res. nº 5/72, do Tribunal de Justiça". (**In** "Enciclopédia Saraiva do Direito", vol. 61, p. 95).

Originariamente de criação pretoriana, o instituto da prisão-albergue foi, pela vez primeira, introduzido na sistemática do direito positivo, em nosso País, através do Código de 1969 (Dec.-lei 1.004, de 21.10.69), art. 40 e seus §§, que, entretanto, não chegou a viger.

Com o advento da Lei 6.416, de 24.5.77, que alterou, substancialmente, o Código Penal de 1940, o instituto da prisão-albergue foi concebido no art. 30, §§ 5º e 6º – atribuindo-se à lei local ou, à sua falta, ao Conselho Superior da Magistratura, em cada unidade federativa, dentre outros benefícios, a "prisão-albergue, espécie de regime aberto" (art. 30, § 6º, inc. II, CP-40, com a redação da Lei 6.416/77).

A Lei 7.209/84, dando nova redação ao art. 36 do CP-1940, estabelece que "o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado", enfatizando, no § 1º, que "o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga".

A Lei 7.210/84, no seu art. 93, reza que **"A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento** de pena privativa de liberdade, em regime aberto, **e da pena de limitação de fim de semana"** (grifou-se). Dispõe ainda a nova Lei, no art. 94, que "o prédio (da prisão-alberque) deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga". Preconiza, ainda, o novo diploma, que "em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras" (art. 95), estabelecimento que, igualmente, "terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados" (parágrafo único do art. 95).

A principal inovação, pois, no instituto da casa do albergado, como concebido na Lei 7.210/84, é a que prevê o cumprimento, no seu recinto, da **pena de limitação de fim de semana,** espécie das penas restritivas de direitos.

g) – **Da prestação de serviços à comunidade** – O cumprimento das penas restritivas de direitos pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – caso em que "o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares" (art. 147).

Para cabal cumprimento da **pena de prestação de serviços à comunidade,** "caberá ao juiz da execução: I – designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente de acordo com as suas aptidões; II – determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena; III – alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho" (art. 149, **caput**). Durante o cumprimento da pena, "o trabalho terá a duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz" (art. 149, § 1º). Para efeito de mensuração da pena em fase de execução, esta "terá início a partir da data do primeiro comparecimento "à instituição beneficiária" (art. 149, § 2º). Em contrapartida, "a entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar". Com isso, se estabelece o princípio da co-responsabilidade na vigilância ao sentenciado que houver sido beneficiado com a pena restritiva de direitos, bem menos grave que qualquer das penas privativas da liberdade.

h) – **Da limitação de fim de semana** – A pena restritiva de direitos intitulada **limitação de fim de semana** consiste na obrigação de o condenado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado, ou noutro estabelecimento similar. Para que a ociosidade do corpo e do espírito não venha a ocasionar ao sentenciado mais males que benefícios, prevê, a nova legislação, a ministração de cursos e palestras, bem assim a atribuição de atividades educativas ao condenado, visando a seu constante aprimoramento. Privação parcial do "week-end", a **limitação de fim de semana** visa à sublimação do **relax** semanal, a que todos aspiram, na vida moderna, direito já assegurado pela legislação trabalhista.

Destaque-se, contudo, que o condenado não terá sacrificado todo o seu fim de semana, mas apenas **cinco horas/dia,** no **sábado** e no **domingo**, isto é, **dez horas semanais.** Durante essas dez horas, não só o sentenciado se instrui, fazendo cursos, participando de palestras, bem assim de outras atividades educativas, como também poderá prestar o seu concurso individual àqueles que se encontrem na **casa do albergado,** ou em qualquer outro estabelecimento integrante do regime aberto.

De acordo com o art. 151 da Lei 7.210/84, "caberá ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena", sendo que "a execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento" (art. 151, parágrafo único).

Como acontece com a entidade beneficiária da prestação de serviços à comunidade, "o estabelecimento designado (para cumprimento da **limitação de fim de semana)** encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado" (art. 153).

Não se pode olvidar que a casa do albergado integra os estabelecimentos penais, de que é espécie, **ex-vi** dos arts. 82 **usque** 86, c/c os arts. 93 **usque** 95 da Lei 7.210/84.

i) – **Da interdição temporária de direitos** – O instituto tem a mesma natureza das penas acessórias enumeradas no art. 69 do Código Penal de 1940: "I – a incapacidade **temporária** para investidura em função pública; II – a incapacidade, **permanente** ou **temporária**, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III – a incapacidade, **permanente** ou **temporária**, para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; IV – a suspensão dos direitos políticos" (grifou-se). Como se infere, as penas acessórias podem ser **permanentes** ou **temporárias.** Enquanto que as **interdições de direitos** são, sempre, **temporárias.** Com isso, se elimina, de vez, a possibilidade da **perpetuidade** da pena, embora **restritiva de direitos,** perpetuidade inadmissível, **ex-vi** do art. 153, § 11, da Constituição Federal, no que tange às penas privativas da liberdade.

Em número de três, como já assinalado, as penas de interdição temporária de direitos são, repita-se: "I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo" (art. 47 do novo Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 7.209/84).

Consoante o art. 154 da Lei de Execução Penal em vigor, "caberá ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado".

Quando se tratar da pena de **proibição do exercício de cargo, função** ou **atividade pública, bem como de mandato eletivo** (art. 47, inc. I, do vigente Código Penal), "a autoridade deverá, em vinte e quatro horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início" (art. 154, § 1º da Lei 7.210/84).

Quando, entretanto, se cuidar da execução das penas de **proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, ou de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo** (art. 47, incs. II e III do novo Código Penal), "o juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado" (art. 154, § 2º da Lei 7.210/84).

Na hipótese de descumprimento da **pena de interdição de direitos,** cabe à autoridade cientificada, ou a qualquer prejudicado, "comunicar imediatamente ao juiz da execução" a ocorrência da infração (art. 155 e seu parágrafo único da Lei 7.210/84).

j) – **A execução do sursis** – A suspensão condicional da pena segue, no novo Código Penal, o perfil que lhe traçou a Lei 6.416/77. Mas avançou alguns passos, no sentido da liberalização. A matéria é tratada nos arts. 77 **usque** 82 do novo Código Penal. Como novos ingredientes, destacam-se: a) – o beneficiário pode ter sido condenado, anteriormente, pela prática de crime culposo (art. 77, inc. I); b) – "a condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício" (art. 77, § 1º); c) – o **sursis** pode ser concedido ao precito maior de setenta (70) anos de idade, mesmo que seja condenado à pena privativa de liberdade "não superior a quatro anos" (art. 77, § 2º do novo Código Penal).

Ao **sursis**, porém, tem prevalência a substituição da **pena privativa da liberdade** por uma **restritiva de direitos** (art. 44 e seu parágrafo único, c/c o art. 77, inc. III do novo Código Penal).

Também dispõe, o novo estatuto material, que, "no primeiro ano do prazo (da "suspensão condicional da pena") deverá, o condenado, **prestar serviços à comunidade** (art. 46, CP-84) ou submeter-se à **limitação de fim de semana** (art. 46-CP/84). A aplicação, durante a vigência do **sursis**, dessas **penas restritivas de direitos,** pode ser elidida, "se o condenado houver reparado o dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo" (art. 78, §§ 1º e 2º). Neste caso, o juiz aplicará ao beneficiário do **sursis** as proibições de "freqüentar determinados lugares" ou de "ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz", ou a obrigatoriedade de **comparecimento pessoal** (...) a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades" (art. 78, § 2º, letras "a", "b" e "c"), alternativa e cumulativamente.

No que tange à execução do **sursis**, dispõe o art. 158, § 1º, da Lei 7.210/84 que "as condições (do benefício) serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de **prestar serviços à comunidade,** ou **limitação de fim de se-**

mana'', salvo a hipotese do art. 78, § 2º do Código Penal, já focalizada (grifou-se).

I) – **Quanto às conversões** – O art. 45 do novo Código Penal dispõe que **''a pena restritiva de direitos converte-se** em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando: I – sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II – ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.''

A matéria tem seu natural desdobramento na nova lei executória penal. Diz, com efeito, o art. 180: ''A pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser convertida em **restritiva de direitos,** desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos um quarto da pena; III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável''.

No que respeita à **pena de prestação de serviços à comunidade,** opera-se sua conversão em pena privativa de liberdade quando o condenado: ''a) – não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) – não comparecer (o condenado), injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) – recusar-se (o condenado), injustificadamente, a prestar serviço que lhe foi imposto; d) – praticar falta grave; e) – sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa'' (art. 181, § 1º).

No que tange à **pena de limitação de fim de semana,** verifica-se sua conversão em pena privativa da liberdade, ''quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, resusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses'' alvitradas para a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade (art. 181, § 2º).

Já no que concerne à **pena de interdição temporária de direitos,** ocorrerá sua conversão ''quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer ''das violações enunciadas como causa de conversão da pena de prestação de serviços à comunidade à pena privativa de liberdade''. (art. 181, § 3º).

Essa conversão significa a substituição de uma **pena restritiva de direitos** por uma outra **privativa da liberdade.**

8 – **Apreciação crítica** – Estamos vivendo uma experiência bizarra, quiçá inédita, a de termos um Código novo, mas apenas por metade. Como é sabido, a Lei 7.209/84, através de seu art. 1º, dá nova redação aos 120 primeiros artigos do Código Penal de 1940. Pelo art. 2º, cancela, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12, ''quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão **multa de** por **multa''.** (Grifos no original).

No que tange às **penas restritivas de direitos,** explicita o art. 54 do novo Código Penal que ''são aplicáveis, independentemente de cominação na Parte Especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a um ano, ou nos crimes culposos''.

Pela Portaria nº 304, de 17de julho de1984, o Ministro da Justiça mandou publicar o texto da Parte Especial do novo Código Penal, e designou ''o Coordenador da Comissão elaboradora do Anteprojeto, Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro e a Secretária-Executiva do CNPP, Dra. Lucinda Lemos dos Santos Rocha para as providências que se fizerem mister'' estabelecendo, ainda, que ''as sugestões deverão ser encaminhadas ao Gabinete do Ministro (...) até o (próximo) dia 21 de agosto'' de 1984. No texto publicado, não se identifica nenhuma pena restritiva de direitos. De sorte que não se justifica a expressão, contida no referido art. 54 – ''as penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na Parte Especial'', eis que essa expressão denota que a Parte Especial conteria as penas restritivas de direitos, como sanções de algumas figuras típicas, embora sua aplicação não estivesse adstrita à sua previsão específica.

Doutra parte, é de lamentar que a Parte Geral do novo Código Penal, bem assim a nova Lei de Execução Penal tenham entrado em vigência sem que, igualmente, entrasse em vigor o novo Código de Processo Penal. Em verdade, os três Projetos foram enviados, simultaneamente, ao Congresso Nacional, o do Código de Processo Penal pelo Aviso nº 241 – SUPAR/83, de 29 de junho de 1983, do Ministro João Leitão de Abreu, acompanhado da Mensagem Presidencial nº 240, e da Exposição de Motivos ministerial número 212, de 9 de maio de 1983. Com isso, estabeleceu-se um certo hiato na nova legislação penal, eis que se passou a ter um Código Penal metade novo, metade velho, e uma lei executória penal também nova, permanecendo em vigor o mesmo Código de Processo Penal promulgado pelo Dec.-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1942, simultaneamente com o Código Penal ora revogado na sua Parte Geral. E, embora esse Código tenha sido alterado por vários diplomas, inclusive pela Lei 6.416/77 – continua a evidenciar o estigma de sua origem – o regime de exceção sob o qual foi promulgado, de índole autoritária. Daí a razão pela qual foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei número 4.534, de 1984, propondo o adiamento de vigência da Lei nº 7.209

e da Lei nº 7.210, ambas de 11.7.84, "para a data em que entrarem em vigor o novo Código de Processo Penal e a Parte Especial do novo Código Penal". Projeto que, no entanto, não chegou a transformar-se em lei, tempestivamente.

No que tange à Lei de Execução Penal, deixa-se de focalizar, na seção concernente à **remição**, as hipóteses das **penas restritivas de direitos,** mormente quando o condenado haja praticado, durante o seu cumprimento, ato de excepcional merecimento.

Ademais, a Lei 7.210/84, no art. 204, limitou-se a revogar, expressamente, a Lei 3.274, de 2.10.57, que "dispõe sobre normas gerais do regime penitenciário"; enquanto olvida de adotar idêntica providência com relação aos Livros IV e V do Código de Processo Penal em vigor – art. 668 **usque** 779 – que cuidam, especificamente, da execução das penas e das medidas de segurança. Por aquele dispositivo, só estará revogado, no vigente Código de Processo Penal, o que contraria a Lei 7.210/84.

9 – **Sugestões** – Mesmo com as naturais imperfeições, é de reconhecer-se que a Lei 7.209/84 e a Lei 7.210/84 estão em plena vigência. E, como tais, devem ser cumpridas, competindo ao órgão da jurisdição aplicá-las, com os temperamentos inerentes a seu prudente arbítrio.

Para aprimoramento da sistemática legislativa, cremos ser de bom alvitre adotarem-se algumas providências, dentre as quais as seguintes:

I – Encaminhar-se, o mais rápido, ao Congresso Nacional, o Projeto da Parte Especial do novo Código Penal, providenciando-se para que a matéria tenha a mais célere tramitação possível, a fim de que se renove e se atualize a outra metade do velho Código Penal;

II - Se introduzam, no Projeto, na Parte Especial, especificamente, as penas restritivas de direitos, de acordo com a natureza e a gravidade da infração penal, de sorte que essas sanções não figurem apenas na Parte Geral do novo Estatuto;

III – Se tomem todas as providências para que o projeto do Código de Processo Penal chegue a seu termo com o aprimoramento imprescindível de sua forma e estrutura, a fim de que, ainda no ano de 1985, disponha, a consciência jurídica nacional, de um novo instrumento do procedimento penal, compatível com o estágio evolutivo das ciências penais de nossos dias;

IV – Se alterem, na Lei 7.209 e na Lei 7.210/84, as expressões **legislação local**, **lei local** e similares, que traduzem a conotação de municipalidade – quando as unidades federativas são de abrangência **regional**, e têm competência para legislar, **supletivamente,** a respeito

de "regime penitenciário", **ex-vi** do art. 8º, inc. XVII, c/c o seu parágrafo único, competência que os municípios não têm.

V – Que se reformule o art. 204, da Lei 7.210/84, de sorte que se incluam, entre os diplomas revogados, os livros IV e V do Código de Processo Penal em vigor, a fim de se dar homogeneidade de tratamento à execução penal.

10 – **Apreciação Final** – Apesar de todos os empeços e tropeços, a nova legislação, em vigor, constitui notável avanço para o direito positivo, no País. Novos institutos foram criados, tornando a lei penal e a lei executória penal mais flexíveis e mais facilmente adaptáveis ao caso concreto, principalmente no que tange à individualidade do sentenciado.

Dentre esses avanços, sobressai o instituto das **penas restritivas de direitos,** na sua tríplice divisão: I – **prestação de serviços à comunidade,** II – **interdição temporária de direitos** (estas, por sua vez, subdividindo-se em: **a) – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, b)** – proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorizaçao do poder público, **c)** – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo), e III – **limitação de fim de semana.**

Com esses instrumentos, de natureza material e executório-penal, está o órgão da jurisdição em melhores condições para distribuir justiça, eis que **as penas restritivas de direitos** são as mais alvissareiras medidas alternativas até agora alvitradas pelo legislador brasileiro.

Resta augurar que, na sua execução cotidiana, as **penas restritivas de direitos** se mostrem verdadeiramente eficazes.

É o que de sua adequada aplicação espera a consciência jurídico-penal de nossos dias.

(*) Conferência proferida na "Semana de Estudos sobre o novo Código Penal" realizada em São Luiz (MA), a 31 de janeiro de 1985.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ENTRE A ÉTICA E A EPISTEMOLOGIA

LUIZ FERNANDO VALLADARES BORGES
Procurador do Estado

"Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos".(1)

1 – NOTA INTRODUTÓRIA

A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil ora em vigor, como salientado na "Exposição de Motivos" (2) que acompanhou o seu anteprojeto estruturado pelo eminente jurista, o Professor ALFREDO BUZAID, pretendeu a elaboração de um novo código, ao invés de propor a revisão do então existente.

Para qualificá-lo impõem-se verificar quais os princípios gerais que informam sua sistemática, localizando-se assim o que possui ele de particular e de comum com os demais códigos.

Os autores ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO (3) salientam que "a experiência pode ser estudada sob três aspectos: norma, valor e fato. Sob o ângulo da norma, constrói-se a **epistemologia** (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da **deontologia** jurídica. O fato é estudado pela **culturogia.** Alguns princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre norma e o valor ético, no limiar de ambos".

Em seguida distinguem doutrinariamente os princípios gerais do direito das normas ideais buscadas pelos sistemas processuais em geral, inspiração comum dos ordenamentos processuais ocidentais, mesmo dos de matriz diferençada.

Essas normas ideais, ou princípios informativos, seriam:

"a) – o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápi-

dos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro);

b – o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão);

c) – o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade);

d) – o princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração)". (4)

E concluem que, apesar de distintos dos princípios gerais, essas normas ideais os influenciam, embora indiretamente, razão por que afirmam"... que os princípios gerais se inserem no limiar da dogmatica jurídica, nos confins da deontologia". (5)

Mas quais são esses princípios gerais, o que representam e onde repontam no texto da lei em vigor, disso trataremos neste estudo: dissertação e não tese!

Notadamente, diz CELSO AGRÍCOLA BARBI, são os seguintes os princípios diretores: "... o princípio da **demanda;** o **dispositivo,** o da **igualdade das partes,** o da **oralidade,** o do **impulso oficial".** (6)

Daí partiremos para o desenvolvimento do tema, numa tentativa de reconhecimento do valorativo e do seu coorrespondente epistemológico no código de processo civil brasileiro.

Desde já fique que outros princípios, como os da imparcialidade do Juiz, Persuasão Racional do Juiz, Publicidade, Lealdade Processual, Economia Processual e o do Duplo Grau de Jurisdição também serão enfocados.

2 – O PRINCÍPIO DA DEMANDA

Este o princípio que **"... condiciona a prestação da tutela jurisdicional ao requerimento da parte autora".** (7)

O sentido (e o escopo) do direito processual é a aplicação da regra jurídica ao caso concreto, independente do que tem por fito as partes; portanto, acima do próprio intuito de pacificação, latente em toda normatização jurídica.

Assim a demanda não se constitui no sentido e escopo do direito processual, que é independente daquilo que querem as partes: a pacificação (função mediata).

Nessa direção, argumenta PONTES DE MIRANDA, o fim do processo é aplicar a regra jurídica ao caso concreto. Preexiste ao processo a regra jurídica que, incidindo, dá ao interessado a pretensão à tutela jurídica. (8)

Então é a prestação da tutela jurídica, a requerimento da parte, o móvel que faz com que o Estado venha a cumprir o seu dever de aplicar

a regra jurídica. É pois com a apresentação da demanda que vai exsurgir, de ordinário, a **relação jurídica processual.**

Parte dessa responsabilidade que pertence ao Juiz – **iura novit curia** – a lei a divide com os interessados, porque a eles cabem eleger e provar os fatos. "Razão bastante, sublinhe-se, para se não identificarem as duas atividades do Juiz, no determinar qual a regra jurídica e o seu conteúdo e no julgar quanto aos outros fatos". (9)

Consequência é que os poderes e deveres do juiz, e os princípios processuais, são de regra cogentes, e não dispositivos. "A alegação jurídica do autor, a pretensão de direito que faz a demanda, é conteúdo do objeto sobre que se vai pronunciar o Juiz". (10)

2.1. – O Princípio da Demanda do CPCB

O princípio da demanda está latente no art. 2º do Código de Processo Civil Brasileiro:

> "Art. 2º – Nenhum Juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Na interpretação do artigo temos que a demanda será iniciada por provocação das partes ou de interessados. Daí a validez do ditado: **Ne procedat judex ex officio, nemo judex sine actore** que vai adotado explicitamente neste código (o anterior era omisso). Daí poder-se afirmar que o princípio da demanda constitui-se em direito estritamente individual, não sendo consequência do princípio dispositivo (11). A defesa dos interesses próprios fica ao alvedrio do seu titular, como aliás acontece em todo o mundo ocidental.

Deste princípio vai decorrer consequências como a de que o juiz não poderá decidir "além do que foi pedido pelo autor nem considerar questões não apresentadas pelas partes, para as quais a lei exigir iniciativa dos litigantes - **ne eat judex ultra petita partium"** (12).

Ainda, a atividade jurisdicional é referida em sentido amplo, isto é, tanto na atividade de jurisdição contenciosa, quanto na chamada jurisdição voluntária. Isto pode ser deduzido pela qualificação das pessoas que podem pedir a tutela: na jurisdição contenciosa, a parte (autor). Na jurisdição voluntária, o interessado.

Também temos que a legalidade das formas para a prestação jurisdicional terá que ser obedecida. O critério é, então, preservando-se o arbítrio, o da prévia fixação das formas pela Lei. (arts. 243 e 250 do CPC).

2.2. – **Inexistem regras sem exceções**

Excepcionalmente a lei admite a atuação **ex-officio** do juiz:

"Art. 113 – A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção".

"Art. 1.142 – Nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrematação de todos os seus bens".

2.3 – **Falsa exceção ao princípio da demanda**

Quis-se, alhures, que o poder atribuído pela lei (também excepcionalmente ao Ministério Público ou à pessoa que não seja titular do direito a ser discutido) à iniciativa da ação fosse uma exceção ao princípio da demanda. Como nos casos do art. 3º, da Lei n º1.533, de 31.12.51, quando terceiro interessado pode requerer mandado de segurança (se o titular, notificado, não o requereu) e no caso do art. 208 do C. Civil, em seu parágrafo único, inciso II, quando pode o Ministério Público propor anulação de casamento, se incompetente a autoridade que o celebrou.

A propósito observa criteriosamente CELSO AGRÍCOLA BARBI: "Nesses casos, não há exceção ao princípio da demanda, pois o Juiz não vai agir de ofício. A exceção aí será à regra de legitimação para a causa" (13) E não ao princípio da demanda.

3 – O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

O princípio dispositivo é aquele segundo o qual o "... juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte" (14) ou, como quer MOACIR AMARAL DOS SANTOS, (15) consiste "... na regra conforme a qual o Juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se funda o pedido".

Se, como vimos, é por iniciativa das partes que se fixa a **res in iudicio deducta,** daí vem que, ao Juiz, não se permite senão pronunciar-se "sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e nos limites das exceções aduzidas pelo réu" (16): **ne eat iudex ultra petita partium.**

Fica então o juiz adstrito (princípio da adstrição do Juiz) ao pedido das partes (princípio da demanda), cabendo a elas as provas cabais dos fatos alegados. Isto, na remota fonte romana: **judex secundum allegata et probata partium judicare debet.**

Entretanto tal princípio, em sua aplicação prática, como adiante veremos, foi atenuado, restringido para: **judex secundum allegatta partium judicare debet,** ficando pois, também ao Juiz, o poder e o dever de determinar, de ofício, ou a requerimento das partes, as diligências necessárias à melhor instrução do processo.

Explica-se esta tentativa de síntese entre os princípios dispositivo e inquisitivo, porque a realização do direito objetivo é o escopo.

Por outro lado, claro está que o alargamento desmedido dos poderes do juiz ofenderá o princípio da igualdade das partes e poderá atentar contra a imparcialidade pretendida.

3.1. – **O princípio dispositivo no CPCB**

O princípio dispositivo está latente no CPC em seus arts. 128 e 130, que trazem a restrição já referida:

"Art. 128 - O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte".

Afora as ilações óbvias com o anteriormente discorrido, temos: a) que todos os fatos devem ser trazidos aos autos, consagração da velha máxima: **quod non est in actis non est in mundo;** b) se às partes cabe alegar e fornecer as provas, ao juiz aplicar o direito que emerge dos fatos; c) que o "Juiz não deve decidir mais do que o autor pediu e não pode conceder coisa diferente da que foi pedida, isto é, não pode decidir fora do pedido". (17)

O princípio dispositivo tem uma restrição à sua aplicação, quando deixou ao juiz a liberdade de iniciativa na escolha das provas, cabendo-lhe, de ofício, determinar as que se fizerem necessárias a seu esclarecimento:

"Art. 130 – Caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

a) – Vejamos as seguintes proposições:

O Juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes;

O Juiz deve julgar segundo o provado pelas partes.

Aqui e hoje (18), chegou-se a apenas uma das duas:

a) – Que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes;

b) – Com o fito de formar o seu convencimento e decidir bem, o juiz poderá e deverá ordenar diligências instrutórias (redação ampla do artigo), ampliando até além das partes o ônus e a responsabilidade de lhe fornecer os elementos de prova de suas afirmações, nas quais assenta o pedido.

3.2 - Dispositivo Versus Inquisitivo

O reverso do princípio dispositivo é o princípio inquisitório. A lei brasileira parece ter tentado a síntese entre ambos.

Assim sendo, quando versar a causa sobre direitos indisponíveis, obriga-se o Juiz a julgar "segundo a verdade real e não segundo a verdade formal, que emerja do jogo de presunções fixadas na lei". (19) Isto encontraremos expresso nos artigos seguintes:

"Art. 320 – A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

. . . . . .

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

. . . . . .

Tratando-se pois de direitos indisponíveis, retira-se da revelia a presunção da verdade dos fatos afirmados.

"Art. 351 – Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis".

Isto pela prevalência do interesse público sobre o privado.

4 - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DAS PARTES

Na realidade, o princípio de igualdade das partes é corolário do princípio do CONTRADITÓRIO.

A bilateralidade da ação gera a bilateralidde do processo. No processo existe, ao menos, duas partes: autor e réu. Instalada a relação processual pelo requerimento do primeiro (art. 2º CPC), completa-se com a citação do réu (art. 219).

O juiz, situando-se na equidistância das partes, ouvindo uma deverá ouvir a outra: **audiatur et altera pars.** Este o princípio do contraditório "onde se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional, e segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ser ouvido". (20)

"Entende-se que o princípio é respeitado quando se dá a todas as partes a possibilidade de defender-se; que o façam, efetivamente, que compareçam a juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, ou mesmo sejam contumazes, depende de sua livre determinação". (21)

Decorrendo daí o princípio da igualdade das partes, ressaltado em quase todos os artigos do Código de Processo Civil, por ele deve se conduzir o juiz.

4.1 – O Código

Consoante se afirmou, ressalta o princípio da igualdade das partes de todos os artigos do Código mas, perfeitamente, externa-se neste:

"Art. 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

. . . . . .

. . . . . ."

Também, quando não puder fazê-lo, por motivos de qualquer natureza, o juiz pode se considerar impedido ou suspeito para oferecer a tutela jurisdicional. É o que prevê a lei nos arts. 134, 135 e 136.

Destacado entre os quatro princípios informativos do processo, pela doutrina clássica, está o princípio da igualdade das partes adotado pelo Código, segundo o qual as partes devem ter, como vimos, tratamento igual.

4.2 – Casos Especiais

A natureza da pessoa interessada, o interesse público, levaram o legislador à previsão de casos especiais onde o princípio da igualdade das partes foi alterado, como no caso seguinte:

"Art. 188 – Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

Vê-se pois que o Ministério Público e a Fazenda Pública ficaram, por exceção, com prazo duplo para contestar e em dobro para recorrer, quando se situarem como parte, o que, no raciocínio de MONIZ DE ARAGÃO, denota que sentiu o legislador que a Administração Pública depende de complicado e complexo sistema burocrático que sempre responde sem a rapidez que seria de se desejar, para que seus advogados contestem ou recorram das inúmeras ações em que ela é parte.

Em contrapartida, dentro de uma mesma perspectiva bitolada pelo princípio da igualdade, compensa por outro lado e protege o particular ao facultar que ele "solicite ao juiz a requisição das certidões e de todo o processado, a fim de serem extraídas, em juízo, no prazo de 30 dias, as peças desejadas. (22)

"Art. 399 – O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I – as certidões necessárias à prova das alegações.

5 – O PRINCÍPIO DA ORALIDADE

O princípio da oralidade, fundamental ao Direito Processual, acha-se intimamente acorrentado ao procedimento. Procedimento que, no dizer de CALAMANDREI, indica mais propriamente o aspecto exte-

rior do fenômeno processual.

Nas lições de JOÃO MENDES JÚNIOR, (23) há procedimento no processo, consistindo ele no modo e forma em que se movem os atos no processo.

E é exatamente quanto à forma dos atos processuais que teremos dois sistemas de procedimento: Oral e Escrito, conforme se representem pela palavra oral ou escrita.

5.1 – O Procedimento Oral

No mais antigo procedimento romano ou germânico, procedimento oral seria "aquele em que todos os atos processuais se produzissem oralmente, em presença do Juiz". (24)

Hoje, mais complexos os instrumentos da jurisdição, bem como as relações jurídicas, o procedimento oral tem outro significado.

CHIOVENDA (25) foi o doutrinador do novo conteúdo deste procedimento, que não exclui a palavra escrita, que predomina, combinando-a com a palavra falada que se torna meio de expressão de atos relevantes, de influência para a convicção do Juiz.

O princípio é aquele segundo o qual as deduções das partes, os seus depoimentos e os das testemunhas, normalmente devem ser produzidas de viva voz. A audiência no procedimento ordinário quase sempre é ato indispensável.

O procedimento oral não se confina a este princípio, mas se espraia pelo princípio da imediação, da identidade física do juiz em todo o decorrer da lide, princípio da concentração da causa e no princípio da inapelabilidade dos interlocutórios.

Rapidamente vejamos estes princípios, já apontados por CHIOVENDA, que se aplicam no novo CPC de maneira mais restrita de que no Código anterior:

a) – Imediação;

O princípio exige o relacionamento do Juiz com as partes, seus advogados e as provas.

"Art. 446 – Compete ao juiz em especial:

I – dirigir os trabalhos da audiência;

. . . . . .

b) – Identidade física do juiz em todo o decorrer da lide;

"Art. 132 – O juiz que iniciar a audiência, concluirá a instrução..."

c) – Concentração;

Segundo FRANCISCO MORATO, o princípio consiste "... em apertar o feito em período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a

poucas audiências a curtos intervalos. (26) Assim está nos artigos 452 a 455 do CPC. Transcreva-se aqui, apenas, o último artigo citado:

"Art. 455 – A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo".

d) – Irrecorribilidade das interlocutórias;

Veda à parte recorrer das decisões, para com isso não se protelar a duração, o fim do processo. No atual código está a vedação no artigo 504, este último dispondo que "dos despachos de mero expediente não cabe recursos".

Entretanto minimizou-se o tratamento, prevendo-se que todas decisões interlocutórias (que não incluem os despachos de mero expediente) são passíveis de agravo de instrumento, que não possui efeito suspensivo (art. 522).

e) – Livre apreciação da prova:

"... porque de nada valeriam os outros, se o juiz estivesse rigidamente limitado pela prévia fixação do valor de cada prova pela lei". (27)

"Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

Concluindo, diremos que a vantagem do sistema oral que hoje não é mais o oral puro, mas sim um sistema misto, seria fornecer ao juiz a viva impressão das provas, dialogar, analisar as pessoas e a segurança do que afirmam.

6. – O PRINCÍPIO DO IMPULSO PROCESSUAL

Desde que instalada a relação processual, há o interesse público e também o interesse das partes, visando obter-se no mais breve tempo a composição da lide.

O andamento dominante no sistema do Código (28) é o do impulso oficial na atividade de instrução, embora com restrições.

Aos artigos que, como o 235 da Lei processual, fixam prazos para a prática de atos pelos auxiliares de justiça, determinam as intimações de ofício, cite-se o seguinte:

"Art. 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

. . . . . .

II – velar pela rápida solução do litígio";

. . . . . .

E, especialmente, este outro já citado onde o juiz ficou com a liberdade da iniciativa de escolha de provas, de ofício, podendo determinar às partes que as produzam:

"Art. 130 – Caberá ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo..."

7. OUTROS PRINCÍPIOS

Tratadistas há que enumeram outros princípios além dos enfocados. Entre eles o da **Imparcialidade do Juiz,** da **Persuasão Racional do Juiz,** da **Publicidade,** da **Lealdade Processual,** do **Duplo Grau de Jurisdição,** da **Economia Processual,** entre outros. Farlhes-emos rápida abordagem:

7.1 –Princípio da Imparcialidade do Juiz

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Nações Unidas, Paris, 1948) estabeleceu:

"Art. 10 – Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e **imparcial,** para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal". (Grifei)

Está nesse artigo o reconhecimento internacional de que a imparcialidade do julgador é a garantia de justiça para as partes.

Nesse mesmo sentido conforme referido por CINTRA (29), o direito internacional público labora, colocando "sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana entre eles o direito ao juiz imparcial, arrematando: "Somente através da garantia de um juiz imparcial, o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução das lides".

Por harmonizar-se com esta perspectiva, a Constituição Brasileira assegura garantias ao magistrado, como as da vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária; a inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público; a irredutibilidade de vencimentos (Art. 113 da C. F.). Na mesma perspectiva impõe-lhe obrigações:

"Art. 114 – É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

I – Exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição;

II – Receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, porcentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; e

III – Exercer atividade político-partidária.

Por outro lado, no Capítulo IV, que cuida dos Direitos e Garantias Individuais, em seu art. 153, §§ 4º e 15, a Constituição Brasileira veda a possibilidade de criação de foro privilegiado e de tribunais de exceção, assegurando a ampla defesa da parte... "o que prescreve os processos secretos que ensejam o arbítrio". Quanto ao foro privilegiado, é sabido que nem sempe favorece à defesa, e tradicionalmente a doutrina entende deva ser proibido "... que se estabeleçam em favor de certas pessoas, em razão pessoal e não em razão do cargo ou da função, privilégios que importem em exclusão dos órgãos jurisdicionais que normalmente apreciaram a acusação. Não proíbe a criação de foro especial, em decorrência do cargo ou da função, onde sem exceção de pessoas se enquadrem todos os que estão na mesma situação". (30).

Aos tribunais de exceção, que seriam instituídos para atender contingências particulares, contrapõe-se o juiz natural, preconstituído por lei, como lembra CINTRA, apontando um duplo significado para o princípio: "no primeiro consagra-se a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se deste modo a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções e penas sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento... no segundo impede-se a criação de tribunais **ad hoc** e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis."

Se o princípio da legalidade é a base do estado de direito, cuida-se aqui também da garantia do mesmo, pois a sonegação de determinadas matérias ao judiciário ensejaria o arbítrio, bem como perspassando o crivo imparcial do Judiciário por todas as decisões da administração, como se lembra (31), contrária a uma possível prepotência de governantes e burocratas. Por isto PONTES DE MIRANDA (32) disse que a menção expressa deste princípio "foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946".

É tradicional também a proibição de tribunal de exceção no ordenamento jurídico nacional. Somente a Constituição de 1937 não a previu.

7.2 – Princípio da persuasão racional do juiz

O juiz deve formar livremente sua convicção. Ele pode decidir com base na prova dos autos, sem provas e mesmo contra a prova.

Pela persuasão racional o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos. A sua apreciação não depende de critérios legais predeterminados. O juiz decide com base nos elementos anexados ao processo, avaliando-os segundo critérios racionais (arts. 131 e 436,CPC).

Esta liberdade de convicção não se traduz em arbítrio, pois o convencimento deve ser motivado (arts. 131, 165 e 458 do CPC) sem que o juiz despreze as regras legais (art. 334, IV,CPC) e as máximas de experiência (art. 335,CPC).

7.3. – **Publicidade**

Ao contrário do que ocorre com o princípio da Imparcialidade do Juiz, por exemplo, o princípio da Publicidade também acolhido no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não o foi pela Constituição Brasileira.

Entretanto foi levado para nossa lei processual, da seguinte maneira:

> "Art. 155 – Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
> I – em que o exigir o interesse público;
> II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores".

Pode-se ver que à regra geral de serem públicos os atos processuais, públicos para o povo que podendo examinar os autos e participar das audiências se transforma no juiz dos juízes, ela encontra restrição nos casos em que o decoro ou o interesses social ou o direito da privaticidade das pessoas desaconselhem tal divulgação.

O atual código de processo restringiu o direito de qualquer pessoa do povo de consultar os autos:

> "Art. 155 – .....
> Parágrafo único: O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores.
> O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite".

Frente aos novos meios de comunicação de massa, existe a preocupação com a excessiva divulgação que perturbe ao juiz, e as partes que possam inclusive, como lembra CINTRA (33), violar o direito à intimidade das pessoas ou à imposição de pressões. Impõe-se o bom senso entre não escamotear a verdade e manter a dignidade e a intimidade das pessoas.

7.4 – **O Princípio da Lealdade Processual**

A este princípio foi dada ênfase na atual codificação. Ele prevê a composição da lide com justiça, a boa fé, veracidade, moralidade e probidade das partes que, ainda, ficam no dever de colaborar com o Juiz.

Ao dolo e à fraude processuais correspondem sanções previstas na lei.

São as seguintes as normas processuais informadoras desse princípio: arts. 14, 15,17, 18, 31, 133, 144, 147, 153, 193 e segs.,600 e 601, todas voltadas para o comportamento ético das partes, dos advogados, serventuários, do Ministério Público e do Juiz.

Este princípio já foi questionado por doutrinadores que o consideravam inquisitivo. Hoje, porém, à quase unanimidade, afirma-se o dever da veracidade das partes no processo civil.

7.5 – **Duplo Grau de Jurisdição.**

Estando a causa julgada pelo juiz de primeiro grau, por recurso admite o código a possibilidade de revisão da sentença por parte dos órgãos de jurisdição superior.

Apesar dos argumentos de que podem errar tanto os juízes do primeiro grau quanto os de jurisdição superior; ou de inovações à economia processual, pois pode a sentença ser mantida; ou referência à geração de incertezas quando se apontam divergências na aplicação do direito por parte da justiça: o fato é que o duplo grau de jurisdição foi acolhido por quase todos os sistemas processuais contemporâneos. Sem dúvida a experiência maior dos juízes de instância superior que, ainda, funcionam em colegiado, e com maiores recursos, se impõe como esperança justa de revisão de decisões.

O duplo grau de jurisdição precisa ser provocado por parte de quem se julgou prejudicado mas, frente a interesse público, ela acontece automaticamente, como nos casos previstos pelo art. 475 do CPC, que são:

I – com relação à sentença que anular o casamento;

II – proferida contra a União, o Estado e o Município;

III – a que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, nº VI – CPC).

Nestes casos, "Proferida a sentença, ordenará o juiz a remessa dos autos ao tribunal competente, haja ou não apelação voluntária da parte vencida (art. 475, parágrafo único)". (34)

Entretanto, qualquer que seja o valor da causa, admite-se o duplo grau.

7.6 – Princípio da Economia Processual

Pelo princípio da economia, aliás já referido, quer-se, com um mínimo de atividades processuais, o máximo de resultado na atuação do direito. Exemplo encontramos nos institutos como a reconvenção e a declaratória incidente. Também veja-se a questão das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente (art. 105 CPC), mesmo que hajam sido propostas em juízos diferentes. Com relação a esta norma, apesar do legislador ter usado a palavra poder – o juiz "... pode ordenar..." trata-se, aqui, de dever legal.

Deve também de, tolhendo os gastos excessivos e velando pela rapidez da aplicação da justiça, indeferir as diligências inúteis e as meramente protelatórias:

> "Art. 125 – O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
> II – velar pela rápida solução do litígio";
> Ainda, sem dúvida alguma, constitui-se em aplicação do princípio a adoção de procedimentos sumaríssimos. (Arts. 275, I e 550 CPC).

8 – CONCLUSÃO

Ao eleger como tema desta monografia, deste estudo, os princípios gerais diretores do Código de Processo Civil, o fizemos na certeza de que suas visualizações permitem atingir a inteligência do sistema processual brasileiro, mostrando mesmo seu sentido e organicidade específica. Também patente a intenção de mergulho rumo à ética, à deontologia jurídica subjacente e explícita no atual Código.

BIBLIOGRAFIA

(01) – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alli, "Teoria Geral do Processo", Ed. R.T., 1976, p. 23.
(02) – BUZAID, Alfredo – "Exposição de Motivos" ao Código de Proc. Civil.
(03) – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et alli, op. cit. ps. 23-24.
(04) – id, ibid.
(05) – id, ibid.
(06) – BARBI, Celso Agrícola, "Comentários ao Código de Processo Civil, I, tomo 1, Forense, Introdução, ps. 17 a 18.
(07) – id, ibid.
(08) – MIRANDA, Pontes de – "Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, p. XXV, Prólogo a Ed. de 1947.

(09) – id, ibid, p. XVI.
(10) – id, ibid, p. XVII.
(11) – LIEBMAN, E. T. – Fundamento Del Principii Dispositivo, **in** Problemi de Processo Civile, p. 3 e ss.
(12) – BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 34.
(13) – BARBI, Celson Agrícola, op. cit. p. 34.
(14) – BARBI, Celso Agrícola, op. cit. p. 17.
(15) – SANTOS, Moacir Amaral, op. cit., ps. 69-73.
(16) – id. ibid, p. 67.
(17) – BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 524.
(18) – CAPELLETTIM, **in** La Testemoniza Della Parte Nel Sistema Dell Oralita, vol. I, p. 337, Milão 1962, apud – BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 531.
(19) – BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 17.
(20) – SANTOS, Moacir Amaral, op. cit., p. 68.
(21) – LIEBMAN – Manuale di Diritto Processuale Civile – 1º v., nº 124 e ss. apud SANTOS, M.A., op. cit., p. 66.
(22) – ARAGÃO, E. D. Moniz, **in** Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Forense, II vol., arts. 151 a 269 – 1976.
(23) – Apud SANTOS, M.A., op. cit., p. 76.
(24) – id, ibid, p. 78.
(25) – CHIOVENDA, – Instituição, vol. III, p. 74 e ss., nº 309 apud BARBI, C.A., p. 537.
(26) – Apud SANTOS, M.A. op. cit., p. 80.
(27) – BARBI, C.A. op. cit., vol. I, Tomo II, p. 538.
(28) – MOREIRA, José Carlos Barbosa, O Novo Processo Civil Brasileiro – Forense R.J. 1980, vol. 1, p. 91.
(29) – CINTRA, op. cit., p. 39, 24-25.
(30) – FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, **in** "Comentários à Constituição Brasileira", ed. Saraiva, 2ª ed., 1977, 3º v., ps. 94-95.
(31) – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et alli, op. cit., ps. 24-25.
(32) – MIRANDA, Pontes de – (Comentários, tomo V, p. 108) apud Filho, Manoel Gonçalves Ferreira, op. cit.
(33) – Apud CINTRA, id, ibid.
(34) – SANTOS, Moacir Amaral, **in** "Comentários ao Código de Processo Civil, ed. Forense 1976, IV vol., ps. 498-500.

O ESCRITOR E SUA PROFISSÃO: DIREITOS E DEVERES

Prof. ANTÔNIO CHAVES
Catedrático de Direito Civil
Prof. de Direito Comparado da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo
e Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral

1. A IMPORTÂNCIA E ABRANGÊNCIA DAS OBRAS GRAFADAS. A REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE ESCRITOR.

Sem embargo do advento de numerosas outras modalidades de comunicação, que têm aumentado extraordinariamente nestes últimos anos, a escrita continua desempenhando papel fundamental no intercâmbio de idéias.

Permanece básica no livro, na imprensa periódica, na correspondência postal telegráfica, mesmo manual, que milhões de pessoas trocam para tratar dos mais diferentes assuntos; foi complementar no cinema, é indispensável para permitir ou facilitar a transmissão de outras manifestações artísticas, como as obras dramáticas, a cenografia etc., bem como as obras científicas.

Ainda é e continuará sendo por muito tempo, portanto, o meio primordial de comunicação.

Não se compreende, nestas condições, como é possível permaneçam os escritores em tanta passividade na defesa coletiva de suas prerrogativas, quando as demais categorias de trabalhadores da mente e das mãos já foram pelo menos em parte atendidos em suas reivindicações.

Por isso é que é em geral difícil a situação do homem de letras.

Assinalando a contradição entre o culto oficial do livro e o olvido a que é lançado seu autor, teve oportunidade o Prêmio Nobel da Literatura Miguel Angel Asturias, no Congresso Mundial de Escritores celebrado no México em 1972, de denunciar que o escritor é ignorado e negado economicamente, resultando-lhe difícil, até hoje, controlar o uso de suas obras, as tiragens, as traduções etc., por falta de processos adequados e contratos-tipo.

Deixando para desenvolvimento oportuno a matéria relativa às modalidades de aproveitamento da palavra escrita por meio de reprodução, principalmente livros e jornais, registremos o movimento que, diante das novas técnicas que potencializam enormemente o aproveitamento das obras intelectuais, e da dificuldade que apresentam a fiscalização, a cobrança e a distribuição dos respectivos direitos, tendem a exigir um estudo mais aprofundado de parte de todos os interessados.

Tomando como ponto de referência um relatório sobre a situação do direito do autor nos Estados Unidos da América do Norte e no Canadá, a CISAC, na Assembléia Geral que se reuniu em Tóquio, de 12 a 17 de novembro de 1984, por ocasião do seu XXXIV Congresso, considerando que os direitos dos autores necessitam do apoio dos governos diante das pressões de que são objeto no sentido de favorecer uma comunicação instantânea ao público, tanto no plano nacional como no mundial, e que se os direitos dos autores, pelo fato de serem considerados um incômodo pelo público e pelos que desejam lhe comunicar suas obras, não devem ser sacrificados, sentindo os autores a necessidade do apoio mais amplo da comunidade, além daquele que lhes é proporcionado pelas entidades de gestão de seus direitos, decidiu encorajar todas as organizações da CISAC dos EUA e do Canadá a empreenderem periodicamente campanhas de informação sobre as condições em que se encontram os autores em seus países, a intenção de todos os que manifestam informados que somem de maneira permanente seus esforços a fim de provocar no público, junto aos usuários e junto aos responsáveis pelo Governo, a convicção da necessidade de adotar e de pôr em obra leis eficazes sobre o direito de autor, garantindo a melhoria e a conservação dos valores culturais que, em definitivo, testemunham o grau de evolução de uma nação.

2. DEFICIÊNCIAS DA NOSSA LEGISLAÇÃO. O MALOGRADO "PROJETO FREITAS NOBRE".

Apenas os jornalistas profissionais têm sua atividade regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.-lei 5.452, de 1º. 5.1943, e legislação complementar (Dec.-lei 972, de 17.10.1969) além dos radialistas (Dec.-lei 7.984, de 21.9.1945), todos dispositivos que pouco têm a ver com o direito de autor.

O deputado Freitas Nobre apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.182, que "Dispõe sobre o exercício da profissão de escritor" (DCN, I, 24.6.1980, ps. 6190 e 6191), e, novamente, sob o nº 2.131, de 1983, com modificações de redação, Diário referido ps. 9.472-9.475.

Diante da reação negativa, formalizou no dia 8 de agosto de 85, segundo noticiava a imprensa do dia seguinte (justamente no momento em que a matéria estava sendo submetida à votação), sua retirada, passando assim sua proposta a ser considerada inexistente, em termos de tramitação, e encaminhada ao arquivo.

Alegou o deputado ter tomado a iniciativa em razão de acordo firmado pelos dirigentes dos sindicatos de escritores no sentido de elaborar um texto, não polêmico, a ser apresentado por todas as lideranças partidárias, dele não constando qualquer texto relativo ao pagamento antecipado por parte das editoras.

Muitos dos pontos de discordância poderiam ter sido objeto de modificações na tramitação da matéria – nem a aprovação do projeto pela Câmara seria o ponto final, pois teria ainda que passar pelo Senado. Vale, no entanto, a oportunidade que levanta para a discussão do tema, sem dúvida de importância fundamental, servindo o mesmo como ponto de partida para considerações sobre os tópicos mais relevantes que, a nosso ver, são três: imprescindibilidade da fundação de uma associação arrecadadora e distribuidora dos direitos dos escritores; aperfeiçoamento das normas relativas ao contrato de edição, constantes da própria Lei 5.988, para evitar disposições redundantes ou contraditórias; estimular a formação de contratos-tipo de edição.

Em entrevista concedida a Denise Natale, publicada na Folha de S. Paulo de 17.6.1980, encarece o presidente do Sindicato dos Escritores no Estado de São Paulo, Luiz Toledo Machado, ter sido aquele Projeto elaborado por especialistas em Direito de Autor do departamento jurídico do mesmo, e aprovado em assembléia da categoria, aditando ser a profissão de escritor reconhecida pelo Ministério do Trabalho como liberal e autônoma, mas sua regulamentação não aconteceu até hoje. Nesses anos houve muitas pressões e uma delas foi o manifesto de 1963, exigindo sua regulamentação, assinado por Luiz Toledo Machado, Mário Donato, Sérgio Milliet, Afonso Schmidt, Ibiapaba Martins e outros duzentos escritores.

O único resultado imediato foi a criação da Associação dos Escritores Profissionais do Estado de São Paulo que, em 1979, se transformou no Sindicato dos Escritores, primeiro sindicato de escritores em todo o Brasil com base estadual e também o primeiro a cuidar da regulamentação da profissão.

A oportunidade da iniciativa não pode ser posta em dúvida.

Já tivemos reiteradas oportunidades de encarecer a necessidade de se unirem os escritores numa entidade que os congregue e represente para a cobrança, fiscalização e defesa de seus direitos autorais, seguindo o exemplo de numerosas outras prestigiosas entidades, principalmente européias, e das próprias associações dos artistas intérpretes

e executantes que entre nós há vários decênios defendem, até mesmo em juízo, os interesses dos seus membros.

Somente assim estarão em condições de levar a efeito, em conjunto, esse delicado, complexo e estafante serviço que, individualmente, jamais teriam condições de realizar eficientemente, à medida que se multiplicam os meios de comunicação de massa, para os quais os escritores tanto material fornecem e muito mais poderiam fornecer.

Resulta até mesmo prejudicial que tentem defender seus interesses pessoalmente, pois só unidos terão condições e forças para tratar, não em situação de enorme inferioridade, mas pelo menos em condições de igualdade.

Considerações análogas sempre desenvolveu Carlos Mouchet, assessor jurídico da Sociedade Argentina de Escritores – Sade, fazendo ver que a proteção das criações literárias e artísticas não se resolve mediante a só existência de uma legislação relativa a direitos de autor que, em algum aspecto, representa a parte estética da matéria: "Como existe uma crescente profissionalização do escritor, do autor teatral, do compositor musical, do artista plástico etc., isso conduz à necessidade da organização societária dos criadores intelectuais, ao estabelecimento de mecanismos de percepção, à formulação de políticas permanentes para a defesa de seus interesses espirituais e econômicos e à consideração de seus problemas de assistência social.

Tudo isso exige fundamentalmente a organização profissional de associações de autores que, na atualidade, tendem a ser cada vez mais os verdadeiros "protagonistas, no exercício prático do direito do autor, uma vez que é difícil a atuação isolada dos criadores de obras literárias e artísticas frente aos 'grandes usuários' – empresas industriais e comerciais, e organismos estatais – que também se organizam".

"Vai-se cada vez mais a formas de atuação coletiva e massiva. Isto se vê na atualidade em modo mais visível no âmbito dos autores e compositores musicais e teatrais, mas também deve considerar-se em relação aos escritores, de atuação mais individualista e portanto mais desprotegidos".

Os dezoito artigos do referido Projeto objetivam estabelecer – na conformidade de sua breve justificação – normas para o exercício da profissão de escritor, definindo sua área, bem como as prerrogativas exclusivas do escritor, as condições de trabalho e normas que tutelam os seus direitos, especialmente os autorais.

Versam sete assuntos: definição de autor e de sua obra intelectual (art. 1º), regulamentação do exercício da atividade de escritor (arts. 2º, 3º e 4º), gozo das prerrogativas do escritor (arts. 5º – 9º), contratos de utilizaçao de obras literárias e respectiva remuneração, inclusive tradutores (arts. 10-12), normas de natureza sindicalista (arts. 13 – 15), percentagem de obras de autores nacionais não caídas em domínio público a serem publicadas (art. 16) e interpretação dos dispositivos do projeto (art. 17).

Não é muito feliz, por excessivamente abrangente, o **caput** do dispositivo inicial, e por incorrer no inconveniente oposto seu § 2º:

"Art. 1º – É considerado escritor todo aquele que tiver, individualmente ou em colaborações com outrem, criado obra intelectual, publicada no País ou no Exterior, qualquer que tenha sido a forma ou o processo de divulgação".

Embora não poupando elogios no que diz respeito à oportunidade do projeto, por ser já tempo "que a dignificante profissão de escritor seja legalmente reconhecida e regulamentada", da leitura do projeto assaltou o Conselheiro Henry Jessen, do CNDA, o receio de que algumas disposições sobre direito autoral resultassem em normas paralelas à legislação especial, ensejando dúvidas e interpretações conflitantes.

Além de sugerir a supressão de todas e quaisquer referências a direito autoral, por desnecessárias e potencialmente perigosas, propôs, em parecer de 13.2.1985, aprovado em sessão de 15.4.1985 (Proc. nº 2300300492/84-8), a seguinte redação: "Art. 1º – É considerado escritor todo aquele que tiver, individualmente ou em colaboração com outrem, criado e publicado obra intelectual compreendida nos incisos I e II do artigo 6º da Lei nº 5.988, de 14 dezembro de 1973."

Aceita a observação com relação às demais referências à LDA, ainda não parece satisfatória a definiçao, por qualificar como escritor todo aquele que tenha, uma única vez, mesmo em colaboração com outrem, publicado um folheto ou uma carta missiva.

A intenção do Projeto está voltada para aqueles que fazem da escrita a sua profissão, visando regulamentá-la. Acrescentaria então expressões que conceituem esse objetivo, sugerindo, portanto: "Art. 1º – Considera-se escritor todo aquele que, tendo, individualmente ou em colaboração com outrem, criado obra intelectual compreendida nos incisos I e II do art. 6º da Lei nº 5.988, mantenha, com regularidade, sua atividade de publicista ou literato".

A redação primitiva, demasiado pormenorizada, do § 1º ("São equiparados a escritores, para os efeitos desta Lei, os tradutores de obras intelectuais, os adaptadores, os psicógrafos, os compiladores, os organizadores de antologias, coletâneas, seletas e outras obras similares, bem como os autores de obras derivadas, que se expressem por meio da palavra escrita ou oral"), foi substituída por outra, excessivamente sucinta: "Equiparam-se aos escritores todos aqueles que são protegíveis pelo direito de autor". Assimila, assim, produtos heterogêneos,

como obras coreográficas e pantomímicas, composições musicais, obras fotográficas, de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, ilustrações, cartas geográficas, projetos, esboços, obras plásticas, obras de arte aplicada, que nada têm a ver com a profissão de escritor, refugindo, portanto, à essência do propósito do Projeto.

Também, por muito abrangente – e por isso pouco conceitual – não é satisfatória a redação do § 2º – "Considera-se obra intelectual toda produção escrita ou oral, de gênero literário ou de natureza científica, técnica, pedagógica, teatral ou religiosa, como livros, brochuras, artigos em jornal e revista, e outros escritos, conferências, cursos, discursos, alocuções, sermões e produções orais semelhantes, qualquer que seja o modo ou forma de expressão, independentemente da destinação que lhe seja dada".

Não é toda e qualquer produção escrita que recebe proteção, mas apenas a que reveste características exigidas quando não pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Diríamos então que "será protegida toda e qualquer produção escrita ou oral que revista características mínimas de criatividade e originalidade".

São normas de natureza sindicalista as propostas nos arts. 13, 14 e 15.

Pelo primeiro ficaria o escritor obrigado a recolher contribuição sindical na base de uma diária do salário-mínimo; pelo art. 14 admite-se que os sindicatos representativos dos escritores celebrem contratos coletivos de utilização de obras literárias com os sindicatos ou outras entidades representativas dos usuários de tais obras, para fixação de garantias mínimas, adotando contratos-tipo para cada modalidade de exploração econômica, e pelo art. 15 e seus parágrafos outorga-se aos sindicatos representativos dos escritores a possibilidade de efetuarem a homologação das rescisões dos contratos de trabalho daqueles.

3. O EQUÍVOCO MAIS GRAVE: PRETENDER SOLUCIONAR OS PROBLEMAS DOS ESCRITORES PELO DIREITO TRABALHISTA E PELO SINDICALISMO.

Declara o art. 9º independer o exercício da atividade de escritor de formalidade administrativa ou observância de condição especial de capacidade ou habilitação profissional, porém o gozo das prerrogativas exclusivas da profissão depende do registro junto ao Ministério do Trabalho, aditando o parágrafo único ser o exercício da profissão de escritor compatível com o exercício de qualquer cargo, função ou emprego, público ou privado, e poder ser realizado sob o regime da CLT, do Estatuto dos Funcionários Públicos ou de servidor de qualquer pessoa jurídica de direito público.

As mais duras críticas ao Projeto – noticiava-se em 27.7.1985 – partiram de parecer elaborado a pedido da subchefia do Gabinete Civil da Presidência da República, assinado pelo chefe de gabinete do ministro Marco Maciel, Cláudio Lembo, encaminhado na véspera à subchefia do Gabinete Civil da Presidência da República para Assuntos Parlamentares. A começar pela inconstitucionalidade "ao pregar a adoção de um sistema corporativista em que se torne fechado o acesso à atividade profissional". A qualificação permitida no texto da Constituição leva em conta a verificação de capacidade, que se pode exprimir em habilitação específica. "Logo, não é lícito opor à liberdade, que é o sentido básico da garantia constitucional, exigências de outra natureza, como a de prévio registro e a de obrigatória sindicalização". Se aprovado, o projeto impediria professores e graduados de nível superior de publicarem comercialmente teses ou trabalhos de cunho literário, sem registro no Ministério do Trabalho e certificado sindical.

À réplica de Luis Toledo Machado, que invoca a soberania da Câmara, e explica que o Projeto seria votado sem cinco pontos mais polêmicos, referentes ao direito autoral, que provocaram a reação contrária dos editores, retruca Cláudio Willer, poeta e secretário-geral da UBE: retirada a parte polêmica sobra só a "carteirinha", quer dizer, artigos que também foram duramente criticados por vários escritores.

Aduz por sua vez Nilo Scalzo, **Nacionalismo e Proteção do Artista,** em **O Estado de S. Paulo,** naquela mesma data, considerações tendentes a comprovar que os "autores do projeto não parecem interessados na valorização do escritor propriamente dito; ao contrário, seu objetivo, tudo leva a crer, é criar uma categoria bastante numerosa que, pagando religiosamente a mensalidade sindical, terá direito de usufruir todas as vantagens trabalhistas. Com isso as letras também passariam a engrossar as listas já bastante extensas dos que têm direito à aposentadoria".

Tem pois razão Carlos Mouchet ao qualificar de "equívoco, que surge, às vezes, de boa fé, quando se busca solução aos problemas dos escritores" através do direito laboral e o sindicalismo, partindo de idéias de que o escritor é um "trabalhador intelectual".

Entende que a confusão decorre do fato de que a criação intelectual significa um trabalho, quando o certo é que o autor é protegido mediante uma legislação especial, em razão da natureza do produto desse trabalho (obra literária ou artística) e não por ter realizado um trabalho.

Além disso, as relações jurídicas entre empresário e trabalhador são muito diferentes das que existem entre 'autor' e 'usuário' da

obra. No primeiro complexo de relações jurídicas é típica a 'subordinação', jurídica do trabalhador ao empregador. No direito de autor brilha o signo da 'liberdade' frente aos usuários. Por outro lado, resulta absurda a simples menção de 'greve' na criação intelectual".

4. É ILEGAL PRIVILEGIAR O EXERCÍCIO DAS PRERROGATIVAS DO ESCRITOR.

Ainda bem que o dinâmico presidente do Sindicato dos Escritores do Estado de São Paulo reconhece que pode provocar discussão o art. 3º, que diz respeito ao exercício das prerrogativas do escritor, reservadas unicamente a brasileiros e estrangeiros residentes no País há mais de cinco anos ou que tenham cônjuge ou filhos brasileiros.

Na verdade, como admitir a legalidade dessa proposta e do seu parágrafo único "o escritor estrangeiro, assim considerado no seu País por estatuto profissional próprio, poderá também exercer a profissão no Brasil, sem registro profissional, desde que possua visto de permanência temporária, por prazo superior a 90 (noventa) dias, observada a legislação pertinente ao trabalho de estrangeiros"?

A proposição, com efeito, contrasta flagrantemente com o art. 3º, I, da Convenção de Berna que protege:

a. os autores nacionais de um dos países unionistas, quanto às suas obras, publicadas ou não;

b. os autores não nacionais de um dos países unionistas, quanto às obras que publicarem pela primeira vez num desses países ou simultaneamente em um país estranho à União e num país da União;

2. Os autores não nacionais de um dos países da União mas que têm sua residência habitual num deles são, para a aplicaçao da presente Convenção, assimilados aos autores nacionais do referido País.

Não se harmoniza, outrossim, com a art. 5º, que garante aos autores o gozo no que concerne às obras quanto às quais são protegidas por força da mesma Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, os "direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção.".

Não subordina o item II o gozo e o exercício desses direitos a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independem da existência da proteção no país de origem das obras. "Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde é reclamada".

Nem dá, evidentemente, remédio ao contraste disposto no art. 17 do Projeto, não admitindo possam os seus dispositivos ser interpretados em prejuízo aos direitos autorais estabelecidos nas leis nacionais ou em convenções internacionais que o Brasil tenha subscrito.

Redundante o dispositivo no **caput** do art. 4º, condicionando a impressão de obras de escritores estrangeiros, em sua língua originária, no território nacional, "à legislação em vigor, inclusive quanto aos direitos de autor", aditando o parágrafo único que o disposto neste não se aplica às obras de autores nacionais de países em que a língua oficial seja o português, escritas nessa língua, desde que com ortografia adaptada para o oficial brasileiro, mencionando-se nos exemplares o nome do adaptador, que não será considerado como autor da obra mas terá direito à remuneração correspondente ao valor pelos serviços prestados.

Quem vai – indaga o editor Sérgio Lacerda, em **O Estado de S. Paulo** de 27 de junho de 85, com razão, quanto a esse ponto – adaptar Camões à ortografia brasileira ou se atrever a reescrever Eça de Queiroz ou Fernando Pessoa?

Depois de condicionar o gozo das prerrogativas de escritor ao registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, pelo Ministério do Trabalho, em página destinada a anotações gerais e dispor sobre a comprovação do exercício de atividade profissional de escritor, qualidade que perderá para o fim de gozo das prerrogativas exclusivas de sua classe, o escritor que deixar de receber ou de ter direito de receber remuneração autoral por três anos consecutivos ou que, em igual período, deixar de recolher sua contribuição sindical (art. 7º) indica com manifesto exagero as seguintes atividades privativas que seriam de escritor:

"I. exercer as funções de consultor técnico, para assuntos relativos à reprodução ou representação de obras literárias, em empresas que tenham como objetivo social a utilização dessas obras, impressas ou divulgadas pela radiodifusão, fixados em fonogramas, videogramas ou suportes materiais análogos, ou apresentadas diretamente ao público, com exceção da atividade jornalística propriamente dita e já regulamentada;

"II. exercer a chefia dos setores de comunicaçao ao público das empresas não jornalísticas, privadas ou não, com exceção das comunicações visando à publicidade comercial de produtos ou serviços desde que não invada o setor profissional do técnico em Relações Públicas;

"III. assessorar os poderes públicos em assuntos concernentes ao desempenho da profissão;

obra. No primeiro complexo de relações jurídicas é típica a 'subordinação', jurídica do trabalhador ao empregador. No direito de autor brilha o signo da 'liberdade' frente aos usuários. Por outro lado, resulta absurda a simples menção de 'greve' na criação intelectual".

4. É ILEGAL PRIVILEGIAR O EXERCÍCIO DAS PRERROGATIVAS DO ESCRITOR.

Ainda bem que o dinâmico presidente do Sindicato dos Escritores do Estado de São Paulo reconhece que pode provocar discussão o art. 3º, que diz respeito ao exercício das prerrogativas do escritor, reservadas unicamente a brasileiros e estrangeiros residentes no País há mais de cinco anos ou que tenham cônjuge ou filhos brasileiros.

Na verdade, como admitir a legalidade dessa proposta e do seu parágrafo único "o escritor estrangeiro, assim considerado no seu País por estatuto profissional próprio, poderá também exercer a profissão no Brasil, sem registro profissional, desde que possua visto de permanência temporária, por prazo superior a 90 (noventa) dias, observada a legislação pertinente ao trabalho de estrangeiros"?

A proposição, com efeito, contrasta flagrantemente com o art. 3º, I, da Convenção de Berna que protege:

a. os autores nacionais de um dos países unionistas, quanto às suas obras, publicadas ou não;

b. os autores não nacionais de um dos países unionistas, quanto às obras que publicarem pela primeira vez num desses países ou simultaneamente em um país estranho à União e num país da União;

2. Os autores não nacionais de um dos países da União mas que têm sua residência habitual num deles são, para a aplicaçao da presente Convenção, assimilados aos autores nacionais do referido País.

Não se harmoniza, outrossim, com a art. 5º, que garante aos autores o gozo no que concerne às obras quanto às quais são protegidas por força da mesma Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, os "direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção.".

Não subordina o item II o gozo e o exercício desses direitos a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independem da existência da proteção no país de origem das obras. "Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde é reclamada".

Nem dá, evidentemente, remédio ao contraste disposto no art. 17 do Projeto, não admitindo possam os seus dispositivos ser interpretados em prejuízo aos direitos autorais estabelecidos nas leis nacionais ou em convenções internacionais que o Brasil tenha subscrito.

Redundante o dispositivo no **caput** do art. 4º, condicionando a impressão de obras de escritores estrangeiros, em sua língua originária, no território nacional, "à legislação em vigor, inclusive quanto aos direitos de autor", aditando o parágrafo único que o disposto neste não se aplica às obras de autores nacionais de países em que a língua oficial seja o português, escritas nessa língua, desde que com ortografia adaptada para o oficial brasileiro, mencionando-se nos exemplares o nome do adaptador, que não será considerado como autor da obra mas terá direito à remuneração correspondente ao valor pelos serviços prestados.

Quem vai – indaga o editor Sérgio Lacerda, em **O Estado de S. Paulo** de 27 de junho de 85, com razão, quanto a esse ponto – adaptar Camões à ortografia brasileira ou se atrever a reescrever Eça de Queiroz ou Fernando Pessoa?

Depois de condicionar o gozo das prerrogativas de escritor ao registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social, pelo Ministério do Trabalho, em página destinada a anotações gerais e dispor sobre a comprovação do exercício de atividade profissional de escritor, qualidade que perderá para o fim de gozo das prerrogativas exclusivas de sua classe, o escritor que deixar de receber ou de ter direito de receber remuneração autoral por três anos consecutivos ou que, em igual período, deixar de recolher sua contribuição sindical (art. 7º) indica com manifesto exagero as seguintes atividades privativas que seriam de escritor:

"I. exercer as funções de consultor técnico, para assuntos relativos à reprodução ou representação de obras literárias, em empresas que tenham como objetivo social a utilização dessas obras, impressas ou divulgadas pela radiodifusão, fixados em fonogramas, videogramas ou suportes materiais análogos, ou apresentadas diretamente ao público, com exceção da atividade jornalística propriamente dita e já regulamentada;

"II. exercer a chefia dos setores de comunicaçao ao público das empresas não jornalísticas, privadas ou não, com exceção das comunicações visando à publicidade comercial de produtos ou serviços desde que não invada o setor profissional do técnico em Relações Públicas;

"III. assessorar os poderes públicos em assuntos concernentes ao desempenho da profissão;

"IV. efetuar a revisão gramatical e a copidescagem de obras literárias destinadas à publicação mediante reprodução gráfica, exceto as que se destinem a integrar obras jornalísticas ou obras de publicidade comercial;

"V. atuar como perito judicial nas ações que visem à apuração de violação de direito autoral em obras literárias de qualquer gênero ou a fixação dos respectivos honorários;

"VI. atuar como perito no Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) nas questões em que este órgão tiver de desempenhar funções de árbitro com relação às obras literárias ou para a defesa da genuinidade de obras literárias caídas no domínio público;

"VII. dirigir a constituiçao, a expansão e a manutenção de acervos das bibliotecas de qualquer natureza, públicas em geral, no que não colida com a atividade específica do bibliotecário;

"VIII. representar o País, como assessor cultural ou integrante de delegação, em conferências, assembléias, congressos, seminários e outros eventos semelhantes, nacionais ou internacionais, inclusive no Exterior, sempre que esteja em pauta a elaboração de normas ou recomendações pertinentes à profissão do escritor, ao seu estatuto social, à regulamentação de direitos decorrentes da criação ou da utilização de obras intelecutais.

"Parágrafo único. As prerrogativas dos escritores não poderão prejudicar outras, da mesma forma privativas, já reconhecidas em favor de outras categorias profissionais".

5. IMPRESCINDIBILIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE UMA ASSOCIAÇÃO ARRECADADORA E DISTRIBUIDORA DE DIREITOS LITERÁRIOS.

Declara o art. 21 da Lei 5.988, sem abrir nenhuma exceção, que o autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu, cabendo-lhe, adita o art. 29, o direito de utilizar, fruir e dispor da mesma.

Os autores musicais e dramáticos alcançam melhor proteção do que os autores literários graças aos diferentes meios que utilizam para fazer chegar a obra aos usuários e aos diversos mecanismos de controle que movimentam através de suas associações. As deficiências não estão tanto na legislação como na organização profissional e nos obstáculos psicológicos dos próprios escritores, em grande parte renitentes em recorrer a uma associação para a administração e defesa de seus interesses, base indispensável para qualquer controle efetivo.

Ao que parece, apenas a VAAP, Associação de Direitos Autorais da União Soviética, está habilitada a distribuir as retribuições de direi-

tos autorais pela interpretação pública das obras literárias de seus filiados. É o que assegura Yu. S. Rudakov, aditando: "Evidentemente, quando uma obra literária de um autor nacional é interpretada num programa ou mesmo quando o próprio autor é seu intérprete, como ocorre freqüentemente com os autores de poemas, trechos humorísticos etc., a verificação do respeito do direito de autor e particularmente a percepção de retribuições não apresentam problemas sérios. Naturalmente, nesses casos, a gestão dos direitos dos autores, notadamente daqueles que não são ainda muito conhecidos, é muito menos garantida do que a gestão, por exemplo, dos direitos de um autor de uma obra musical, que são protegidos de maneira segura por uma associação apropriada".

A constituição de uma entidade dessa natureza, de âmbito nacional, é tanto mais necessária porquanto já foi elaborado um projeto de lei assegurando, para remuneração dos autores e artistas intérpretes e executantes, uma percentagem sobre a venda de fitas virgens para cassetes e videocassetes. E estudos estão sendo conduzidos pelo Conselho Nacional de Direito Autoral no sentido de serem os autores das obras impressas de alguma forma recompensados pelo aproveitamento indiscriminado das mesmas, ou de trechos das mesmas, através do sistema de reprografia para uso individual.

A legislação de alguns países concede aos autores de obras existentes nas bibliotecas públicas uma compensação – que só pode ser outorgada a uma entidade que congregue os autores – pela consulta e leitura gratuita por qualquer pessoa dessas mesmas obras, o que sem dúvida reflete na proporcional diminuição das vendas.

Nenhuma lei não estipula que as retribuições de direito de autor não devam ser satisfeitas pela interpretação pública de obras literárias. Conseqüentemente, a razão pela qual os autores não receberam retribuições não reside na circunstância de que eles não tenham o direito de perceber tais retribuições e, por uma razão ou outra, este direito não é aplicado e não está protegido por uma organizaçao.

O Conselho Internacional dos Autores Literários em sua reunião de Munique, de 12 a 13 de outubro de 1971, enfrentou o problema da repartição das retribuições de direito de leitura radiofônica ou televisual em matéria de tradução de obras literárias (Intersocietés, Cisac. 6.4.1972, ps. 8 e 10).

Estabeleceu que sob reserva de condições particulares entre editores, autor e editor ou tradutor e editor – que serão notificados por fichas de documentação internacional – a repartição das rendas de direito de leitura de obras literárias será efetuada de ofício pela metade entre as Associações administradoras dos direitos de tradutor (e seu editor) e

a que administra os direitos do autor originário (e de seu editor).

A repartição ao editor será efetuada na conformidade do contrato concluído por ele com o autor.

Como assinala Carlos Mouchet, em quase todos os países existem associações de autores literários, mas somente em uns poucos têm caráter profissional: "Na maioria dos casos aparecem como cenáculos literários ou de agrupações comprometidas em tendências políticas que, por isso mesmo, paradoxalmente, descuidam ou mais ainda desdenham os aspectos da proteção dos direitos e interesses dos escritores".

Na Argentina existem três associações organizadas com critério profissional: Saidac, Argentores e Sade, formando todas elas parte da Confederação Internacional de Sociedade de Autores e Compositores, Cisac, Paris, que reúne mais de 130 associações de autores de todo o mundo.

Com sede na capital platina, funciona um Conselho Panamericano.

As atividades da Cisac divide-se, quanto à consideração de problemas específicos, em quatro Conselhos Internacionais: de autores e compositores de música, de autores dramáticos, de autores literários e de autores de obras cinematográficas. Cada três anos celebra Congressos Mundiais de autores.

A multiplicação das associações de autores musicais e teatrais (dramáticos) alcançou grande desenvolvimento, com o conseqüente potencial econômico e sua força de pressão profissional a ser reforçada por uma rede de pactos intersocietários no âmbito internacional. "Ao lado delas resulta minoritária a organização de associações de escritores (autores literários) que persigam finalidades essencialmente profissionais e econômicas, em condições de reunir os requisitos para serem admitidas na Cisac. Atualmente há sociedades de autores literários na Argentina, Canadá, França, Inglaterra, Tchecoslováquia, Itália e Romênia.

"Em algumas associações 'gerais' de autores existem seções para os direitos literários, como na Sociedad General de Autores do Uruguai e na Sociedad General de Autores da Espanha. Ao mesmo tempo desenvolveu-se um movimento organizativo dos escritores cinematográficos, que em alguns países deu lugar à formação de sociedades especiais. Na Argentina, estão representados por **Argentores**".

É exemplar a organização e funcionamento da Societé des Gens de Lettres de France, criada em 1938 e instalada em Paris sob principal inspiração de Balzac.

Paul Mousset refere-se, em informe no Congresso da Cisac de

Las Palmas, Canárias, em 1970, ao desamparo dos escritores, distinguindo desde logo os que são realmente "profissionais" dos "marginais" ou "acidentais", como tais considerados os que vivem fundamentalmente de outras atividades.

Quanto ao tema relacionado com os métodos de percepção dos direitos literários, o relator, Paul Dupuy, distinguiu, na conformidade das possibilidades nos diferentes domínios: a. direito de edição; b. direitos de tradução; c. direitos mecânicos; d. reproduções na imprensa; e. entrevistas consideradas como obras intelectuais.

Já está superada a conclusão a que se chegou, graças aos novos meios de difusão e de multiplicação das obras, de que o volume de percepção dos direitos literários é fraca em relação aos direitos de utilização das obras intelectuais em outros setores, sendo por isso aconselhável prever acordos unilaterais com associações de percepção de outros gêneros.

Mas vale o conselho de buscar aproximação com os organismos de radiodifusão (e televisão), bem como com os que agrupam os editores nos âmbitos nacional e internacional e com os organismos relacionados com a arrecadação dos direitos de gravação e reprodução mecânicas das obras literárias.

6. CONTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE OBRA LITERÁRIA E RESPECTIVA REMUNERAÇÃO, INCLUSIVE TRADUTORES (CONTRATOS-TIPO).

Todo contrato de utilização de obra literária – na conformidade do Projeto Freitas Nobre – deveria prever uma remuneração mínima, independentemente do resultado da exploração econômica da obra a ser paga nas condições que as partes contratantes fixassem, nunca inferior a 10% de toda a remuneração possível e apurável segundo os termos do contrato de utilização, em prazo não superior a três meses, contados da assinatura do contrato.

Todo contrato de utilização de obra literária deveria mencionar, sob pena de nulidade, a quantidade de exemplares a ser reproduzidos, em cada edição, ou número de vezes que a obra deverá ser representada publicamente, em determinado prazo.

A remuneração mínima seria devida em cada nova edição ou cada vez que se iniciar novo prazo, no caso de representação pública, e deveria ser paga até três meses imediatamente seguintes ao lançamento de cada nova edição ou do início de cada novo período de representação pública.

O pagamento da remuneraçao mínima seria considerado adian-

tamento da remuneração autoral ajustada e poderia ser descontado dos créditos do escritor, segundo a prestação de contas de seu co-contratante, na proporção de 50% do valor destes em cada prestação até que seja integralmente absorvido.

Na verdade, o caminho para a proteção da profissão do escritor não é esse.

A Comissão nomeada pela União Brasileira de Escritores entende que o melhor será aperfeiçoar e atualizar os dispositivos da Lei 5.988 relativos ao contrato de edição. Creio ser interessante reproduzir conceitos com que, sob o título "Declamações e recitações públicas", iniciamos colaboração em **O Estado de S. Paulo** a 15 de novembro de 1984:

"As leituras públicas, por idênticas razões às que ocorrem com relação aos dramas, tragédias, comédias e composições musicais, dependem de autorização do titular do direito.

"Não é permitido ler publicamente uma obra literária alheia sem a permissão do seu autor, da mesma forma que não se pode executar publicamente um trecho de música sem o consentimento do compositor. Atos dessa natureza causam prejuízos aos titulares de direito, pois estendem o conhecimento da obra a um público que, por essa forma, se poupa à aquisição do livro, da partitura ou do disco que as contém.

"As leituras e recitações públicas, observa Robert Plaisant, também constituem representações, pouco importando que a obra lida em voz alta seja destinada ao teatro. O desempenho dos atores, o encaminhamento de uma encenação dizem necessariamente respeito às obras dramáticas, mas a recitação ou a leitura são suficientes para transmitir a obra ao público e constituem representação.

"Reconhece o art. 11 da Convenção de Berna que os autores de obras literárias gozam do direito exclusivo de autorizar: 1. a recitação pública de suas obras, inclusive a recitação pública por todos os meios e processos; 2. a transmissão pública por todos os meios da recitação de suas obras.

"Os mesmos direitos são concedidos aos autores de obras literárias durante toda a duração de seus direitos sobre a obra original, no que respeita à tradução de suas obras.

"Lembra Henry Jessen que, para as obras unicamente musicais, a expressão certa é execução, para as obras literárias, recitação ou declamação. Direito de representação inclui, pois, execução, recitação ou declamação:

"A representação pode constituir-se numa comunicação direta ao público quando é realizada em sua presença, por exemplo, numa sala de espetáculos, ou numa comunicação indireta, sem a presença do público, valendo-se de meios eletrônicos, tais como o rádio, a televisão ou o telefone. Neste caso poderá ser uma representação ao vivo, ou seja, estando presentes os intérpretes e executantes ao ato da transmissão, ou poderá ser uma representação fixada, por meios auditivos (gravação) ou audiovisuais (vídeo-teipe).

"Advirta-se que a leitura de obras gráficas não equivale à publicação.

"Sua divulgação por essa forma, antes de terem sido impressas, não será sequer interpretada como prova de destinação à publicidade: pode visar somente, como ocorre na generalidade dos casos, a uma avaliação prévia da sua receptividade junto ao público.

"Além das anedotas, cuja autoria nem sempre é determinável, existem numerosíssimas peças literárias de pequena extensão, verdadeiras jóias em prosa ou em verso, que são aproveitadas sem a menor cerimônia em programas de entretenimento, em shows concertos, bailes, programas de radiodifusão ou de TV, e sem se cogitar em remunerar os autores".

A remuneração mínima não será restituível se a remuneração autoral não for suficiente para a sua compensação, que somente poderá ser feita com relação à edição ou ao prazo de reprsentação a que ela se refira.

Seguem-se propostas relativas à reutilização de obra de escritor empregado, funcionário ou servidor público, após a extinção do contrato, dependente de prévia e expressa autorização; fixando um limite mínimo de 10% de todas as obras editadas para a utilização de obras literárias do domínio público, dependendo ainda de aprovação do Conselho Nacional de Direito Autoral, quanto ao texto, para ser defendida a autenticidade do texto (§ 2º do art. 25 da LDA); utilização de obra literária no domínio público pelos organismos de radiodifusão, limitações das obras do domínio público a 20% sobre o total a ser editado, numa interferência excessiva no campo de atuação das editoras, interpretação dos dispositivos etc.

O escritor, pelo art. 9º, não poderá ser obrigado a participar de nenhum trabalho que coloque em risco sua integridade física ou moral, nem que lhe restrinja, por qualquer forma, a liberdade de criação literária.

Editorial de **O Estado de S. Paulo,** de 30 de junho de 1985, **Agressão aos Escritores,** aduz não estarem eles interessados nesse tipo de proteção paternalista concedida em virtude de lei. Ou se é escritor e se haverá de condenar qualquer iniciativa como essa ou não se é e o projeto de condenar qualquer dádiva divina, apta a premiar a medio-

cridade e a ignorância, tudo sob o manto de um nacionalismo que, positivamente, só faz mal ao Brasil e aos brasileiros.

Prossegue o editorial afirmando que até hoje a atividade intelectual prosperou satisfatoriamente sem que aqueles aos quais proporciona a alegria de valorizar o patrimônio da criação artística carecessem do estímulo que se lembra de oferecer-lhes agora o deputado Freitas Nobre. "Criar é matar a morte", afirma Romain Rolland em Jean Christophe. Já imaginou o leitor se o artista, para transmitir os nobres impulsos que o levam a criar, se pusesse de olho nos privilégios, nas regalias, nas vantagens e nas obrigações que lhe oferecesse e impõe esse projeto de bitola tão estreita que corre por um só trilho, chauvino-nacionalisto-estatizante?" E clama o editorial: "Pobres escritores, se dependessem disso para ser notáveis. O projeto Nobre significa agressão a todos os autênticos escritores".

Permanece válida, no entanto, a idéia de um contrato-padrão, de amplo uso em grande número de países.

Servindo apenas como sugestão ou modelo, a ser adaptado às peculiaridades de cada tipo de edição, destina-se a especificar o alcance da licença de edição, deixando bem claro que não importa em cessão do direito do autor a duração do contrato e os casos em que se considera rescindido, a tiragem, o preço e venda, formato etc., a retribuição, a prestação de contas, a venda como saldo, a reedição, e a distinção a ser feita entre os vários direitos derivados (traduções, reproduções em forma de livro de bolso, clubes de livros, leituras, adaptações etc.).

A lei colombiana nº 23, de 28.2.1982, adere de certa forma a esse sistema ao exigir que do contrato constem, art. 107: a. se a obra é ou não inédita; b. se a autorização é ou não exclusiva; c. o prazo e as condições em que deve ser entregue o original convencionado para pôr em venda a edição; d. o prazo; e. o prazo ou termo do contrato quando a concessão se fizer por um período de tempo; f. o número de edições ou reimpressões autorizadas; g. a quantidade de exemplares de que deve constar cada edição; h. a forma pela qual será fixado o preço de venda de cada exemplar ao público.

O SUICÍDIO NO DIREITO PENAL COMPARADO

GERALDO RAUL CURADO FLEURY
Professor Adjunto de Direito
Penal e de Criminologia na Faculdade
de Direito da Universidade Federal de Goiás

I

A questão do suicídio, tendo em vista a Ética e o Direito, tem suscitado grandes debates, não havendo unanimidade à sua reprovação, não obstante a maioria lançar o seu repúdio à **mors voluntaria.**

Ferri defendeu o direito pessoal de se dar a morte própria:

"El derecho a la vida puede ser renunciable o suscetible de abdicación por parte de quién es su sujeto, y así también el hombre, como tiene derecho a vivir, debe tener el derecho de morir" (1).

Contudo, desde os tempos mais remotos houve reprovação ao suicídio, por razões sociais, militares, etc.

Sócrates o considerava demonstração de convardia; Santo Agostinho, São Tomás e outros grandes expoentes do pensamento católico condenaram-no veementemente, continuando a tradição judaica.

"A Lei mosaica não fala de suicídio, porém sua condenação está incluída na do homicídio. O ato de virtude ou de coragem pelo qual alguém se sacrifica por um motivo nobre não é, propriamente falando, um suicídio". (2)

Essa distinção, de grande valia, deve ser sempre observada, no Direito Canônico.

Também não é considerado suicídio, a rigor, a morte dada a si próprio pelo agente insano, como nos lembra Clayton:

"Self-destruction by an insane person is not suicide". (3)

Não obstante a sua reprovabilidade, o suicídio sempre encontrou apologistas, entre expoentes da intelectualidade, filósofos, poetas e artistas.

Não só as idéias estóicas de Sêneca e de outros, como a exaltação do prazer e propugnação pela ausência de qualquer sofrimento, dos epicuristas, defenderam, em determinadas circunstâncias, o excídio de si próprios.

Na Literatura, em verso e prosa, o suicídio encontrou a sua glorificação:

"... I will be a bridegroom in my death, and run into't as to a lover's bed" (4),

exclamou Antonio, em vias de se matar, ante a vitória de Otávio, na tragédia shakespeareana.

Em uma das mais belas páginas da literatura universal, os clamores finais de Werther:

"No cemitério, bem ao fundo, no canto que dá para o campo, há duas tílias: é lá que desejo repousar.

Veja, Carlota, que não tremo ao pegar a fria e terrível taça por onde quero beber a embriaguês da morte!

... Bateu meia-noite! Assim seja então!... Adeus, Adeus"! (5)

E a pena flamejante de Xavier Júnior descrevendo a "cisma de um neurastênico":

"... Pensar que todo o encanto de viver
Não vale o grande sono de uma noite.
Pensar que a morte é a noite que não finda.
E vislumbrar na morte o mais alto prazer,
Além do amor, que é sempre absurdo,
E da ambição, eterna enganadora.
Pensar na morte assim como ninguém
Ousa pensar,
E, entretanto, viver
A mesma vida estúpida e banal.
De toda a gente!...
Pela irresolução de um minuto fugaz
Que descerrando os véus da morte,
O problema viria resolver!"... (6)

II. Conceito.

Definições:

"Ação ou efeito de suicidar-se; morte dada a si próprio" (Caldas Aulete).

"Meurtre de soi-même" (Nouveau Larousse Élementaire).

"La muerte que se prodiga el mismo sujeto" (Diccionario de Derecho Penal – Ezaine Chaves).

"Suicídio é a destruição direta da vida própria por impulso próprio" (Brugger, **Dicionário de Filosofia**).

"Ato pelo qual o indivíduo procura voluntariamente a morte" (Enciclopédia Barsa),

"Matar-se voluntariamente, causar a morte a si" (Enciclopédia Brasileira Mérito).

"Is the willful and voluntary act of self-murder commited by a person who understands the physical nature of the deed, and intends it accomplish his own death" (Clayton, "The Problem of Crime", Apud Severiano Ribeiro, Jorge, "Código Penal dos Estados Unidos do Brasil", 3º vol., Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, p. 61).

Denominação: Origem.

A palavra suicídio vem do latim "sui" + "caedere", e foi formada no século XVIII, segundo DECURET, pelo abade DESFONTAINES. (ARY AZEVEDO FRANCO), Tratado de Direito Penal, v. VI, Livraria Jacinto, p. 109, Rio, 1942).

Sinonímia: Suicídio
Autocídio
Propricídio
Autoquiria
Em Inglês: Suicide
Em Francês: Suicide
Em Italiano: Suicidio
Em Alemão: Selbstmord
Em Espanhol: Suicidio
Em Latim: Mors Voluntaria

O suicídio, a mors voluntaria, é a atuação da pessoa no sentido de causar a si mesma a supressão da vida; é a ocisão de si próprio, é o matar-se, voluntariamente.

A autodestruição tem repercussões de variados aspectos no âmbito social e cultural, mormente no que se refere às normas éticas e jurídicas.

O suicídio tem encontrado reprovação em quase todos os povos, em qualquer época, não obstante a legião de defensores de sua legitimidade.

Entre os povos primitivos a prática autocida era considerada, geralmente, como conduta determinada pelo mal, nas suas manifestações humanas. Punia-se o cadáver, para atingir e extirpar o mal nele contido.

GRÉCIA. Na Grécia Antiga, em Tebas, "estigmatizava-se a memória do suicida" (Ary A. Franco), com a privação de sepultura.

ROMA. Entre os romanos, (não obstante as opiniões em contrário (CARRARA), era punível o suicídio, quando o autocida, pela prática de alguma falta anterior, furtava-se ao processo, ou à pena, auto-suprimindo-se; verificada a **mors voluntaria** era determinado o confisco dos seus bens.

No Direito Romano antigo: Tarquínio Soberbo mandava que os cadáveres de suicidas fossem crucificados e deixados aos animais (N. Hungria).

Na Idade Média, com a vitória do Cristianismo, tornou-se generalizado o repúdio ao suicídio, condenado pelo Direito Canônico como se fosse homicídio.

Saxônia. "Entre os antigos saxônios, além da privação de sepultura e de solenidades fúnebres, havia o costume de não se permitir que os cadáveres saíssem pela porta, sendo tirados por uma janela ou por debaixo da soleira da porta da rua" (Ary Azevedo FRANCO, Dos Crimes Contra a Pessoa, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, p. 110).

Com o advento dos tempos modernos, e principalmente após a publicação da obra de Beccaria, surgiram novas idéias que permitiram tratar o problema do suicídio de um ângulo menos repressivo, pelo menos no que se refere à sua incriminação.

Direito Canônico. O cânon 2.350, parág. 2º, do Código Canônico revogado, definia o suicídio praticado em sã consciência como DOLOSA OCCISIO SUI IPSUS, punindo-o expressamente, não considerando suicídio aquele praticado por pessoa mentalmente enferma.

"CONATO OU ATENTADO DE SUICÍDIO" – é no direito canônico verdadeiro delito, e como tal é punido pelo Código (se o delito for consumado, i.e., com a morte, estatui este C. uma pena 1.s. pela qual o suicida é privado de sepultura eclesiástica. Não é necessário pois sentença declaratória se o delito for notório)" (7). Estabelecia, também, o Código Canônico que os clérigos que tentassem o autocídio, sem consumá-lo, fossem suspensos AD TEMPUS.

O CODEX IURIS CANONICI, atualmente em vigor, revogou as sanções do estatuto anterior, aplicáveis àqueles que praticavam o excídio de si próprios. Houve, portanto, no Direito Canônico, a despenalização do suicídio.

III

A – **Brasil Colônia.**

De maior relevância, no período colonial, só mesmo as Ordenações do Rei Filipe, no que tange às legislações que tiveram vigência antes da Independência, já que nos tempos anteriores a 1.603, quando vigoravam as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Sebastiânicas, pouco digno de nota era a aplicabilidade das leis em terras então em fase de desbravamento.

Com relação ao sucídio a legislação filipina mantinha a mesma situação das anteriores: a punibilidade do suicídio somente se verificava para os casos em que o agente o praticava como meio de escapar ao confisco de bens:

Livro II (Ord. Fil.) Título XXVI, nº 32:

"E se algum fosse preso, ou acusado por tal crime, que, se provado fosse, e por elle condenado, perderia para Nós seus bens, e elle se matasse com medo da pena, que poderia haver pelo dito crime, por que he preso e acusado, perderá seus bens para Nós, posto que o crime inda não fosse provado, fosse condenado. Porém se se matar por sanha, doudice, ou nojo, não perderá os bens ou outra cousa alguma para Nós!" (8)

B – **No Império.**

Com o advento da Independência, em 1822, e com a elaboração do primeiro estatuto penal brasileiro, em 1830, descriminalizou-se o suicídio, criando o Código Criminal a figura típica da participação em suicídio alheio:

"Art. 196. Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa:

PENAS – De prisão por dois a seis annos". (9)

C – **Na República:**

O Código Penal republicano, de 1890, ampliou a definição de participação em suicídio:

"Art. 299 – Induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa:

Pena – de prisão cellular por dois a quatro annos". (10)

D – **Código de 1940** (Vigente):

O estatuto vigente deu maior elastério à definição, distinguindo as formas "induzir", "instigar" e "prestar auxílio", estabelecendo, também, condições de punibilidade:

"Art. 122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
Parágrafo único – A pena é duplicada:
I – se o crime é praticado por motivo egoístico;
II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência".

E – **O Código Penal** de 1969 (revogado antes de ter vigência).

O referido Código não trouxe grandes modificações à figura de participação em suicídio por provocação direta, mas criou a figura punível da provocação indireta ao suicídio, inovação pouco encontradiça nos textos alienígenas:

Art. 122, § 2º:
"Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio".

IV – A FIGURA PUNÍVEL DA PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO ALHEIO.

Há incriminação da conduta de terceiro que induz, instiga ou auxilia outrem a se suicidar.

É bastante controvertida a punibilidade da conduta do partícipe em suicídio alheio: muitos, como MAURACH, na Alemanha, consideram impunível tal participação, pois se não se incrimina o suicídio, não se poderia incriminar a participação de terceiros. Essa corrente de raciocínio prevalece na doutrina e legislação alemãs e em muitos outros países, não se punindo, portanto, segundo tal corrente a colaboração em suicídio alheio. No Brasil firmou-se a posição contrária, de incriminação da conduta do terceiro participante.

V – PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO, NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

SUJEITO ATIVO – Pode ser qualquer pessoa.
SUJEITO PASSIVO – Pode ser qualquer pessoa.

O sujeito passivo do delito de induzimento, instigação ou prestação de auxílio ao suicídio, pode ser qualquer um, pressupondo-se que tenha um mínimo de condições de resistência à conduta do sujeito, pois

se inexistirem tais condições, como no caso de absoluta irresponsabilidade por doença mental, ou de menoridade de 14 anos, quando é legalmente presumível a violência, o delito configurado não será o do Art. 122, mas sim o do Art. 121, homicídio.

INDUZIMENTO: Dá-se quando alguém faz nascer ou despertar na mente de outrem a idéia autodestrutiva, convencendo-o a praticar a autoquiria.

INSTIGAÇÃO: Dá-se quando o terceiro participante exacerba as potencialidades propricidas de outrem, estimulando-lhe as idéias autocidas, já instaladas na sua mente; a ação do participante é no sentido de estimular o instigado a matar-se.

AUXÍLIO: Dá-se quando alguém presta ajuda a outrem que quer se matar, fornecendo-lhe os instrumentos eficazes, ou prestando qualquer outra forma efetiva de auxílio material para a prática suicida.

CONDIÇÕES DE PUNIBILIDADE: A punibilidade da participação em suicídio está condicionada à consumação deste, ou à tentativa de que resulte lesão corporal de natureza grave.

VI – CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL ITALIANO:

"Il delito si consuma nel momento e nel luogo in cui si é verificata la condizione di punibilitá, cioé quando e dove à avvenuta la morte del suicida, ovvero sono derivate tal tentativo di suicidio le lesione gravi o gravissíme".

(MANZINI, VINCENZO – **"Istituzioni di** Diritto Penale Italiano", v. II, Cedam, Padova, 1.941, p. 359).

VII – O SUICÍDIO E OS SISTEMAS LEGAIS DE SUA DEFINIÇÃO.

a) – Sistemas que incriminam o suicídio.

São sistemas que tipificam a conduta suicida: pune-se (punia-se) o autor do excídio de si próprio, através de privação e sepultura e ritos fúnebres (Direito Canônico), pompas e solenidades nas exéquias, e de outras sanções que atinjam (atingissem) o cadáver e o nome do autocida. O novo Código Canônico, contudo, não mais prevê sanções para os casos de suicídio.

No caso de não se consumar a autodestruição, o agente é punido pela tentativa, chegando a haver penas privativas de liberdade, como acontecia na Bolívia, antes do advento do novo Código Penal.

Previam penalização, também, os estatutos repressivos de alguma unidades dos Estados Unidos da América do Norte (New York e outros estados), da Inglaterra, da Tasmânia e da Etiópia. Na Inglaterra o suicídio era considerado "a felon against himself" e quando tentado era punido como "misdemeanour indictable".

b) – Sistemas que não incriminam o suicídio mas que tipificam a participação de terceiros, na forma intelectual (instigação, induzimento) e na forma material (prestação de auxílio).

Adotam tais sistemas os seguines estatutos penais:

1) – Código Penal do Brasil (de 1940, vigente,e o de 1969, revogado) Art. 122.
2) – Código Penal da Bulgária, 1951,Art. 138
3) – Código Penal da Dinamarca, 1930, Art. 240
4) – Código Penal da Espanha, 1870, c/ a reforma de 1944, Art. 409
5) – Código Penal da Grécia, 1950, Art. 301
6) – Código Penal da Itália, 1930, Art. 580
7) – Código Penal da Islândia, 1940, Art. 214
8) – Código Penal da Polônia, 1932, Art. 228
9) – Código Penal da Suíça, Art. 115
10) – Código Penal da Groenlândia, 1954, Art. 57, 3º
11) – Código Penal de Portugal, 1886, Art. 354
12) – Código Penal da China, Art. 275
13) – Código Penal da Argentina, Art. 83
14) – Código Penal da Colômbia, Art. 367
15) – Código Penal da Costa Rica, Art. 115
16) – Código Penal da Nicarágua, 1974, Art. 151
17) – Código Penal de Cuba, Art. 437
18) – Código Penal de Honduras, Art. 406
19) – Código Penal do Equador, Art. 454
20) – Código Penal do Panamá, Art. 317
21) – Código Penal do Peru, Art. 157
22) – Código Penal do Chile, Art. 393
23) – Código Penal do Paraguai, Art. 339
24) – Código Penal do México, Art. 312
25) – Código Penal de El Salvador, Art. 160
26) – Código Penal da Venezuela, Art. 414
27) – Código Penal da Áustria, 1852, § 139 B
28) – Código Penal da Guatemala, Art. 128
29) – Código Penal de Porto Rico, Art. 90

c) – Sistemas que não incriminam sequer a participação em suicídio:

Não se cogita de punir quem tenha participação em suicídio alheio.

Adotam tal posição as legislações dos seguintes países:

1) – Alemanha
2) – Bélgica
3) – França
4) – República Dominicana
5) – Haiti.

Como fica, perante a legislação penal desses países, a conduta do instigador ou do indutor ou do que auxilia no suicídio de outrem havendo a consumação do propricídio?

A impunidade de tal conduta é a resultante da adoção de tais sistemas, podendo contudo, em certos estatutos, enquadrar-se a conduta do participante como de autor mediato de homicídio.

IV – Entre os sistemas que punem a participação em suicídio alheio, vem sendo adotado em algumas legislações o critério mais amplo, que abrange a conduta do agente de maus tratos que levam à autodestruição como figura típica da participação em suicídio. É a chamada provocação indireta ao suicídio.

Adotam essa posição os Códigos Penais da

1º – União Soviética (1961), art. 107
2) – Iugoslávia (1950), art. 139
3) – Bulgária (1951), art. 138.

O Código Penal Brasileiro de 1969, revogado, incriminou a figura da provocação indireta ao suicídio, no seu Art. 122, Parágrafo 2º:

"Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio".

VIII – LEGISLAÇÃO

A – CÓDIGO PENAL DA BULGÁRIA – (1951).

"Art. 138.

Le fait d'aider ou d'inciter quelqu'un à se suicider, s'il est suivi de suicide ou de tentative de suicide, entraîne la privation de la liberté jusqu' à trois ans.

Le même délit commis à l'égard d'un mineur ou d'une personne que le coupable soit incapable de comprendre la nature ou l'importance de son acte ou de commander ses actes, entraîne la

privation de la liberté pour une durée de trois à dix ans.
La même peine sera infligée a celui qui, par un traitement cruel ou d'une façon similaire, pousse au suicide une autre personne se trouvant sous la dépendance matérielle au autre, si le suicide ou si une simple tentative de suicide se realisent".
("Les Codes Pénaux Européens", Marc Ancel et Yvonne Marx, Centre Français de Droit Comparé, Paris.

B – CÓDIGO PENAL DA UNIÃO SOVIÉTICA (1961)

Art. 107 – Fait d'amener une personne qui suicide – Le fait d'amener une persone qui se trouve matériellement ou pour toute autre raison sous la dépendance du coupable à se adoptant à son égard un comportement cruel ou en l'humilliant systématiquement dans sa dignité personelle, est puni de la privation de liberté pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans.

C – CÓDIGO PENAL DA IUGOSLÁVIA

No seu art. 139, o Código Penal Iugoslavo prevê punição para a participação em suicídio. Segundo Marc Ancel, "Le Code Yougoslave incrimine également le traitement brutal ou inhumain ayant conduit au suicide une personne se trouvant envers l'auteur dans une situation de subordination ou de dépendance" (Ancel et SRZENTIC, in "Le Droit Penal Nouveau de la Yougoslavie", Les Éditions de L'Epargne, Paris, 1962, p. 105.

IV – **CONCLUSÕES:**

I – Em que pese a sua ilicitude, o suicídio não tem relevância penal em quase todos os estatutos repressivos do mundo moderno, havendo uma tendência para universalizar a sua descriminalização.

II – A maior parte dos Códigos Penais Modernos tipifica a conduta do participante em suicídio alheio, sendo esta participação por provocação direta, na forma intelectual ou na forma material.

III – Poucos países reconhecem a figura punível da provocação indireta ao suicídio, na forma de uso de maus tratos (como meio) contra pessoa sob sua ascendência para levá-la (induzindo-a, por aqueles meios) ao suicídio.

IV – O Código Penal Brasileiro de 1940, em vigor, alinhou-se, quanto ao suicídio e à figura da participação, à grande corrente predominante, já consagrada, da descriminalização de um e da incriminação de outra.

V – O Código Penal Brasileiro de 1969, (revogado antes de viger) no que tange à incriminação da provocação indireta ao suicídio, veio assumir posição de vanguarda no mundo ocidental, já que os precedentes se situam em países do Leste Europeu, mais precisamente a União Soviética, a Bulgária e a Iugoslávia, esta última se não, de todo, do Leste, perfilando-se àquelas outras.

VI – O anteprojeto da parte especial do Código Penal Brasileiro, tal como se apresenta, não reconhece a provocação indireta ao suicídio, mantendo o sistema vigente, quanto à participação de terceiros, na autoquiria. A nossa posição é favorável à apenação da provocação indireta, na sua concepção mais abrangente, incluindo-se, ao lado da figura dos maus tratos, como fator conducente à autodestruição, os comportamentos cruéis ou que causem humilhação constante à pessoa sob a dependência (qualquer que seja) ou a autoridade do agente, dando assim maior elastério à pretendida configuração típica.

(1) – FERRI, Enrique. "Homicídio-Suicídio", Editorial Reus, Madrid, 1934, p. 25.
(2) – VINCENT, Albert. "Dicionário Bíblico", Edições Paulinas, São Paulo, 1969, p. 471.
(3) – Apud SEVERIANO RIBEIRO, Jorge, op. cit. p. 61.
(4) – Shakespeare, William. "Antony and Cleopatra" in "The Complete Works of William Shakespeare, Spring Books, Suffolk, 1975, p. 771.
(5) – GOETHE, Johann Wolfgang Von, "Werther", Trad. de Galeão Coutinho, Abril Cultural, São Paulo, 1971, p. 159.
(6) – XAVIER JÚNIOR – "A Canção do Planalto", Emiel Editora, Rio de Janeiro, s/d, ps. 58, 59.
(7) – D. OSCAR DE OLIVEIRA, "DE DELICTIS ET POENIS", p. 374, Ed. pela "Cooperativa do Livro", Mariana, MG, 1951.
(8) – "Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal", comentado por Cândido Mendes de Almeida, Typographia do Instituto Philomático, 14ª edição, Rio de Janeiro, 1870, p. 443.
(9) – "Código Criminal Annotado", Francisco Luiz, Typ. de T. Menezes, Maceió, 1885, p. 382.
(10) – Bento de Faria, Antonio, "Annotações Theorico Praticas ao Código Penal do Brasil", Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1913, v. II, p. 406.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CANDIDO MENDES. "Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal", Typographia do Instituto Philomático, 14ª Edição. Rio de Janeiro, 1870.

ANCEL, MARC ETMARX, YVONNE. "Les Codes Pénaux Européens", 4 vols. Paris, 1971.

ANCEL, MARC ETSRZENTIC. "Le Droit Pénal Noveau de la Yougoslavie", Les Éditions de L'Epargne Paris, 1962.

BENTO DE FARIA, ANTONIO. "Annotações Theorico-Praticas ao Código Penal do Brasil", Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1913.

BRUGGER. "Dicionário de Filosofia".

CHAVES, EZAINE. "Dicionário de Derecho Penal".

FERRI, ENRICO. "Homicídio – Suicídio", Editorial Reus, MADRID, 1934.

FRANCO, ARY AZEVEDO. "Tratado de Direito Penal", v. VI, Livraria Jacinto, Rio, 1942.

GOETHE, JOHANN WOLFGANG. "Werther", Trad. de Galeão Coutinho, Abril Cultural, São Paulo, 1971.

HUNGRIA, NELSON. "Comentários ao Código Penal", v. V, Forense, Rio, 1958.

JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. "Códigos Penales Iberoamericanos", 2 vols. Ed. Andrés Bello, Caracas, 1946.

LEVENE (h), RICARDO E ZAFFARONI, Eugenio R. "Códigos Penales Latinoamericanos, 4 vols. La Ley, Buenos Aires, 1978.

LUIZ, Francisco. "Código Criminal Annotado" Typ. de T. de Menezes, Maceió 1885.

MANZINI, VINCENZO. "Istituzioni Di Diritto Penale Italiano", v. II, CEDAM, Padova, 1941.

OLIVEIRA, OLAVO. "O Delito de Matar", Ed. Saraiva, São Paulo, 1962.

OLIVEIRA, D. OSCAR. "De Delictis et Poenis, Editado pela "Cooperativa do Livro", Mariana, MG, 1951.

SEVERIANO RIBEIRO, JORGE. "Código Penal dos Estados Unidos do Brasil", 3º v., Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942.

SHAKESPEARE, WILLIAM. "Antony and Cleopatra", in "The complete works of William Shakespeare, Spring Books, Suffolk, 1975.

VINCENT, ALBERT. "Dicionário Bíblico", Ed. Paulinas, São Paulo, 1969.

XAVIER JÚNIOR. "A canção do Planalto", Emiel Editora, Rio de Janeiro, s/d.

REFORMA AGRÁRIA E POLÍTICA AGRÍCOLA*

PAULO TORMINN BORGES
Prof. Titular e Coordenador do Curso
de Mestrado em Direito Agrário da
Universidade Federal de Goiás

A discussão sobre Reforma Agrária quase sempre não é fácil, por causa da paixão que para ela carregam os contendores.

O rurícola sem terra não aceita outra colocação que não seja a distribuição dela, já, a todos. E, como sustentação de sua tese, há, atrás de si, muitos não-rurícolas que os estimulam ao emprego da força bruta.

Pedem Reforma Agrária massiva, feita pelos próprios agricultores, como se a simples conquista da terra permitisse a libertação social e econômica do camponês.

Mas, e depois? Depois de conquistada a terra, como cultivá-la? Onde os recursos financeiros? Onde os recursos técnicos? Onde a organização que lhe permita trabalhar, produzir, ganhar e, enquanto isto, sobreviver com sua família?

De outra parte, temos os proprietários rurais às vezes mal orientados, e motivados por líderes que inadmitem qualquer discussão que não aceite tudo que dizem, inclusive seus sofismas.

Aparto-me dessas paixões, mesmo porque não tenho motivo para aderir a qualquer delas. Não sou homem com terras e com medo de perdê-las, nem sou homem sem terra, querendo-a.

Sou apenas um homem que abraçou a ciência como instrumento e como objetivo de seu trabalho.

Para ela vivo, e dela vivo.

---

* *Palestra pronunciada a 13 de maio de 1986, na Associação Comercial e Industrial do Estado de Goiás.*

No plano científico, elegi, preferencialmente, o jus agrarismo.

O agrarismo tem sido objeto de disposições jurídicas desde os primórdios da civilização, mas só recentemente vem sendo estudado como ramo especial do direito.

E uma das tarefas mais prementes para os agraristas é aplicar com justeza as normas assentadas nas leis e dispersas na consciência de todos.

Antes de aplicar a lei, é necessário interpretá-la. Interpretá-la não segundo a **mens legislatoris,** não segundo aquilo que estava na cabeça do legislador no momento da elaboração legislativa, porque o direito é dinâmico, não pode ficar prisioneiro no esquema inicial do legislador, não pode ficar mumificado na expressão fria da letra da lei ou na expressão verbal manifestada pelo juiz ou pelo jurista de ontem.

É preciso que cada norma jurídica seja aplicada segundo o seu tempo de aplicação e segundo as necessidades sociais do momento, tudo corporificado no bem comum.

Não se trata de elegermos em cada jurista um novo legislador. Trata-se de saber adequar a lei ao momento histórico de sua aplicação, sem fugir ao permitido no texto.

Se o texto não tiver elasticidade suficiente para atender aos reclamos do tempo, compete-nos, então, lutar por mudar a lei.

Dentre outros postulados, a lei agrária deve procurar impedir que o forte explore o fraco, não porque seja contra o forte, mas porque almeja aproximar-se do ideal fraterno em que não haja mais fortes ao lado de fracos: só haja fortes, não haja fracos.

O agrarista sabe que a tese da igualdade entre os homens é um mito.

Os homens não nascem iguais, não vivem como iguais, nem morrem como tais.

As diferenças individuais surgem desde os primeiros momentos de nossa vida: uns nascem com saúde exuberante, outros nascem como se fossem vasos trincados; uns bonitos, outros feios; uns, hábeis, outros canhestros; previdentes uns, perdulários, outros.

Mas ao Estado cumpre criar oportunidades iguais para todos. Não se trata de dar a cada um de acordo com suas necessidades. Não se trata de **dar** a cada um de acordo com seu trabalho. O que se preconiza no Direito Agrário, segundo minha concepção, é dar a cada um oportunidade segundo sua vocação.

A igualdade jurídica resulta em tratar desigualmente os desiguais, mas tratá-los desigualmente **na criação de oportunidades**. Não se enseja a obtenção de uma oficina de alfaiate a quem tem vocação para agricultor, nem o acesso à terra agricultável para quem nasceu com

indeclinável vocação só para a meditação, o estudo e o magistério.

Esta a lição que se tira dos temas agraristas, onde se prega o acesso à terra a quem tem vocação para cultivá-la.

O Direito Agrário traz em seu bojo o ideal de uma justiça distributiva, lastreada no conceito de que a terra foi dada por Deus aos homens para que a trabalhem, em trabalhando-a, dela tirem frutos.

Esse trabalho não é só cultivo pessoal, pois desde os tempos bíblicos o homem teve auxiliares no cultivo da terra.

Não me filio à corrente dos que só admitem o lucro proveniente do trabalho pessoal na coisa. Para mim, basta que a exploração da terra seja direta, isto é, feita sob a responsabilidade de quem assume os riscos do cultivo.

Para que não haja múltiplo entendimento sobre os institutos jurídicos aqui invocados, e possamos, assim, saber exatamente o que cada qual diz, faço, desde logo, a distinção entre exploração **pessoal** e exploração **direta.**

Exploração direta, diz o art. 7º do Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966, **exploração direta** é "aquela em que o beneficiário da exploração assume riscos do empreendimento, custeando despesas necessárias".

Na parceria agrícola, se o parceiro outorgante concorre apenas com a terra nua, não será considerado cultivador direto (Decreto nº 59.566/66, art. 49). Sê-lo-á, porém, se, além da terra nua ele concorrer com outras vantagens em prol da atividade que vai ser exercida pelo parceiro-outorgado, concorrendo, por exemplo, com a terra preparada, moradia, sementes, etc.

Se o cultivador direto reside no imóvel que está sendo explorado, dir-se-á que ele é cultivador **direto** e **pessoal. Direto**, porque assume os riscos de sua atividade, sozinho ou em sociedade com outrem; **pessoal**, porque oferece seu esforço físico no desempenho daquela atividade.

A propósito, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro LUIZ GALLOTTI:

> "Para merecer proteção do Estatuto da Terra e respectivo Regulamento, não é necessário que o arrendatário cultive a área arrendada direta e pessoalmente.
>
> Este Estatuto não se confunde com o do Trabalhador Rural. Aqui, neste último, a preocupação foi de assistir e proteger o homem do campo. Lá, no Estatuto da Terra, a preocupação maior é proteger aqueles que, pelo seu trabalho, direto ou indireto, tornam a terra produtiva e dela extraem riqueza.

Aliás, digno de louvores é capitalista que, ao invés de dedicar-se ao jogo de Bolsa ou à agiotagem clandestina ou oficializada, mobiliza homens e recursos para desenvolver a mais urgente e necessária atividade, que é a ligada à exploração da terra.

Exatamente por isso, para que não se emasculem vocações, não se reduza a agricultura às explorações empíricas e individuais é que o Estatuto da Terra estende seu amparo, também, àqueles que, indiretamente, podem extrair riquezas da terra, através do trabalho agrícola.

Absurdo seria que o referido Estatuto só amparasse aos cultivadores **diretos** e **pessoais** da terra. Seria o desestímulo a todos quantos possam contribuir para o desenvolvimento e progresso da agricultura..." (Acórdão de 17-maio-1973, no R. E. nº 76.177, do Paraná, Relator Ministro Gallotti – **in** "O Contrato Agrário nos Tribunais", I, nº 3, de Paulo Torminn Borges, ed. Pró-Livro).

Para mim, pois, enquanto louvado o homem que trabalha a terra pessoalmente, louvado também deve ser aquele que a manda trabalhar sob sua responsabilidade.

Ambos assumem riscos e é justo que colham as vantagens, quando as houver.

A estes homens, que trabalham a terra direta e pessoalmente, ou mandam trabalhá-la, a eles deve ser destinada a terra agricultável.

Já foi dito e repetido que a terra é bem de produção e não bem de comércio. Quem tem a terra exclusivamente para colher-lhe a valorização, baseado no trabalho dos vizinhos e nas obras do Governo, tal proprietário não na merece. **É injusto que ele tenha a terra, ociosa, dela privando os que querem trabalhá-la e não na têm.**

É por causa deste tipo de distribuição fundiária que há tanta fome no mundo. E tanta insatisfação. E tanta revolta. É porque há tanta terra ociosa. Ociosa, não porque faltem braços para cultivá-la, mas porque esta terra tem dono que prefere não assumir os riscos de seu cultivo e não na quer entregar em condições justas ao cultivo de outrem.

Vêm, então, à tona os fundamentos do direito de propriedade.

Nossa civilização cristã é dominada pelo conceito de que o direito de propriedade privada é um direito natural.

Esta tese é admitida e absorvida, consciente ou inconscientemente, por todos.

E é uma tese verdadeira.

Mas ela não pode manter-se assim, solta, como se fosse uma tese absoluta, porque em verdade o direito de propriedade está sujeito a condicionamentos.

A propriedade tem uma função social a cumprir, com vista ao bem-estar social e ao bem comum. O direito de propriedade não é mais apenas um **direito:** é um **direito-dever.**

Daí justificar-se a intervenção do Estado no direito de propriedade, **somente** para regulá-lo, objetivando a convivência pacífica dos homens, **e também para disseminá-lo**, segundo os reclamos da justiça distributiva, pela qual respondem os governantes. E ainda para fiscalizá-lo, a fim de que seu exercício, seu uso, realize a função social que lhe é ínsita.

A Reforma Agrária está inserida neste encargo do Estado: disseminar o direito de propriedade privada; mas disseminar principalmente o uso adequado da terra.

É indispensável, porém, que se trace uma filosofia governamental clara para a Reforma Agrária, e para a Política Agrícola ou Política do Desenvolvimento Rural, que deve acompanhar aquela. A Reforma Agrária **exige** a companhia da Política Agrícola.

Quanto à Reforma Agrária, deixar claro que não basta dar ao homem a terra.

Este princípio já foi exaustivamente repetido e os anti-reformistas aproveitam-se do enunciado para, distorcendo-o, obstar ou tentar obstar qualquer pretensão reformista.

Urge a Reforma Agrária, mas Reforma Agrária Integral, isto é, Reforma Agrária associada à Política Agrícola. Receba o parceleiro beneficiário da Reforma Agrária a terra que lhe caiba, mas receba, também de imediato, os meios de cultivá-la utilmente, até mesmo como justificativa da Reforma Agrária.

Nas críticas à tese de Reforma Agrária, tenho ouvido que não se pode falar em Reforma Agrária num País onde não existe Política Agrícola. Disparates há-os em toda parte. Esse é um deles, porque temos Política Agrícola.

Em que consiste a Política Agrícola? O art. 73 do Estatuto da Terra especifica-os, não em **numerus clausus**, mas exemplificativamente, pela reconhecida importância de todos eles.

Temos o crédito rural, temos o seguro agrícola, a assistência técnica, a garantia de preços mínimos, a eletrificação rural, e outras muitas modalidades de promover o trabalho do homem no campo.

São institutos que podem e devem ser aperfeiçoados em sua concepção e, principalmente, em sua aplicação.

Não se diga, pois, que não os temos, porque os temos.

A Reforma Agrária deve vir associada a essa ordem de proteção. É por isto que nós, os agraristas, clamamos, não pela Reforma Agrária, mas pela Reforma Agrária Integral.

Não basta dar terra ao rurícola dela desprovido. Nem por isto, entretanto, se deve deixar de distribuí-la pela Reforma Agrária.

O que é indispensável é dar um passo à frente, dando a terra e oferecendo meios bastantes para cultivá-la com êxito. Cumulativamente, terra e instrumentos para explorá-la eficientemente. Não um antes e outro depois: contemporâneos.

Não fazer nada é socialmente retroceder. É, no plano da justiça, cultivar a injustiça social.

Temos nós um compromisso continental, assumido em Punta Del Este. Cumpre-nos, desde então, fazer a Reforma Agrária no espaço territorial brasileiro, de maneira apropriada à nossa cultura, às nossas necessidades e às nossas possibilidades.

Não na fazendo estamos rompendo com todos os compromissos, com os compromissos assumidos formalmente em nível internacional, com os compromissos assumidos na fala dos que se propuseram e dos que se propõem ser governantes, quando das campanhas eleitorais, com os compromissos embutidos em nossa consciência cristã, e com o compromisso advindo de nossa sensibilidade auditiva ante o clamor dos famintos no mundo inteiro.

É verdade que não podemos fazer a Reforma Agrária em passe de mágica, é verdade que não podemos fazer toda a Reforma Agrária desejável, de uma só vez, em todo o território nacional.

É preciso, porém, começá-la e já. E pô-la em prática numa programação que não preveja nem admita descontinuidade.

Se assim agirmos creio que haveremos de despertar a confiança do proletariado rural e também do empresariado.

Estes saberão que a terra trabalhada corretamente, e produtiva, não será objeto de desapropriação.

Fique bem claro que desapropriação para fins de Reforma Agrária faz-se com base no artigo 161, sob os efeitos do art. 160, III, tudo da CF, Emenda nº 1, de 1969.

É de competência exclusiva da União, em áreas prioritárias cuja definição compete privativamente ao Presidente da República, que pode, todavia, delegar as atribuições pertinentes à desapropriação em si.

Incide a desapropriação apenas em imóvel rural; nunca, porém, em imóvel rural que esteja cumprindo a função social da propriedade. Isto é, a desapropriação por interesse social, para fins de Reforma Agrária, não poderá incidir sobre **empresa rural** (CF, art. 161, § 2º, combinado com o art. 160, III; Decreto-lei 554, de 25 de abril de 1969, art. 2º; Estatuto da Terra, art. 19, § 3º, b).

Para que as atividades exercidas no imóvel rural possam levá-lo

à classificação de **empresa rural** exige-se (Decreto 84.685, de 6 de maio de 1980, art. 22, III) **grau de utilização da terra** igual ou superior a 80% de toda área aproveitável do imovel, **grau de eficiência** na exploração igual ou superior a 100% dos respectivos índices, e que cumpra integralmente a legislação que rege as relações de trabalho e os contratos de uso temporário da terra.

Qualquer procedimento, mesmo do Presidente da República, fora deste parâmetro, é ilegal.

Desapropriar a terra que produz, desapropriar a terra que cumpre sua função social, seria erro político. Mais que isto; seria imprudência econômica, instauração do caos, e contradição com os princípios norteadores da Reforma Agrária, além de afronta ao direito positivo.

Nossa legislação agrária procura ser precisa na classificação dos imóveis rurais. Classifica-os em **propriedade familiar, minifúndio, latifúndio e empresa rural.**

O elemento básico para esta classificação está no tamanho do prédio, e este tamanho é aferido em função do **módulo rural.**

O módulo rural é uma medida de extensão da terra. É a área territorial mínima que, adequadamente cultivada, se revele necessária para a subsistência de uma família de tamanho médio, e se revele também suficiente para o progresso social e econômico da mesma família.

É lógico que a extensão de terra em cada módulo será maior ou menor, segundo ocorrência de diversos fatores: qualidade da terra, proximidade dos centros consumidores, facilidades de escoamento dos produtos, etc.

Uma família pode sobreviver e viver bem com meia dúzia de hectares de terras de cultura nas proximidades de uma grande cidade, mas não poderia viver, segundo a dignidade humana, com a mesma quantidade de terras na Amazônia, distante dos centros consumidores e afastada de rodovias para trânsito de sua mercadoria.

Por isto, dividem-se os módulos, em cada micro região do País, em módulo de exploração hortigranjeira, módulo de lavoura permanente, de lavoura temporária, de exploração pecuária e de exploração florestal, em ordem crescente de exigência territorial. A que exige menos quantidade de terra é a exploração hortigranjeira, enquanto a exploração florestal exige a maior área.

Temos, no Brasil, módulos de 2,0 a 120,0 ha.

Embasados no módulo, classificamos os imóveis rurais em **minifúndio, propriedade familiar** e **latifúndio**. Numa outra ordem de idéias, temos a **empresa rural,** cuja conceituação indicamos há pouco.

Minifúndio é o imóvel rural com área inferior ao respectivo módulo.

Propriedade familiar, o prédio rústico de área igual ao módulo, sendo explorado direta e pessoalmente por seu proprietário.

Se o imóvel é maior que um módulo, será **latifúndio** ou **empresa rural.** Sendo inexplorado ou mal explorado, será **latifúndio;** sendo correta e suficientemente explorado, **empresa rural.**

A Reforma Agrária deve ter dois destinatários na hora da desapropriação, apenas dois: os latifúndios por exploração e os minifúndios.

O empresário rural pode ficar tranqüilo, porque o Estado não pode castigá-lo por ser um homem útil à comunidade. Se alguma atitude deva tomar o Estado, ante o empresário rural, é louvá-lo, é premiá-lo. É apontá-lo como exemplo a ser seguido pelos demais rurícolas.

Com esta visão, excluo da desapropriação para fins de Reforma Agrária **também** o imóvel rural com área superior a seiscentas vezes o módulo da propriedade.

Tal imóvel é apelidado pelo Estatuto da Terra como latifúndio por extensão. Não porque seja mal trabalhado, mas porque é grande na extensão territorial.

Não me filio à corrente que assim o admitiu no Estatuto da Terra.

Penso que, num país como o nosso, com cerca de 850.000.000,0 ha. de terras, inadequadamente aproveitadas em sua porção maior, inclusive pela insuficiência de gente, toda área bem aproveitada, salvo o minifúndio, deve ser mantida e estimulada. Não há que falar, aí, em grande extensão.

O importante é fazer a terra produzir, produzir bem.

Ao contrário, o latifúndio por exploração é hostil à sobrevivência humana e não merece subsistir.

A propriedade não se justifica por si. O que lhe justifica a titularidade, quando se trata de terra agricultável, é o uso correto que dela se faz, segundo sua destinação natural.

Por isto a Reforma Agrária deve ter nesses latifúndios, por exploração, a munição necessária para o ato de distribuir terras.

Assim como merece confirmação todo aquele que trabalhe a terra, tendo-lhe domínio ou lhe tendo posse, em parâmetros definidos pela lei, não se justifica que a ordem jurídica garanta a titularidade dominial de quem visa apenas **o ter**, a propriedade estática, inútil e até mesmo inimiga da comunidade porque ignora o sofrimento do homem.

Garantir o poder econômico do latifundiário, sim, mas em outros bens que não a terra agricultável, a terra que, trabalhada, permite a sobrevivência do homem.

Também não merece sobreviver o minifúndio. Mas por motivo diverso.

O que leva a ser contra o minifúndio é que ele não contribui para o progresso social e econômico do rurícola.

O minifúndio é um engodo para seu autor, o minifundiário.

É preciso aglutiná-los onde os haja em número apreciável, remembrá-los e redistribuí-los sob a forma de propriedade familiar.

Aliás, a propriedade familiar é a forma brasileira de difundir, disseminar e multiplicar as propriedades rurais.

Não há originalidade no instituto, porque há similares em outros países. Mas o importante não é ser original: é ser eficiente.

A propriedade familiar multiplicada em uma área, além das vantagens que lhe são implícitas, ainda traz outra, que é estimular o espírito associativo dos rurícolas, em regra desconfiados e solitários.

O Estatuto da Terra foi pródigo em procurar conduzir o homem do campo ao associativismo, à comunhão de interesses e ao fortalecimento do grupo familiar.

Quando se fala em associativismo ou em condomínio sobre a terra não falta quem diga que isto é coletivização.

São coisas inteiramente diversas. O condomínio é forma antiqüíssima de propriedade, reconhecida expressamente pelo Estatuto da Terra, mas reconhecida, também expressamente, muito antes, pelo Código Civil Brasileiro, e muitíssimo antes pelo seu avô o direito romano.

E o associativismo é vocação do homem.

Pode o espírito societário estar sufocado pelo sofrimento ou pela marginalização. Mas ele está sempre latente na alma do homem.

Não é de se estranhar, pois, que o Estatuto da Terra, uma lei humana e solidária, portanto cristã, em seus 128 artigos, dos quais um foi inteiramente vetado, haja feito referência 19 vezes à família ou ao conjunto familiar e 20 vezes ao associativismo em suas diversas modalidades.

. . . .

As legitimações de posse, as regularizações de posse e as transações em torno de domínio com defeito em sua formação, todos estes institutos já têm forma administrativa apropriada a tornar tranqüila e definitiva a fixação do homem à terra.

Urge apenas dinamizá-los, fazê-los entrar na era da desburocratização.

Quanto à Reforma Agrária, seu encaminhamento de terras para o rurícola deve fazer-se mesmo sob a forma de propriedade familiar, salvo as exceções comportáveis.

Mas há considerações sérias a fazer em torno do problema.

Todo mundo sabe que parceleiro, logo depois de beneficiado, é tentado por **dois impulsos.**

Um, a pressão dos poderosos **terratenentes**, para usarmos linguagem de ressaibo hispânico-americano. Tais homens estão sempre querendo alargar suas propriedades rurais, pela anexação das glebas dos pequenos vizinhos.

Outro impulso é a inclinação do beneficiário da Reforma Agrária no sentido de transformar aquela dádiva em dinheiro para sentir o gosto do dinheiro.

Evidentemente, isto não acontece com todos os beneficiários da Reforma Agrária, nem com a maior parte deles, mas acontece com muitos, frustrando inteiramente os objetivos da Reforma Agrária.

Para evitá-lo, a parcela, sob a forma de propriedade familiar, ou unidade mínima de produção, deverá vir com cláusula de longa inalienabilidade. Diga-se: por dez anos.

Para afastar possíveis infringências da proibição, deve o título trazer em destaque um item similar ao que se inseriu no artigo 15 da Lei. nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou por pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil. Isto é, o negócio fraudatório do preceito é nulo de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura proibida e o oficial de registro de imóveis que a registrar incidirão, ambos, em responsabilidade civil e em responsabilidade criminal.

E há outro modo de consolidar a estadia do rurícola na terra. Em vez de conceder-lhe a propriedade da terra, ainda que com cláusula de inalienabilidade, conceda-se-lhe seu uso real. Com cláusula de incessibilidade. Ou sob a forma de enfiteuse.

É lógico que, em qualquer caso, será intocável a sucessão hereditária. O que se proibirá é alienação **inter-vivos,** salvo a transferência antecipada para herdeiro legítimo.

. . . .

Estas são algumas das idéias gerais sobre a prática do Direito Agrário em nosso País.

Vem aí a Constituinte. É hora de agraristas porem-se a postos, a fazerem os candidatos ao Congresso definirem seu posicionamento em face dos problemas rurais.

É preciso pôr em destaque, todavia, que muitos candidatos, pelo menos entre nós, depois de eleitos esquecem-se de suas promessas e do programa anunciado nos palanques.

Nós, os agraristas, e todos quantos estejam a postos para uma Constituição abrangente, nós todos devemos conclamá-los a fazer promessas bem claras e exeqüíveis.

Uma das promessas, a promessa-mãe, é que o rurícola terá tratamento especial, a fim de que a população campesina nada tenha a invejar do habitante da cidade.

O rurícola é nosso irmão, é tão brasileiro como nós outros da cidade, e talvez seja ele que carregue em seus ombros o peso maior do Brasil endividado.

Conclamemos os futuros constituintes a firmarem normas mais generosas em favor do campesino. Conclamemo-los a criarem, para instalação imediata, a Justiça Agrária, onde magistrados especializados verão o homem e o campo sob ótica apropriada.

Conclamemo-los a comandar, na futura Constituição, o princípio da Reforma Agrária Integral para os dias presentes.

Reforma Agrária Integral, em que se associem Reforma Agrária e Política Agrícola.

Reforma Agrária temperada entre a urgência do homem sem terra e as possibilidades financeiras do Estado.

Reforma Agrária Integral sem tropeços, sem medo das incompreensões, sem hiatos na sua execução.

Todo mundo sabe ou devia saber que uma Reforma Agrária desta ordem não se faz de um dia para outro.

Exige tempo. Mas não admite solução de continuidade.

Exige determinação, exige coragem. Não suporta anarquia e não se intimida com os que não na querem de forma alguma, com os que dizem querê-la mas não querem que ela se inicie, sob mil e um pretextos.

Exige ação mas não admite pressão dos que querem executá-la a ferro e fogo.

Reforma Agrária não é grito de guerra. É grito de paz, porque a justiça gera paz.

Os que não querem a paz gritam sempre contra qualquer procedimento que esteja procurando soluções.

Urge indicar soluções que nos conduzirão ao desenvolvimento social e econômico do rurícola.

O agrarismo não se propõe tornar o rurículo um homem rico. Sua proposta é fazer com que o homem do campo seja feliz.

Seja feliz porque independente economicamente.

Feliz porque independente politicamente.

Quer-se a promoção social do rurícola, com acesso à educação, à cultura, aos recursos técnicos no trabalho e no lazer, e à saúde.

Ver-se-á que a terra, trabalhada por seu próprio dono, produzirá mais, enriquecendo seu produtor e enriquecendo o Brasil.

O homem só perde com o nivelamento social quando o nivelamento é para baixo, quando todos perdem sua identidade e se tornam marionetes nas mãos dos governantes.

Se o nivelamento é feito de baixo para cima, no sentido de termos um Estado formado por homens livres, não haverá prejuízo para ninguém. Todos ganham.

A grandeza de um povo é formada pela soma de muitas grandezas: a grandeza multiplicada de seus componentes humanos.

O Brasil está maduro para este despertar.

CONCLUSÕES:

Concluo deixando a debate as seguintes proposições:

1 – Valorização do homem do campo, pela importância que ele tem em nossa Comunidade, e pela sua dignidade humana.

2 – Criação da Justiça Agrária, para que os problemas do campo sejam decididos por magistrados que conheçam a vida e as necessidades do rurícola.

3 – Preceito que determine seja a terra entregue aos parceleiros, na Reforma Agrária, sob a forma de propriedade plena, mas com a cláusula que obste qualquer forma de sua alienação pelo prazo de dez (10) anos. Salvo em sucessão hereditária legítima.

Como alternativa, poderá a terra ser entregue ao parceleiro sob a forma de enfiteuse ou de cessão do uso real do solo. Se enfiteuse, resgatável após (10) anos, sendo inalienável o domínio útil neste prazo. Se cessão do uso real do solo, que o seja com cláusula de aquisição do domínio pleno pelo cessionário, depois de dez (10) anos. Ainda com incessibilidade do direito real do parceleiro, no mesmo prazo.

2-JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – CARÊNCIA DE AÇÃO CONTRA O PROAGRO – LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL.

– Ação de indenização por Perdas e Danos. PROAGRO.

1. O PROAGRO, de conformidade com a Lei nº 5.969/73, tem a mesma natureza jurídica dos contratos de seguro em geral, a despeito de algumas peculiaridades. O Programa resulta transformado em seguro de crédito, viabilizado através de normas ditadas pelo Conselho Monetário Nacional, que constitui o Manual de Crédito Rural, e administrado pelo Banco Central do Brasil, segundo o art. 3º, do mencionado diploma legal.

2. Nos termos da Resolução nº 580/79, do Conselho Monetário Nacional, são consideradas agentes do PROAGRO todas as instituições financeiras autorizadas a operar em crédito rural, cujas atribuições estão diretamente ligadas ao poder decisório do Banco Central do Brasil, servindo o agente de intermediário das prestações dos interessados junto àquele órgão e executor das instruções e decisões emanadas deste.

3. Os agentes financeiros apenas praticam atos em nome e por conta do Banco Central do Brasil, cumprindo suas determinações, lançadas no Manual de Crédito Rural, através de Resoluções em atendimento ao preconizado na lei instituidora do PROAGRO.

4. O pedido de ressarcimento de prejuízos que vierem a suceder com o mutuário, comprovadamente, dada a ocorrência extraordinária de fenômenos naturais que prejudiquem ou comprometam, total ou parcialmente, os rendimentos previstos para a liquidação do compromisso financeiro assumido, deverá ser proposto contra o Banco Central do Brasil, responsável pela cobertura do seguro através do PROAGRO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível nº 17.370 – Cristalina
Relator: Des. João da Silva Moreira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 17.370, da comarca de Cristalina, em que é apelante o Banco do Brasil S/A e apelado P. R. P.

VOTO

Recurso apresentando os pressupostos legais para sua interposição, motivo por que dele conheço.

Prende-se o presente processo, conforme relatório de fls. que passa a fazer parte constitutiva deste voto, à Ação de Indenização por Perdas e Danos – Emergentes e Cessantes, proposta por P. R. P., contra o Banco do Brasil S/A, apelado e apelante, respectivamente, que mereceu o decisório de fls. 267/273, do MM. Juiz **a quo**, acolhendo, em parte, o pedido inicial, julgando parcialmente procedente a ação para condenar o réu a repor ao autor a quantia a ser apurada na conformidade da norma nº 6, alínea "a", do documento de fls. 25 (Normas complementares decorrentes da adesão do produtor rural ao PROAGRO), isentando-o, por outro lado, da responsabilidade de reparar as perdas e os danos sofridos, ou ditos sofridos com as alienações que fizera. Condenou, ainda, no pagamento das custas proporcionais de 50% pelas partes, que deverão arcar com as satisfações dos honorários de seus advogados.

O réu não se conformou com o que foi decidido e apelou para esta Instância, pleiteando a reforma do decisório.

Alega em suas razões de recurso que o MM. Juiz da instância singela foi por demais infeliz ao condenar o apelante ao pagamento do "benefício do PROAGRO", eis que, assim o fazendo, julgou de forma **ultra petita**, pois, em momento algum, o apelado requereu o pagamento da cobertura do Proagro, mas, sim, uma pretensa indenização julgada improcedente; sendo, ainda, que tal **decisis** também fere, de modo letal, a lei nº 5.969, de 11.12.73, alterada pela lei nº 6.685, de 3.9.79, que dispõe ser o PROAGRO de responsabilidade da União, cuja cobertura e pagamento do benefício também é dela, estabelecendo que os Bancos financiadores são meros prepostos da União em relação ao PROAGRO, ou seja, meros mandatários.

Pleiteia a reforma da sentença por entendê-la **extra petita,** com condenação do apelado nas custas e honorários advocatícios.

Respondendo, o apelado rebate os argumentos expendidos ao recurso, de que não houve absolutamente decisão **extra petita,** porquanto na peça vestibular, dentre os pedidos de reparação ali formulados, se inclui o pertinente à repetição dos pagamentos isentados pelo PROAGRO, acolhido na sentença apelada. Que o Banco deixou de isentar o autor do pagamento das verbas pertinentes ao financiamento, que a ele concedera, na forma prevista por aquele órgão, verbas estas a que tinha indiscutível direito pela incidência da mesma, constituindo, sem dúvida alguma, uma modalidade de reparação que não passou, evidentemente, por despercebido na formulação vestibular destes autos.

Conclui por pedir a confirmação do decisório.

Da análise do processo, vê-se que o apelado, ao contrair o financiamento calcado na Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de fls. 20/21, sob os auspícios do Programa de Garantia da Atividade Agropecuária PROAGRO – perante a agência do apelante, destinado ao custeio da lavoura, aderiu expressamente ao programa, cujo regulamento e normas respectivas passaram a integrar o instrumento de financiamento (fls. 20 v, e 25).

Essas normas regulamentares ditam as finalidades do PROAGRO que é exatamente para assegurar a cobertura das indenizações pelos prejuízos que vierem a suceder com o mutuário, comprovadamente, dada a ocorrência extraordinária de fenômenos naturais que prejudiquem ou comprometam, total ou parcialmente, os rendimentos previstos para a liquidação do compromisso financeiro assumido com o órgão financiador.

Diz a Lei nº 5.969, de 11.12.73, com as alterações contidas na Lei nº 6.685, de 3.9.79, ao instituir o Programa de Garantia da Atividade Agropecuária – PROAGRO – que:

"Art. 1º – É instituído o Programa de Garantia da Atividade Agropecuária – PROAGRO, destinado a exonerar o produtor rural, na forma que for estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional, de obrigações financeiras relativas a operações de crédito, cuja liquidação seja dificultada pela ocorrência de fenômenos naturais, pragas e doenças que atinjam bens, rebanhos e plantações.

"Art. 2º – **omissis;**

"Art. 3º – O PROAGRO será administrado pelo Banco Central do Brasil, segundo as normas aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional".

O Conselho Monetário Nacional, atendendo o dispositivo supra, instituiu o Manual do Crédito Rural, que hoje se presta como Regulamento do PROAGRO e executado pelos bancos financiadores, ao caso vertente, pelo Banco do Brasil, por força da Resolução nº 580, de 29.11.79, cujo dispositivo também atribui a administração do Programa ao Banco Central do Brasil, conforme estatuído no art. 3º mencionado.

Ao se analisar o texto da lei 5.969/73, conclui-se que o PROAGRO tem a mesma natureza jurídica dos contratos de seguro em geral, a despeito de algumas peculiaridades. O primeiro ponto de identificação consistente na finalidade do Programa, que é indenizar o produtor rural, sob a forma de exoneração das obrigações financeiras resultantes de operações de crédito rural, que tenha celebrado, na ocorrência de causas que frustrem a produção esperada, definidas no regulamento.

Além da finalidade indenizatória do PROAGRO, como sucede nos demais contratos de seguro, observa-se o caráter aleatório da prestação devida pelo Administrador do Programa, que depende da ocorrência de fenômenos naturais que comprometam, total ou parcialmente, a produção projetada, dificultando o pagamento das obrigações financeiras do mutuário perante as instituições financeiras.

Ademais, atém-se ao caráter bilateral desse negócio jurídico, de semelhança com os contratos de seguros comuns, pois as partes submetem-se a um sacrifício patrimonial, assumindo ambos obrigações recíprocas, de um lado, o produtor rural paga um adicional que corresponderia a um prêmio; e de outro, o Banco Central, que se obriga a indenizar os prejuízos do mutuário, mediante a cobertura das obrigações financeiras perante o agente financiador.

É bom aqui lembrar que, nos doutos ensinamentos do ilustre Prof. Benedito Ferreira Marques, **in** Seguro Agrícola Proagro, ed. 1983, p. 38:

"Também não se pode obscurecer que o PROAGRO, por ser administrado pelo Banco Central e sob normas por este baixadas, é um autêntico contrato de adesão, na medida em que o mutuário não questiona as cláusulas e condições estabelecidas no Regulamento do Programa".

Vale dizer, assim, que o programa resulta transformado num autêntico seguro de crédito, viabilizado através de normas ditadas pelo Conselho Monetário Nacional e administrado pelo Banco Central do Brasil.

Ainda nos termos da Resolução nº 580/79, com a nova redação dada pela Circular nº 920, de 1.3.85, são consideradas Agentes do PROAGRO todas as instituições financeiras autorizadas a operar em crédito rural, cujas atribuições estão diretamente ligadas ao poder decisório do Banco Central, servindo o agente de mensageiro das pretensões dos interessados junto àquele órgão e executor das instruções e decisões emanadas dele.

Os agentes apenas praticam atos em nome e por conta do Banco Central, cumprindo suas determinações, lançadas no Manual de Crédito Rural, através de Resoluções, em atendimento ao previsto na lei instituidora do Programa.

Mutatis mutandis, se os agentes praticam atos em nome e por conta do Banco Central, que é órgão executor do Programa, deste é a responsabilidade para com os prejudicados, ressalvadas as hipóteses de culpa, o que é previsto no Regulamento, quando culposamente atua o agente, cometendo falhas operacionais de que possa resultar indeferimento da cobertura do Programa, respondendo o mesmo pelo ressarcimento do valor para com o beneficiário.

De tal sorte que o PROAGRO, tem a natureza jurídica de contrato de seguro, onde, de um lado, através dos agentes financiadores, o Banco Central compromete-se a indenizar ao mutuário, pelos prejuízos que vierem a lhe acontecer, devidamente comprovados, atendendo às normas a que aderiram na cédula rural, dada a ocorrência extraordinária de fenômenos naturais que prejudiquem ou comprometam, total ou parcialmente, os rendimentos previstos para a liquidação do compromisso financeiro assumido, e exonerando-o das dívidas provenientes de operações de crédito rural; e, de outro lado, o mutuário que se submete ao ônus do recolhimento de um adicional, à semelhança do prêmio do seguro, sujeitando-se às normas e regulamentos fixados pelo Conselho Monetário Nacional, sob a administração direta do Banco Central do Brasil.

E o caráter jurídico da natureza do avençado pelo mutuário com o agente financiador, repita-se, no caso presente, com o Banco do Brasil, já foi definido no acórdão da apelação cível nº 17.079 – Goiânia, sendo apelante N. R. P. e apelado o Banco do Brasil S/A, de 19.4.85, do eminente relator Des. Paulo de Amorim-DJ de 14.5.85, que definiu:

"O PROAGRO é um contrato e não tem força para desconstituir um título de dívida líquida e certa. E o Banco do Brasil S/A nada tem a ver com tal contrato".

Assim, o Banco do Brasil S/A e os demais agentes financiadores de operações de crédito rural servem apenas como intermediários entre o Banco Central e os beneficiários, sem poder de decisão, conforme estabelece a instrução 19-3, constante do Manual do Crédito Rural, que regulamenta, como já dito, a Lei nº 5.969/73.

Após este exórdio para devidamente justificar o meu voto, analisando em profundidade o processo, tem-se que o ilustre Juiz da instância singela não observou com perspicácia as nuances da legislação específica que trata o assunto levado em discussão, para um deslinde salutar da questão, com eqüidade e justeza que possam merecer, como merecem, seus julgamentos.

Agiu certo quando não reconheceu a responsabilidade do réu-apelante, no reparo das perdas e danos ditos ocasionados pelo autor-

apelado e originados das vendas operadas, e, com isto, isentando o Banco do Brasil S/A de reparar as perdas e danos sofridos com as alienações feitas; todavia, a veneranda sentença apelada não apanhou muito bem os demais fatos já decantados, e, por isso, adotou uma conclusão deles divorciada e, conseqüentemente, injusta.

A doutrina e jurisprudência trazidas à colação pelo apelado na peça vestibular e seguintes, em tese, calham no sentido de dirimir dúvidas no tocante a possíveis prejuízos pretendidos, porém, tem-se que adaptá-las a cada caso pendente e submetê-las ao crivo do Judiciário.

Inexiste pedido de chamamento à lide do PROAGRO, através de seu órgão responsável – O Banco Central do Brasil – no processo; apenas requereu-se a cobertura, pelo apelante, dos pretensos prejuízos sofridos, dada a ocorrência de fenômenos naturais que o prejudicaram para liquidação dos compromissos financeiros assumidos.

As causas do indeferimento de seu pedido ao PROAGRO, para tal cobertura, estão bem estampadas na Comunicação de fls. 65/66, onde demonstram as causas emergentes do descumprimento das obrigações assumidas e concernentes ao seguro avençado.

E tal indeferimento fora proferido pelo Banco Central do Brasil – Departamento de Crédito Rural, responsável pelo Programa.

Conseqüentemente, o pedido de ressarcimento dos prejuízos ora pleiteado neste processo está mal endereçado, porquanto quem deveria estar no pólo passivo desta ação deveria ser o Banco Central do Brasil, pois o apelante não é responsável pela cobertura do seguro através do PROAGRO, figurando tão-somente como um mandatário, praticando atos em nome e por conta do Banco Central, cumprindo suas determinações, sem qualquer responsabilidade pela indenização securitária.

E a responsabilidade para com o PROAGRO está bem definida no artigo 3º, da Lei nº 5.969/73, com as alterações da Lei nº 6.685/79, alhures mencionada.

Ao cabo do expendido, depois de tudo o que ficou exposto, conheço do recurso, dou-lhe provimento, para, reformando em parte a sentença apelada, julgar o autor, com relação ao PROAGRO, carecedor do direito da ação, com a sua condenação nas custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor dado à causa, ficando, no mais, mantido o decisório.

Custas pelo apelante.

Acordam os componentes da Quarta Turma Julgadora da colenda Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, conhecer do apelo e dar-lhe provimento para, reformando a sentença, em parte, julgar o autor, com relação ao PROAGRO, carecedor do direito da ação, com a condenação das custas

e honorários, estes fixados em 15% sobre o valor dado à causa, mantida, no mais, a sentença.

Votaram os Des. João da Silva Moreira, Fenelon Teodoro Reis e Homero Sabino de Freitas.

Fez sustentação oral, quando iniciado o julgamento, o Dr. Benedito Ferreira Marques.

Esteve presente à sessão o Dr. Mauro de Freitas Corrêa, ilustre Procurador de Justiça.

Custas de lei.

Goiânia, 26 de novembro de 1985. Des. Lafaiete Silveira – Presidente, Des. João da Silva Moreira – Relator.

CONCURSO PÚBLICO – MODIFICAÇÃO NO REGULAMENTO FEITA ANTES DO CERTAME COM AMPLA E EFICAZ DIVULGAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

– Mandado de segurança – Concurso público.

Comprovado que a modificação operada no Regulamento do concurso público fora feita antes de sua realização, com ampla divulgação e plena ciência dos candidatos inscritos, falece ao impetrante direito líquido e certo a ser protegido pela ação de segurança.

Impetração denegada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Mandado de Segurança nº 1.373 – Goiânia
Relator: Des. Celso Fleury

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 1.373, da Comarca de Goiânia, sendo impetrante O. P. S. F. e impetrados o Governador do Estado e o Procurador Geral do Estado:

VOTO DO RELATOR

O. P. S. F., candidato considerado reprovado no último concurso para ingresso no cargo inicial da carreira de Procurador do Estado, impetra Mandado de Segurança contra os excelentíssimos senhores Governador e Procurador Geral do Estado, visando ser admitido "à prova de títulos, sob condições originariamente estabelecidas, para isso, designando, nova e imparcial comissão examinadora" (sic), alegando, para tanto, em resumo, o seguinte: segundo o regulamento do concurso, bai-

xado pela Portaria nº 118/85, a média para efeito da nota final e classificação deveria ser extraída do conjunto de notas atribuídas às provas escritas e orais, sendo considerados reprovados os candidatos que obtivessem nota inferior a cinco (5,0), em cada disciplina, e seis (6,0) no conjunto das notas relativas às provas escritas, orais e de títulos.

Entretanto, por outro ato da mesma autoridade, isto é, do Procurador Geral do Estado, operou-se modificação no regulamento (Portaria nº 184/85), com eliminação das provas orais.

O impetrante diz ter conseguido, nas provas escritas, notas iguais ou superiores a cinco (5,0) em todas as disciplinas, totalizando a média aritmética de cinco pontos e oito décimos (5,8).

Argumenta que, uma vez suprimidas as provas orais, o correto seria que quem tivesse obtido a nota mínima de cinco pontos (5,0) nas provas escritas, em cada disciplina, fosse admitido à prova de títulos. Como assim não ocorreu, pleiteou administrativamente a medida, sem êxito todavia, daí a impetração.

Em suas informações, as ilustradas autoridades dadas por coatoras buscam, em suma, demonstrar a inexistência de qualquer ilegalidade e ofensa a direito líquido e certo do impetrante que, após aceitar tacitamente as regras do concurso, com a modificação introduzida pela Portaria nº 184/85, submetendo-se às provas escritas, só veio rebelar-se contra ela ao saber-se não habilitado à etapa seguinte, por não haver alcançado a média mínima de seis pontos (6,0) naquelas.

O parecer ministerial, inicialmente, é pela exclusão do senhor governador do pólo passivo da ação, por nenhum ato haver ele praticado relativamente ao concurso, com a conseqüente remessa dos autos a uma das câmaras Cíveis deste Tribunal, para julgamento. No mérito, adotando os mesmos fundamentos da defesa inserida nas informações, opina pela improcedência do pedido.

Em síntese eis relatada a questão a ser dirimida nesta sessão.

Primeiramente, estou em que, **data maxima venia,** não será caso de excluir-se do processo o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, precipuamente pela circunstância de, como é do conhecimento geral, haver Sua Excelência nomeado os candidatos julgados habilitados no concurso, com isso encampando-o em toda sua extensão e consequências.

No que toca ao mérito, o caso me parece desprovido de maiores dificuldades para julgamento. O próprio impetrante trouxe a fls. 13 a reprodução no Diário Oficial em que foram publicados, no dia 26 de agosto de 1985, não só a Portaria nº 184/85 como a relação dos candidatos cuja inscrição fora deferida.

Essa portaria, como já se disse, modificara o Regulamento do concurso baixado através da Portaria nº 118/85.

Dispõe, em seu inciso I: "ficam eliminadas as provas orais previstas no referido Regulamento". E, no inciso II: "à vista do disposto no inciso anterior, a nota final e a conseqüente classificação far-se-ão com referência apenas às provas escritas e de títulos, observados os critérios já anteriormente fixados".

Isso ocorreu, já se disse, no dia 26 de agosto. O impetrante, cujo nome se incluía dentre os candidatos com inscrição aprovada, conforme relação publicada na mesma oportunidade, não se insurgiu contra a modificação introduzida, que aliás, nenhum prejuízo trouxera aos candidatos. Até, pelo contrário, pondo-os na mesma situação, nivelados pelo sigilo de nome previsto no art. 7º do Regulamento, a todos beneficiava com efetiva garantia de lisura na atribuição de notas, afastada qualquer possibilidade de eventual influência de subjetivismos, com a exclusão das provas orais.

Ao que se sabe, o certame só se iniciou pelos meados de outubro, homologando-se no dia 7 de janeiro do corrente ano, com apenas quatro candidatos habilitados (fls. 15).

O impetrante, portanto, a meu ver, quedando-se em silêncio desde a publicação da mudança do Regulamento, e submetendo-se às provas escritas, aceitou-a tacitamente, como os demais candidatos. Só depois de constatar a derrota é que passou a ver, naquele ato, ilegalidade e ofensa a direito líquido e certo seu.

A toda evidência, **data venia**, sua pretensão de ver-se autorizado a fazer a prova de títulos não tem como ser amparada por este Tribunal.

A Administração agiu de acordo com a lei e os princípios moralizadores que devem nortear-lhe os atos, introduzindo no Regulamento do concurso mudança salutar, muito antes do início das provas, com adequada publicidade e com igualdade de tratamento para todos os candidatos.

Isto posto, denego a segurança. Custas de lei.

ACORDAM os membros componentes do Tribunal de Justiça, em sessão plenária, desprezada a preliminar suscitada pela douta Procuradoria Geral de Justiça, em votação unânime, denegar a segurança impetrada, nos termos do voto do Relator e na conformidade da ata do julgamento. Custas de lei.

Presidência do Senhor Desembargador João Canêdo Machado. Com o Relator votaram os Senhores Desembargadores Leôncio Pinheiro de Lemos, João Canêdo Machado, Messias de Souza Costa, Mauro Cam-

pos, Lafaiete Silveira, Juarez Távora de Azerêdo Coutinho, Pedro Soares Correia, João Batista de Faria Filho, João da Silva Moreira, Júlio Resplande de Araújo, Charife Oscar Abrão, Arinam de Loyola Fleury e Paulo de Amorim.

Não participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Fenelon Teodoro Reis, Joaquim Henrique de Sá, em gozo de licença-prêmio; Geraldo Majella Franklin Ferreira, Geraldo Crispim Borges, Homero Sabino de Freitas e Byron Seabra Guimarães, ausentes justificadamente. Declarou-se impedido o Desembargador Clenon de Barros Loyola.

Presente à sessão o Procurador Geral de Justiça, doutor Amaury de Sena Aires.

Goiânia, aos 11 dias do mês de junho de 1986. João Canêdo Machado – Presidente, Celso Fleury – Relator.

CRIME DE IMPRENSA – REPRESENTAÇÃO – PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE QUEIXA.

– Crime de Imprensa – Representação:
1º – Na conformidade do art. 41 § 1º, da Lei de Imprensa (nº 5.250/67), a representação nos crimes de difamação, calúnia ou injúria tem que ser formulada no prazo de noventa (90) dias, sob pena de prescrição do direito de queixa;
2º – Recurso conhecido, para, preliminarmente, declarar prescrito o direito de representação do querelante, e, em seguida, indeferir o **Habeas-Corpus**.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Recurso Voluntário de **Habeas-Corpus** nº 3.475 – Anápolis
Relator: Des. Leôncio Pinheiro de Lemos

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos estes autos de Recurso Voluntário de **Habeas-Corpus** nº 3.475, da Comarca de Anápolis, em que aparece como recorrente A. J. T. e como recorrida A Justiça Pública da Comarca.

VOTO

O recorrente A. J. T., bem qualificado no bojo dos presentes autos, via de advogado devidamente nomeado impetra, com suporte no art. 648, inciso I, do Codigo de Processo Penal, ordem de **habeas-corpus** visando o trancamento do inquérito policial instaurado em virtude de representação feita na Delegacia do Primeiro Distrito Policial de Anápolis, por J. C., brasileiro, casado, Secretário do Prefeito Municipal da citada cidade de Anápolis, com alicerce no art. 139 do Código Penal

Brasileiro, pelas razões e fundamentos constantes da peça inaugural, pela qual seria o recorrente responsável por um artigo difamatório publicado em 1979, no jornal "Gazeta Popular", no qual, como resposta, fez publicar diversas matérias, entre elas, uma com o título "Ex-Secretário acusado de tomar terras dos leprosos", difamatória da pessoa do Sr. A. C., irmão do Deputado F. C., com alicerce em depoimento de M. C.

Solicitadas informações ao Dr. Delegado Titular do Primeiro Distrito Policial de Anápolis, estas vieram acompanhadas do inquérito, exarando o Dr. Juiz de Direito aos autos a sentença de fls. 17 **usque** 18, negando o pedido de **habeas-corpus** para trancamento do inquérito policial, determinando seu retorno à Polícia, tão logo a sua decisão transitasse em julgado.

Insatisfeito com a decisão, dela recorreu o paciente, conforme as razões de fls. 19 **usque** 27, cuja essência proclama:

> "... procuração outorgada pelo querelante deverá fazer menção dos fatos criminosos que pretendem imputar ao querelado, não se admitindo acusação relativa a fatos que não constam do respectivo instrumento de mandato".

A decisão foi mantida pelo Dr. Juiz de Direito **a quo** e os autos subiram a este Colegiado, recebendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça no sentido de ser mantida a sentença atacada, visto que a decisão da qual ocorrerá a ação penal ou não compete ao Órgão do Ministério Público, tão logo receba o inquérito policial concluso.

Recebendo os autos em distribuição, convertemos o julgamento em diligência, a fim de que o requerido respondesse o recurso interposto, o que foi feito pelas contra-razões de fls. 67/78.

Agora, às vésperas do julgamento, em data de 19 do corrente mês, o recorrente, em causa própria, ajuíza a petição em apenso, ponderando que a matéria ventilada no presente recurso estaria sujeita à Lei de Imprensa (nº 5.250/67), eis que, apesar de não constituir crime o fato de alguém, por interesse público, criticar atos de administração, segundo o art. 27, inciso VI e VIII, da mencionada lei, o Sr. J. F. C. havia ingressado com a representação objeto do presente recurso contra a pessoa dele recorrente com base no art. 139 do Código Penal Nacional, mas, no entanto, a matéria publicada na "Gazeta Popular", constante dos autos, no dia 11 de fevereiro do corrente ano, não estava sujeita ao mesmo Código Penal, consoante o que rezam os artigos 360 deste Código e o de nº 12, da Lei de Imprensa, porém a esta última.

Que, assim, a matéria objeto da presente controvérsia já se achava irremediavelmente prescrita, na forma do que preceitua o art. 41, § 1º, da Lei nº 5.250/67, que regulamenta, sem qualquer dúvida, a matéria, pelo que o direito de ação deveria ser declarado prescrito, determinando-se o arquivamento do inquérito policial, pelos efeitos reflexivos que a decisão favorável da preliminar teria sobre o mesmo inquérito.

Dado já se encontrar em pauta para julgamento o Recurso Criminal Voluntário a que se refere este voto, não mais foi possível abertura de vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, razão por que peço, nesta assentada, seja dada vista dos autos ao ínclito representante da Procuradoria Geral de Justiça nesta Segunda Câmara Criminal, o Dr. J. L. B. para, querendo, pronunciar-se oralmente sobre a matéria de prescrição do direito de queixa ou representação, formulado pelo recorrente, em causa própria, dentro do prazo assegurado em lei, isto é, antes de quarenta e oito (48) horas do julgamento já designado.

O Dr. J. L. B., com vista dos autos, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso, para confirmar a sentença recorrida.

É o relatorio.

De primeiro passo, o recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual dele conheço, passando, de logo, ao exame de preliminar de prescrição do direito de queixa ou representação, visto que é princípio assente no Direito o fato de que, deparando-se o julgador com qualquer nulidade de ordem pública, tem por dever declará-la.

Na conformidade do que reza o § 1º, do art. 41 da Lei de Imprensa (nº 5.250/67), o direito de queixa ou representação contra difamação, injúria ou calúnia prescreve em trinta (30) dias, a contar da publicação da matéria seja em jornal, ou radiodifusão, estando, assim, com a razão, neste particular, o recorrente, pois não altera a situação o fato do querelante J. F. C. haver intentado contra ele uma representação com suporte no art. 139 do Código Penal Brasileiro, pois que o recebimento de queixa fora dos moldes da Lei de Imprensa não se lhe aplica, de acordo com a doutrina e jurisprudência.

A palavra abalizada do mestre Darcy Arruda Miranda:

> "O ofendido, para que exercite o seu direito de queixa, não poderá exceder o prazo de três meses marcado na lei. No direito anterior chamava este prazo de decadência, por ser um prazo fatal, peremptório, insuscetível de interrupção.
>
> O legislador de 1967, porém, como já assinalado pouco acima, preferiu abandonar essa orientação, e, ao invés de "decadência", "preclusão", ou "caducidade" do direito de queixa, adotar a expressão "prescrição", também para este caso, talvez para poder admitir a possibilidade da interrupção do prazo para o exercício desse direito, como expressamente o fez no § 2º, coisa que não poderia acontecer se tivesse usado o termo tradicional de "decadência".

Este prazo de três meses conta-se a partir da data da publicação ou transmissão. Não são noventa dias e sim três meses. Considera-se mês – diz o § 3º do art. 125 do Código Civil– o período sucessivo de trinta dias "completos" (Comentários à Lei de Imprensa, p. 715).

Continuando, o mesmo doutrinador esclarece o **dies a quo** se estabelece, na forma da lei, conforme a data da publicação (em se tratando de jornal ou periódico) ou da transmissão (se se tratar de emissora de rádio ou televisão, ou de agência de notícias), (obra e páginas citadas).

A sentença que indeferiu o **habeas-corpus** ajuizado para o trancamento do inquérito policial refere-se a uma matéria publicada na "Gazeta Popular" no dia 11 de fevereiro de 1985, sendo este, portanto, o **dies a quo**, vencido impreterivelmente no dia 11 de maio deste ano, sem que o querelante tenha apresentado, na forma da lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), qualquer queixa ou representação contra o recorrente-querelado, estando, assim, prescrito o direito de representação, sem nenhuma providência legal, isso apoiado na Lei Específica, na forma do que dispõe seu art. 12, e o 360 do Código Penal Pátrio.

O art. 360 mencionado reza:

"Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, e contra a guarda e emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os da responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário".

O art. 12 da Lei de Imprensa está assim redigido:

"Aqueles que através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem".

A doutrina e a jurisprudência se casam perfeitamente na solução do presente caso, como muito bem mencionado pelo recorrente:

"No crime de imprensa, a prescrição se conta da data do delito, não se lhe aplicando os efeitos do recebimento da denúncia ou queixa, o atual Código Penal nenhuma influência tem nos crimes de imprensa" (RF. 143/369, **in** Advogado em Ação, p. 97, 13ª Edição, Sugestões Literárias, de Vitoriano Prata Castelo Branco).

Do exposto, conheço do recurso, por ser próprio e tempestivo para, preliminarmente, declarar prescrito o direito de queixa ou representação da parte do querelante J. F. C., qualificado no bojo dos presentes autos, com atinência à matéria publicada no dia 11 de fevereiro do corrente ano, na "Gazeta Popular", determinando, de consequência, seja arquivado o inquérito policial que se refere ao presente Recurso Criminal, para todos os fins de direito, ficando, **ipso facto,** prejudicado o pedido de **Habeas-Corpus**.

Custas, na forma da lei.

É meu voto.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, desprezando o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhecer do Recurso e lhe dar parcial provimento para, preliminarmente, declarar prescrito o direito de queixa ou representação da parte do querelante J. F. C., com atinência à matéria publicada no dia 11 de fevereiro do corrente ano, na "Gazeta Popular", determinando seja arquivado o inquérito policial a que se refere o presente Recurso Criminal, ficando, de consequência, indeferido o **Habeas-Corpus**.

Custas, na forma da lei.

Tomaram parte no julgamento, além do relator, os Desembargadores Juarez Távora de Azerêdo Coutinho, que a presidiu e Pedro Soares Correia.

Representou a douta Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Joeny Leite Braga, ilustre Procurador de Justiça.

Goiânia, 6 de agosto de 1985. Des. Presidente da Segunda Câmara Criminal, Des. Leôncio Pinheiro de Lemos, Relator, Dr. Joeny Leite Braga, Procurador de Justiça.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SÓ SE IMPÕE QUANDO O MAGISTRADO ENTENDER QUE ESTÃO COMPROVADOS OS FATOS NOTICIADOS NA INICIAL.

– Revelia. Reputação da veracidade dos fatos afirmados pelo autor. Não é absoluta a presunção prevista no artigo 319 do Código de Processo Civil, em face do princípio do livre convencimento do julgador.
2. Julgamento antecipado da lide. Produção de provas. Entendendo o condutor do processo ser conveniente a produção de provas em audiência, a despeito de revelia reconhecida, não está ele obrigado a julgar antecipadamente a lide.
3. Contestação. Desentranhamento. A declaração da revelia acarreta o desentranhamento da peça de contestação em si, não dos documentos que a acompanham nem da procuração.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Agravo de Instrumento nº 3.700 – Morrinhos
Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 3.700, da Comarca de Morrinhos, figurando como agravante F. A. M. e como agravados M. A. e sua mulher.

VOTO DO RELATOR

Em novembro de 1984, F. A. M., viúva, propôs ação reivindicatória de imóvel contra o engenheiro M. A. e respectiva esposa.

Em decisão saneadora, o ilustre Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara declarou a revelia dos réus, posto que contestaram serodiamente.

Todavia, ressaltou que a presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora seria analisada em audiência de instrução e julgamen-

to, ordenando que ela especificasse as provas que pretendesse produzir.

Entendendo que o reconhecimento da revelia importasse, na espécie, no julgamento antecipado da lide e de se reputarem verdadeiros os fatos por ela afirmados, a autora interpõe agravo de instrumento, acrescentando que num terceiro equívoco incorrera o magistrado, eis que não mandara desentranhar a contestação e os documentos que a acompanham.

Conquanto devidamente intimada, a parte contrária não apresentou contra-minuta.

Efetuado o preparo e mantida a decisão, os autos subiram.

Sabe-se que a contestação tardia corresponde a ausência de contestação e que a revelia acarreta o efeito de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, consoante dispõe o artigo 319 do Código de Processo Civil, salvo as exceções previstas no artigo 320, bem como o julgamento antecipado da lide, de acordo com o estabelecido pelo artigo 330, II, do mesmo código.

Contudo, conforme farta doutrina e jurisprudência, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor não é absoluta, em face do princípio do livre convencimento do julgador, e por não se ter por esgotado o rol de exceções do mencionado artigo 320.

Em tal sentido, entre outros, vêem-se julgados dos Egrégios Tribunais de Justiça de Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, assim como dos de Alçada gaúcho e paulista (**apud** ALEXANDRE DE PAULA, **in** "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", nova série, vol. III, nºs 6.496-A, 6.501, 6.515, 6.519, 6.528, 6.531 e 6.532).

Este Colendo Tribunal já decidiu que o julgamento à revelia só se impõe quando o magistrado entender que estão comprovados os fatos noticiados na inicial (Apel. Cível nº 13.348, de Goiânia; D. J. E. de 2.7.81, p. 3).

Por outro lado, não encontra completo respaldo a pretensão de que tanto a contestação quanto os documentos que a acompanham devam ser desentranhados.

"Nos casos de contestação tardia, apenas a defesa não deve ser juntada ao processo. A procuração e eventuais documentos oferecidos não devem ser desentranhados" (Tribunal de Justiça de São Paulo, **apud** Alexandre de Paula, ob. e vol. cits., ps. 431-432).

Sobre o tema da relatividade da confissão ficta decorrente da revelia e da não obrigatoriedade do julgamento antecipado da lide na hipótese, vêem-se, na Revista de Processo, nº 32, várias ementas coligidas por ARRUDA ALVIM (ps. 238/250).

Ante todo o exposto, conheço do agravo para dar-lhe provimento tão-somente quanto ao desentranhamento da peça contestatória em si. Custas de lei.

É o meu voto.

ACORDAM os componentes da Terceira Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, por votação indiscrepante, em conhecer do agravo e lhe dar provimento tão-somente quanto ao desentranhamento da peça contestatória em si, de conformidade com o voto do relator, proferido na assentada do julgamento e que a este se integra. Custas de lei.

Votaram, além do Relator, os eminentes Desembargadores Mauro Campos e Paulo de Amorim, que também presidiu o julgamento.

Esteve presente à sessão a Dra. Helen Drumond Nunes, ilustre Procuradora da Justiça.

Goiânia, 11 de março de 1986. Des. Paulo de Amorim – Presidente, Des. Fenelon Teodoro Reis – Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DO WRIT SOB FUNDAMENTO DE INOBSERVÂNCIA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO SEM OPORTUNIDADE DE AMPLA DEFESA É NULO.

– Mandado de segurança – Promotor de Justiça – Remoção compulsória – Conveniência do serviço – Obrigatoriedade de representação do Procurador Geral de Justiça, com faculdade de ampla defesa ao impetrante (LC 40/81, art. 49, e CE, art. 60, III). Segurança concedida.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Mandado de Segurança nº 1.119 – Goiânia
Relator: Des. Júlio Resplande de Araújo

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 1.119, de Goiânia, sendo impetrante Dra. C. C. F. P. e impetrados os Exmos. Srs. Governador do Estado e Procurador Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Dra. C. C. F. P., Promotora de Justiça, por procurador, pela inicial de fls. 2/18, impetrou o presente mandado de segurança, com medida liminar, fundamentando-o no art. 153, § 21, da Constituição Federal, e nas disposições da Lei nº 1.533/51, contra atos dos Excelentíssimos Senhores Governador do Estado e Procurador Geral de Justiça, consubstanciados em decreto de 8 de novembro, publicado no DO nº 14.632, de 5 de dezembro do ano de 1984, removendo-lhe compulsoriamente da Promotoria de Justiça da Comarca de Porangatu, para a Segunda Promotoria de Justiça da Comarca de Luziânia, e em decisão do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público de Goiás, que lhe

aplicou as penas de censura e remoção compulsória, expondo, em suma:

– que respondeu a processo administrativo, instaurado pela Portaria nº 11/84, de autoria da ilustrada segunda autoridade impetrada, porém absolvida em relatório conclusivo, pelo empate na votação de dois, e abstenção de um, todos Membros da Comissão Processante;

– que foi julgada por um Conselho caduco, não renovado nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei nº 7.760/73 e art. 11, § 4º, da Lei Complementar nº 40/81, estando ainda o digno segundo impetrado impedido para convocá-lo, presidi-lo e proferir decisão, "por ser pessoa inimiga capital da impetrante", eis que lhe representou criminalmente por fato relacionado com o processo administrativo;

– que embora impedido, por ter presidido a Comissão Processante, participou da Reunião do Conselho, com voto, o Dr. Adolfo Graciano da Silva Neto, e não o seu suplente (artigo 16, Lei nº 7.760/73), sendo ainda nula essa reunião, porque secretariada por Membro não menos moderno, em ofensa ao art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.760/73;

– que sua remoção deu-se a título de punição não a prevendo, como pena, entretanto, a Lei Complementar nº 40/81, que somente a admite por conveniência do serviço, e ainda mediante representação do Procurador Geral de Justiça, facultada ampla defesa, nos termos do art. 49, desse diploma federal, em harmonia com o art. 60, III, da Constituição Estadual, com a redação da Emenda Constitucional nº 52, de 10 de agosto de 1982;

– que o processo relativo à sua remoção não surgiu de representação da nobre segunda autoridade impetrada, que aliás sugeriu a sua demissão, nem lhe foi dada oportunidade para defender-se, em afronta ao art. 60, III, da Constituição do Estado, e art. 153, § 15, da Constituição da República, sendo nulo, pois, o processo, e como tal o ato fustigado feriu seu direito líquido e certo de defesa, e ainda de permanecer servindo na Comarca de Porangatu.

Encareceu a concessão de liminar, com a suspensão dos atos impugnados, e ainda, no mérito, o deferimento da segurança, anulando-se "o processo administrativo", a decisão do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, que lhe aplicou as penas de censura e remoção compulsória, bem como o aludido decreto governamental.

Negou-se a liminar suplicada, e notificadas, as dignas autoridades eleitas coatoras prestaram as informações solicitadas, e sustentando a legalidade de seus atos, aduziram, em síntese:

– que não tem fundamento a suspeição argüida, pois o despacho proferido pelo Procurador Geral de Justiça, emprestando julgamento ao processo disciplinar, deu-se 16 dias antes da representação criminal manifestada pela impetrante, aliás decorrente de sua conduta irreverente à sua dignidade, que "sem móvel para suspeição, resolveu criá-la", assacando-lhe, no interrogatório, "as mais injuriosas e difamadoras acusações", não podendo ela, "com a sua própria incúria, obter situação que lhe favoreça", aplicável, assim, analogicamente, o art. 256, do CPP;

– que a publicidade dos atos do processo deu-se normalmente, e o fato de ter tomado conhecimento da deliberação do Conselho, de agosto, em 19 de setembro, nenhum prejuízo lhe ocorreu, "já que o processo estava no fim e a impetrante já havia produzido toda a ampla defesa que lhe foi facultada, razão por que nada de relevante tem a reclamar quanto a cerceamento, pois que este não existiu";

– que o Conselho Superior do Ministério Público "tem função meramente opinativa, e não proferiu julgamento algum, apenas sugeriu fosse ela removida compulsoriamente e apenada com censura", sendo ainda legal a investidura de seus componentes, não estando caducos seus mandatos, eis que a rotatividade imposta por lei não significa "que a eleição se faça anualmente", e sem lei estadual não se pode introduzir inovações no Ministério Público do Estado, as da LC nº 40/81;

– que igualmente o fato de haver a reunião do Conselho sido secretariada não pelo membro mais moderno, nenhuma relevância assume, não causando, de feito, a nulidade pretendida, verificando-se ainda que a impetrante "não sofreu punição alguma, nem mesmo a de censura, pois não acolhida a sugestão para a demissão, apenas deu-se cumprimento ao decreto de remoção";

– que "não procede o inconformismo da impetrante com o decreto de remoção, ao fundamento de que somente poderia ter sido lavrado com base em representação calcada na justificativa de conveniência do serviço, em processo que lhe assegurasse ampla defesa, nos termos do já citado art. 60, III, da Constituição Estadual. Ora, tudo isso foi observado: houve processo, em que a defesa se operou com a máxima liberalidade, inclusive a impetrante tomou conhecimento, bem antes do decreto governamental, de que o douto Conselho havia aquiescido sobre uma possível remoção.

A representação em prol da transferência compulsória ficou ínsita no Despacho nº 302/84, com a motivação contida no de nº 289/84, ambos retratados na documentação que acompanha a inicial".

Sustentam que a impetrante, com sua conduta irregular, pela prática de vários atos funcionais e pessoais comprometedores do decoro da instituição, perdeu a credibilidade na região, justificando sua remoção por necessidade do serviço, e, arrimando-se em Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, afirmam a legalidade dos atos combatidos, e

por não ser a impetrante inamovível, nenhum direito seu foi alcançado ou ferido.

Pela denegação da segurança.

Indeferiu-se pedido de reconsideração da decisão denegatória da liminar, e interposto agravo regimental, dele não conheceu o Tribunal, por incomportável (fls. 146/147).

E a douta Procuradoria Geral de Justiça, convocada a opinar, em parecer de fls. 150/152, admitindo que a remoção se revestiu do caráter de penalidade, sustentou a inexistência de direito líquido e certo em favor da impetrante, e, como tal, pronunciou-se pelo indeferimento da segurança postulada.

É o relatório.

VOTO

Como visto, pela prática de fatos considerados ilícitos funcionais, e até penais, respondeu a impetrante a processo disciplinar culminando com a sua remoção compulsória, da Promotoria de Justiça da Comarca de Porangatu, para a segunda Promotoria da Comarca de Luziânia.

Pois bem.

Ultimada a instrução e lançado o relatório pela douta Comissão Processante, a ilustrada segunda autoridade impetrada, em longo despacho, julgou o processo, concluindo que a impetrante exorbitara-se no exercício de suas funções, realizando prisões ilegais; faltara com o dever de eficiência, deixando de realizar atos de seu ofício nos prazos legais; tivera conduta pessoal irregular, com reflexos negativos para o prestígio e decoro da Instituição, por não saldar suas dívidas nos prazos, ensejando protestos cambiais e execuções; obtivera empréstimos e avais de criminosos em cujos processos funcionara; ainda emitira cheques sem provisão de fundos, e entendendo aplicável a pena de demissão, nos termos da Lei Complementar nº 40/81, para tanto, ela encaminhou o processo à digna primeira autoridade eleita coatora, ouvindo o douto Conselho Superior do Ministério Público, em face do disposto no art. 12, I, desse diploma federal.

O Egrégio Conselho, entretanto, sugerira, por maioria, a aplicação da "pena de remoção compulsória, por conveniência do serviço", e logo o nobre Procurador Geral de Justiça indicou a 1ª Promotoria da Comarca de Goiás, porém, por competir essa indicação ao douto Colegiado, fê-lo este apontando a 2ª Promotoria de Justiça de Luziânia, subindo, em seguida, os autos à consideração do Senhor Governador, que lançou o despacho de nº 1.124/84, pelo qual, acolhendo a indicação, removeu a impetrante, cujo ato materializou-se pelo decreto censurado.

A Constituição do Estado, em seu art. 60, III, com a redação da EC nº 52, estatui que:

> "O Ministério Público Estadual será organizado em carreira, conforme dispuser a lei, observados os seguintes princípios:
> III – remoção compulsória, para igual entrância, somente com fundamento em conveniência do serviço, mediante representação do Procurador Geral de Justiça, precedida de manifestação favorável do Conselho Superior do Ministério Público, facultada ampla defesa".

De sua vez, o art. 49, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, textua:

> "Os membros do Ministério Público Estadual não poderão ser removidos compulsoriamente, a não ser mediante representação do Procurador Geral de Justiça, com fundamento em conveniência do serviço".

E evidenciam os autos, com absoluta segurança, que o digno Dr. Procurador Geral de Justiça, e aqui autoridade impetrada, não representou ao ilustrado Senhor Governador, no sentido de remover, compulsoriamente, a impetrante, expondo-lhe os fundamentos da conveniência do serviço.

Ora, os fundamentos do despacho, julgando o processo administrativo, ainda que possam revelar a conveniência, por encerrar o julgamento de uma das fases obrigatórias deste, não importam em representação, que na terminologia jurídica significa petição, reclamação escrita.

Não se pode olvidar, ainda, que o Dr. Procurador Geral de Justiça sugeriu a pena de demissão, e não a remoção compulsória.

Por outro lado, o eg. Conselho apenas pôde opinar, nos termos do art. 12, I, da LC nº 40/81, pois o pedido de remoção é ato do Procurador Geral, na representação.

E a simples remessa do processo ao Senhor Governador não significa representação, máxime se nesta há de conter os motivos caracterizadores da conveniência a que alude a lei.

O despacho nº 1.124/84, que removeu a impetrante, e o decreto que materializou esse ato, pois, são nulos, eis que na opinião de José Cretella Jr., em escólio de Rui Cirne Lima, o ato administrativo é nulo em havendo "preterição de solenidade reputada essencial à sua validade" (Controle Jurisdicional do Ato Administrativo, p. 282).

E não se pode negar que a representação é essencial para aperfeiçoar e dar validade jurídica ao ato de remoção.

Acentua também o Prof. Hely Lopes Meirelles que "ato nulo é o

que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo" (Dir. Adm. Brasileiro, 10ª ed., p. 131).

A Lei Complementar nº 40/81, de outro ângulo, derrogou a Lei Estadual nº 7.760, de 20 de novembro de 1973, excluindo a remoção compulsória dentre as penas administrativas, e, exigindo, para tanto, a representação, seguida de oportunidade para defesa, que inclusive deve ser ampla, como dispõe a Carta Estadual, instituiu uma relativa inamovibilidade do Promotor de Justiça, aliás necessária ao fortalecimento da instituição e à independência funcional de seus membros.

De outro passo, à impetrante não se deu oportunidade de defesa no tocante à remoção. E nem teria de que defender-se, pois não houvera representação, na qual deveria estar explicitada a conveniência, ou seja, registradas as razões determinantes ou justificadoras do ato. E desses motivos é que ela deveria ter oportunidade para defender-se.

É inescusável, portanto, o cerceamento de defesa alegado.

De fato.

A defesa promovida no processo disciplinar foi quanto aos fatos imputados, buscando livrar-se de pena administrativa, não quanto à conveniência da remoção, que a Lei não a considera mais como pena.

Após o pronunciamento do eg. Conselho, sugerindo a remoção, o culto Dr. Procurador Geral de Justiça, **data venia,** deveria ter feito a representação, nos próprios autos, com vista à impetrante para, querendo, defender-se das razões nela alinhadas.

Não. O Colegiado opinou e ele simplesmente encaminhou os autos ao Senhor Governador, que logo decidiu pela remoção, acolhendo a sugestão do Órgão e a indicação da Promotoria.

Por sem dúvida, o processo é nulo a partir do despacho de fls. 486, e, como tal, o despacho do Senhor Governador, decidindo pela remoção, e ainda o decreto que a efetivou.

Negou-se defesa à impetrante, que lhe é assegurada pela Constituição do Estado.

A defesa, assinala o prof. Hely Lopes Meirelles, "é garantia constitucional de todo acusado (art. 153, § 15), em processo judicial ou administrativo, e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas... É o princípio universal dos Estados de Direito, que não admite postergação, nem restrições na sua aplicação. Processo administrativo sem oportunidade de ampla defesa é nulo". (obra citada, p. 586).

E ferindo tal direito, que aliás, como se viu, é garantia constitucional, e ainda por falta de representação, concedo a segurança, para anular o processo a partir das fls. 486, e de consequência, tornando sem

nenhum efeito jurídico o despacho de fls. 494 (por xerocópia às fls. 76), que removeu a requerente, bem como o decreto governamental atacado (fls. 74 destes autos), que consumou a remoção.

Os demais temas abordados pela impetrante, entretanto, não prosperam por falta de fomento jurídico.

Com efeito, os autos não agasalham prova suficiente, demonstrando a alegada inimizade de modo a impedir o Dr. Procurador Geral de baixar portaria, instaurando o processo administrativo.

Também, o eg. Conselho não punira a requerente, tendo apenas opinado pela aplicação da pena de censura e pela remoção compulsória.

A competência para a imposição de pena é do Senhor Governador e do Senhor Procurador Geral de Justiça (LC, art. 30, I e II).

E caduco não estava esse douto Colegiado, pois fora ele constituído, por eleição de seus Membros, em dezembro de 1982, sendo que a Lei Complementar em destaque e a Lei nº 7.760 não fixam prazo de sua validade, nem da duração do mandato de seus Membros.

A Lei estadual fala apenas que a escolha deve ser feita na 1ª quinzena de dezembro.

Não é compreensível, portanto, apenas que esse mandato seja superior a dois anos, hoje comum em todos os órgãos colegiados.

E o eg. Conselho estava no curso do 2º ano de sua eleição ou constituição, quando opinara pela aplicação da pena de censura, e pela remoção compulsória, sendo, pois, pela sua legitimidade, eficaz o seu parecer.

Por outro lado, não é nula a sessão do eg. Conselho, porque dela participara o Conselheiro que presidira o processo administrativo, eis que não há preceito legal impedindo-o a tanto, nem de votar.

E, igualmente, não há nulidade pelo fato de não ter sido a reunião ou sessão desse órgao secretariada pelo membro mais moderno.

A lei que o exige não comina nulidade (art. 8º, § 1º, Lei nº 7.760).

Indefiro o pedido, pois, em relação ao eg. Conselho, porque ele apenas opinou, e não julgou, nem aplicou qualquer penalidade à impetrante.

Oficie-se às ilustradas autoridades impetradas, para os fins legais.

É o meu voto.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão plenária, à unanimidade de votos, concedeu a segurança impetrada, nos termos do voto do relator, lido na assentada do julgamento, que a este se integra, e bem assim o relatório retro.

Tomaram parte no julgamento, além do relator, os eminentes Desembargadores Clenon de Barros Loyola, Geraldo Majella F. Ferreira, Paulo de Amorim, Leôncio Pinheiro de Lemos, João Canedo Machado, Messias de Souza Costa, Mauro Campos, Lafaiete Silveira, Joaquim Henrique de Sá, Juarez Távora de Azeredo Coutinho, Pedro Soares Correia, João Batista de Faria Filho e João da Silva Moreira.

Esteve presente o Exmo. Sr. Dr. Joeni Leite Braga, digno Procurador de Justiça.

Fez sustentação oral, pela impetrante, o Dr. Edgar Ferreira.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Desembargador Geraldo Crispim Borges.

Goiânia, 26 de junho de 1985. Des. Geraldo Crispim Borges - Presidente, Des. Júlio Resplande de Araújo - Relator.

PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL – REQUISIÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO DE DÉBITO – DIREITO DE PRECEDÊNCIA DE PRECATÓRIO – PRAZO DE APRESENTAÇÃO – PREFERÊNCIA NÃO CONFIGURADA – INDEFERIMENTO DO PEDIDO.,

– Pedido de intervenção federal – Não cumprimento de decisão judiciária – Precatório – Verba orçamentária – Requisições judiciais anteriores não atendidas – Direito de precedência. I – O precatório, se apresentado até 1º de julho, deve ser atendido por verba incluída no exercício seguinte, não havendo, portanto, desrespeito à decisão judiciária se em curso a execução da lei orçamentária, e o depósito, a que alude o art. 117, § 2º, da CF, ainda não ocorreu. II – e havendo requisições judiciais anteriores, em favor de outros credores, ainda não cumpridas legalmente, está impedida a Fazenda Pública,
– sob pena de lesão ao direito de precedência deles, de satisfazer os seus créditos, pois a "inobservância da ordem cronológica de apresenação dos precatórios gera conseqüências de ordem processual e de ordem polítíco-administrativo".

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Pedido de Intervenção Federal nº 10 – Goiânia
Relator: Des. Júlio Resplande de Araújo

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de pedido de intervenção federal, em que é requerente G. T. e T. Ltda,, e requerido o Estado de Goiás.

RELATÓRIO

G. T. e T. Ltda., com sede em Anápolis, por procurador, e pela inicial de fls. 2/4, aforou, neste Egrégio Tribunal, este pedido para que

se promova, junto ao Excelso Supremo Tribunal Federal, requisição de intervenção federal no Estado de Goiás, objetivando ver assegurado o cumprimento de decisão judicial ordenando o pagamento da quantia de Cr$ 116.096.974,40 que lhe deve o suplicado, e já solicitado na forma legal, expondo, em suma, que seu crédito decorre da prestação de serviços, no setor de transporte e turismo, inicialmente na ordem de Cr$ 23.941.000,00, e frustradas as tentativas de recebimento amigável, reclamou-o judicialmente, perante o Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca da Capital, sendo-lhe favorável o provimento jurisdicional, inclusive no 2º grau da jurisdição.

Enfatiza, ainda, que o Dr. Juiz requisitou o pagamento, nos termos do art. 730, I, do Código de Processo Civil, e deferido o precatório, a ilustrada Presidência, pelo ofício 064/84, ao Órgão competente, requisitou a quantia necessária à quitação da dívida, entretanto, silente a autoridade fazendária, houve reiteração do expediente (of. 134/84), e também em vão, outra requisição se fez pelo ofício nº 193/84, mas sem êxito, demonstrando o devedor "falta de respeito a uma decisão judicial".

Documentos às fls. 6/13.

Indeferimento do pedido pela douta Presidência, em recesso forense, porém reconsiderada a decisão, em face do petitório e documentos de fls. 17/58 (f.60), solicitaram-se informações a respeito, ao Exmo. Sr. Governador do Estado (RI, art. 392, § 2º), que em tempo oportuno, pelo expediente de fls. 68/70, instruído dos documentos de fls. 71/72, em síntese, declarou:

– que o crédito da requerente, "por sinal, ainda pendente de liquidação complementar, via de reatualização de cálculo da quantia", ainda não "objeto de decisão na Primeira Instância", está "devidamente reconhecido, mercê do que será objeto de integral pagamento, ato este dependente apenas de realização de receita suficiente", não procedendo "a insinuação da interessada de que vem ocorrendo da parte da Administração relutância na quitação da quantia reclamada",

– que o Estado não está "sonegando a satisfazer o crédito da empresa requerente, que integra, por sinal, elenco de inúmeros outros credores de quantias de igual origem e natureza", entretanto se verifica não ter ela "feito comprovação alguma de ter sido preterida no seu direito de preferência, ocorrência esta a lhe franquear o comando do artigo 731 da Lei Processual Civil, meio ordinário posto à sua disposição, antes mesmo que o extremo de representação por intervenção federal no Estado", sabendo-se que as requisições para pagamento "guardam ordem de apresentação perante o setor da despesa pública".

A douta Procuradoria Geral da Justiça, chamada a opinar, em

parecer de autoria de seu ilustre Chefe, Dr. Amaury de Sena Ayres, apontou irregularidade na representação processual da requerente, e manifestou-se pelo não acolhimento do pedido, porque ela "não satisfaz condições formais para atender a intervenção", eis que não demonstrada preterição na ordem preferencial e em face de que as "possibilidades do erário são mínimas, circunstância notória a independer de prova".

A postulante regularizou sua representação processual, e ainda trouxe aos autos os documentos de fls. 86/97, figurando dentre eles, em sua compreensão, prova cabal de haver sido preterida, com argumentos de que A. J. S. e s/m receberam crédito, cuja requisição deu-se em data posterior à sua.

O suplicado, instado a pronunciar-se em cinco dias, silenciou-se.

É o relatório.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR:

Adoto o de fls. 127/129. E, em acréscimo, registro que o Eg. Tribunal, por maioria de votos, em face à norma regimental ínsita no art. 349, pelo V. acórdão de fls. 140/142, determinou à ilustrada Presidência que diligenciasse "junto ao Exmo. Sr. Governador do Estado, buscando remover as causas do pedido de intervenção federal".

A digna Presidência desta Corte cumpriu a decisão, realizando a diligência, porém sem êxito (f. 144), motivando a autora, então, a pedir a apreciação e julgamento do mérito do pedido (fls. 146/147).

Pelo petitório de fls. 149, o requerido anunciou gestões visando à possibilidade de liquidação amigável do débito. Mas infrutíferas (fls. 150), em longo arrazoado, instruído de vários documentos, ele sustentou e requereu a improcedência do pedido, expondo, em suma (fls. 152/173):

– que é de seu interesse e obrigação, "em relação às dívidas resultantes de condenações judiciais", liquidá-las "dentro das disponibilidades do erário público", porém há precatórios mais antigos, deferidos em favor de outros credores, ainda não cumpridos, sendo cogente a norma constitucional, definida no art. 117 da Carta Política em vigor, reproduzida na Lei Magna Estadual (art. 82), e ainda prevista no art. 730, II, do CPC, segundo a qual os pagamentos devidos pelas fazendas públicas "far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos";

– que pagamento fora dessa ordem fere direito de preferência, autorizando, de conseqüência, o seqüestro de quantia necessária à satisfação do débito, conforme dispõem a Constituição Federal (art. 117, § 2º) e o Cód. de Proc. Civil (art. 731).

– que em face disso, "não está, de modo algum, criando qualquer obstáculo para o retardamento da ordem de pagamento ou não cumprimento da decisão judiciária", não assistindo, portanto, razão à autora, e se preterição houvesse em seu direito, caber-lhe-ia não pedir a intervenção, mas o seqüestro de quantia suficiente à cobertura de seu crédito.

A requerente, instada, manifestou-se sobre os documentos reunidos aos autos, pelo suplicado, e ainda reclamou que foi preterida no seu direito de precedência, pois houve pagamento de crédito a A. J. S., em 19 de setembro de 1984, cujo precatório, de 3 de fevereiro de 1984, é mais moderno que o seu, que data de 20 de outubro de 1983, aliás, "o que se deve levar em conta, para o deferimento do pedido de Intervenção Federal".

É o relatório complementar.

O feito deverá ser, S. M. J., julgado na próxima sessão (extrapauta-art. 392, § 3º, RI).

VOTO

Põem os autos, em evidência, que transita em julgado sentença do Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, reconhecendo contra o suplicado, e em favor da autora, crédito hoje superior a trezentos milhões de cruzeiros. A autoridade judiciária competente requisitara o pagamento respectivo por intermédio do ilustre Des. Presidente do Egrégio Tribunal (art. 730, I, CPC), em 20 de outubro de 1983 (fls. 20/21), que solicitou, de sua vez, processualizado e deferido o precatório, em 3 de janeiro de 1984, a quantia necessária a tanto, em 3 de fevereiro seguinte, ao Senhor Secretário de Estado da Fazenda, que porém permanecera silente, nada diligenciando a respeito (fls. 46, 51 e 57).

A pretensão da requerente, a princípio, encontra ressonância no art. 10, VI, da Constituição Federal, porquanto visa assegurar o cumprimento de decisão judiciária, que proclamara crédito em seu favor, ainda não solvido, pois os Poderes do Estado, além de harmônicos, devem ser independentes, cuja autonomia, absolutamente necessária à preservação do estado de direito, assenta-se também no respeito às decisões judiciárias, pois além de competir ao Estado, aliás, um dever inescusável, distribuir justiça, constitui fator indispensável à estabilidade social.

E o débito, a par do provimento jurisdicional, que o expressa, inquestionavelmente por si só, fora confessado pela Fazenda Pública requerida, que ainda afirmara existir, "no atual orçamento, dotação

própria para atender às despesas com os encargos decorrentes de condenações judiciais".

Entrementes, a despeito de não se opor ela à pretensão da autora, e até declarar-se interessada na quitação da dívida, por enquanto, há óbice legal a tanto.

Com efeito, agasalham os autos prova suficiente de que há precatórios apresentados, anteriormente, por outros credores, e acolhidos contra a mesma Fazenda, ainda não cumpridos (fls. 157/165), estando, de consequência, pendentes os respectivos pagamentos requisitados.

E estabelece a Constituiçao Federal, em seu art. 117, que

> "os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos..."

Idêntica disposição adota o art. 730, II, do Código de Processo Civil.

A propósito, comentando o tema, acentua José Celso de Mello Filho que "o pagamento das condenações judiciais impostas à Fazenda Pública é feito na ordem rigorosa de apresentação dos precatórios. A prioridade temporal gera a preferência jurídica para o credor receber aquilo que lhe é devido" (Constituição Federal Anotada, ed. 1984, p. 262).

O prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho também perfilha esse entendimento (Comentários à Constituição Brasileira, 5ª ed. 1984, p. 467).

De sorte que, existindo requisições judiciais anteriores, ao que realça a prova, em favor de A.A.I., U.B. de E. e C. e O. L. P. F. (fls. 157/165), cujos créditos ainda não foram quitados, legalmente impedida está a Fazenda Pública requerida, sob pena de lesão ao direito de precedência desses credores, de efetuar o pagamento do crédito reclamado pela autora.

Apregoa, outrossim, José Celso de Mello Filho que "o pagamento, pela Fazenda Pública, com inobservância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, gera conseqüências de ordem processual (seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito) e de ordem político-administrativa (caracterização de crime de responsabilidade e possibilidade de intervenção federal ou estadual, em decorrência do descumprimento de decisão judiciária") (obra citada, fls. 262/263).

Logo, a atitude da ré não pode, evidentemente, ser entendida ou tomada como afronta à decisão judiciária, máxime em ordem a autorizar o deferimento da medida postulada.

A recusa da suplicada, ao pagamento, no momento, é legítima.

De fato.

Como lembrou o ínclito Des. Clenon de Barros Loyola, em seu brilhante voto, "ainda não havia demora que constituísse desrespeito à lei ou à decisão judiciária, a que se refere o art. 10, VI", da Carta Magna, pois "os precatórios apresentados até 1º de julho devem ser atendidos por verba incluída no orçamento do exercício seguinte, conforme se entende da leitura do § 1º, da aludida Lei Fundamental.

Assim, se o precatório foi deferido em 3.1.84 e apresentado em 3.2.84, a partir de janeiro de 1985 é que se poderia pensar em violação da norma constitucional, pois só a partir daí é que se deu execução à lei orçamentária do exercíco de 1985.

Houve, sem dúvida, precipitação da requerente.

É de ressaltar-se, ainda, que o pagamento, ao que consta no § 2º, do referido art. 117, da Constituição Federal, se realiza 'segundo as possibilidades do depósito', não se confundindo este com a dotação orçamentária existente.

E o Executivo fez consignar, no orçamento de 1985, verba vultosa para atender os precatórios, no valor de Cr$ 8.800.000.000. O que falta é o depósito, que, não obstante as reconhecidas dificuldades do Tesouro estadual, deverá ser feito no correr do ano financeiro.

Entretanto, como já frisado, se a execução orçamentária dá-se no período de janeiro/dezembro, com o decurso de apenas três meses não se configura desapreço à decisão judiciária, estando a requerente, de outro ver, a salvo de prejuízo, pela incidência da correção monetária, que mantém atualizado o valor do crédito.

Por outro lado, queixa-se a requerente de que seu direito de precedência fora preterido, pois A. J. S. já recebera seu crédito, cuja requisição judicial acontecera posteriormente à emissão de seu precatório (fls. 86/92).

E alterando os fundamentos do pedido, ela se apegara a esse fato, dando-o como suficiente para justificar o deferimento da medida extrema.

O equívoco apresenta-se bem evidente.

Pois bem.

Ao que anuncia o documento de fls. 86/87 (precatório), A. J. S. não era credor da requerida, mas do Departamento de Estradas de Rodagem de Goiás-DERGO, uma autarquia estadual, e, portanto, outro devedor.

De feito, o DERGO é autarquia estadual, cuja criação dera-se pela Lei nº 727, de 14 de novembro de 1952.

Ele tem, nessa condição, autonomia administrativa e financeira. Seu orçamento é distinto ou independente da Lei de Meios do Estado de Goiás.

E é tema incontroverso, à luz de lições dos já citados constitucionalistas, que na expressão – entidades de direito público – inserta no parág. primeiro, do art. 117, da Carta Política vigente, estão compreendidas as autarquias, entidades descentralizadas (Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Celso de Mello Filho, obs. cits., ps. 466 e 260, respectivamente).

Ora, se A. J. era credor do DERGO, e não do Estado de Goiás, outra entidade pública, a quitação de seu crédito não afetara, nem postergara, de qualquer modo, o direito da autora.

Doutro ângulo, ainda que esse pagamento importasse em lesão a direito de precedência da requerente, a intervenção federal não seria a medida judicial adequada, pela existência de precatórios anteriores ao seu, mas o seqüestro de quantia necessária à satisfação do débito, preconizado pelo art. 117, § 2º, da Constituição da República, também alvitrado pelo art. 731, do Estatuto Processual Civil de 1973.

Isto posto:

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão plenária, à unanimidade de votos, indeferiu o pedido de intervenção federal.

Custas **ex-lege.**

Tomaram parte no julgamento, além do relator, os eminentes Desembargadores Clenon de Barros Loyola, Joao Canêdo Machado, Messias de Souza Costa, Fenelon Teodoro Reis, Mauro Campos, Homero Sabino de Freitas, Lafaiete Silveira, Joaquim Henrique de Sá, Pedro Soares Correia, João Batista de Faria Filho, Byron Seabra Guimarães, José Roberto da Paixão e João da Silva Moreira.

Esteve presente o Exmo. Sr. Dr. Amaury de Sena Ayres, digno Procurador Geral da Justiça.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Geraldo Crispim Borges.

Goiânia, 24 de abril de 1985. Des. Geraldo Crispim Borges – Presidente, Des. Júlio Resplande de Araújo – Relator.

RECURSO DE APELAÇÃO – A APELAÇÃO SOMENTE É COMPORTÁVEL CONTRA AS DECISÕES DEFINITIVAS, CABENDO, EXCEPCIONALMENTE, CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS COM FORÇA DE DEFINITIVA.

– Recurso de apelação – Sua incompatibilidade contra decisão que não tem força de definitiva:
1º – A apelação, via de regra, somente é cabível para atacar sentença definitiva, ou definitiva **stricto sensu** e, excepcionalmente, para ofender decisão com força de definitiva que não figure entre aquelas para as quais não está previsto recurso em sentido estrito;
2º – Entre aquelas que, excepcionalmente, comportam a apelação não figura decisão que indefere pedido de nulidade de laudo de corpo de delito;
3º – Apelação não conhecida, por incomportável na espécie.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Criminal Voluntária nº 9.602 – Morrinhos
Relator: Des. Leôncio Pinheiro de Lemos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal Voluntária nº 9.602, da comarca de Morrinhos, em que figura como apelante N. G. S. e como apelada a Justiça Pública.

VOTO

Como se vê do relatório escrito e há poucos instantes lido e que passa a fazer parte integrante deste voto, o acusado de crime de tentativa de homicídio praticado contra a vítima L. A.S., N. G. S., insatisfeito com a decisão do Dr. Juiz de Direito de Morrinhos, que indeferiu seu pedido de nulidade do laudo de exame de corpo de delito de fls.,

sob a alegação de falta do termo de compromisso dos peritos de bem e fielmente desempenharem suas funções, dela apela, dentro de cinco (5) dias, com suporte no art. 593, II, do Código de Processo Penal, como se fora uma sentença definitiva, ou com tal força, não catalogada no Capítulo que trata do Recurso em Sentido Estrito.

A douta Procuradoria Geral da Justiça, via de delegado credenciado, na pessoa do Dr. O. P., está com a razão, pois, em verdade, não pode o recurso ser conhecido, visto que impróprio à espécie que pretende enfrentar, eis que, de regra, a apelação somente é cabível contra sentença definitiva da qual se recorre para instância superior, distinguindo-se nesse particular do recurso em sentido estrito, interposto, sempre, contra decisões intermediárias ou interlocutórias.

Câmara Leal, comentando a matéria, preleciona:

"O termo – apelação – deriva do vocábulo latino **appelationem** – no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo – appelare –, recorrer a tribunal superior.
A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias.
Essa regra, contudo, não é absoluta, porque há decisões definitivas, como a absolvição sumária do réu pelo juiz da pronúncia, da qual cabe recurso em sentido estrito, e não apelação. Esse desvio de técnica foi introduzido pela legislação posterior, não sendo assim no direito processual antigo, que mantinha inalterável o emprego da apelação para as sentenças definitivas (Com. ao Cód. de Proc. Penal Brasileiro, vol. IV Edição de 1943, p. 79).
O mesmo festejado comentarista, continuando, ensina mais:
"O recurso de apelação só cabe nos casos expressos definidos pelo art. 593, devendo ser interposto no prazo de cinco dias, a contar da data em que a parte vencida teve ciência da decisão, ou por estar presente ao ato de sua publicação, ou ter sido dela intimada" (Ob. e p. cit.).

Tourinho Filho, interpretando a mesma matéria, esclarece muito bem a controvérsia: '... é interposta para se combater uma decisão definitiva condenatória, absolutória, ou definitiva **stricto sensu**. Excepcionalmente, para se querer uma decisão com força de definitiva, se, para esta, não foi previsto o recurso em sentido estrito. (Processo penal, 5ª Edição, vol. IV, p. 296).

Assim, a apelação somente é comportável contra as decisões definitivas, cabendo, excepcionalmente, contra decisões interlocutórias com força de definitiva.

Nesse sentido é o entendimento da Jurisprudência:

"Recurso – Apelação – Decisões Mistas: As decisões apeláveis são as sentenças geralmente de absolvição ou condenação, porém, às vezes a ação se finda por outra forma, por uma decisão interlocutória mista, como a que reconhece a extinção da punibilidade, perempção, etc., cabendo igualmente apelo" (TA Crim. – SP – Ac. unân. da 5ª Câm. de 18.11.1980 – Ap. 246.039 – Jardinópolis – Rel. Juiz Dirceu de Mello. – Adcoas – Verbete nº 77.434).

Do exposto, preliminarmente, não conheço do recurso, por ser incomportável na espécie.

Custas pelo apelante.

É meu voto.

ACORDA a Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, acolhendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, preliminarmente, não conhecer do recurso por incomportável à espécie.

Custas pelo apelante.

Tomaram parte no julgamento, além do relator, os Desembargadores Juarez Távora de Azerêdo Coutinho, que o presidiu e Pedro Soares Correia.

Representou a douta Procuradoria Geral de Justiça, o Dr. Joeny Leite Braga, Procurador de Justiça.

Goiânia, 4 de junho de 1985. Des. Leôncio Pinheiro de Lemos, Relator. Dr. Joeny Leite Braga, Procurador de Justiça.

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS A FILHO – SEPARAÇÃO DE FATO DOS CÔNJUGUES – PODER E DEVER DO JUIZ DE REGULAR A SITUAÇÃO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA MEDIDA CAUTELAR OU AÇÃO DE SEPARAÇÃO.

– Filho. Casal separado de fato. Regulamentação de visitas. Separados de fato os cônjuges, pode o Juiz determinar providências que acautelem o interesse dos filhos menores e, a bem destes, pode e deve regular a situação, pela maneira que julgar mais conveniente, quer em medida cautelar preparatória, quer em ação de outra natureza.
Apelo provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível nº 16.942 – Goiânia
Relator: Des. Lafaiete Silveira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 16.942, da Comarca de Goiânia, em que é apelante R.N.N. e apelada I.B.S.N.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de regulamentação de visitas ajuizado por R. N. N. contra sua esposa, I. B. S. N., qualificados a fls., aduzindo o requerente o seguinte:

– que são eles casados e dessa união nasceu C. S. N., em 18.11.83;

– que o casal se encontra separado de fato há quatro meses – os pais da suplicada não permitem uma reaproximação com a mesma, não deixam sequer ver sua filha, não aceitam qualquer tipo de ajuda;

Pede sejam regulamentadas as visitas a sua filha, estabelecendo-se dia e hora para as mesmas.

Instada a se manifestar, a Dra. Promotora de Justiça disse ser impossível a pretensão do autor. O pedido autônomo, como foi feito, de cônjuges separados de fato, não tem respaldo legal; a lei não acoberta a separação sem a chancela judicial. O pedido só tem cabimento como medida cautelar (Art. 888, inc. VII, do CPC), antes da separação judicial ou de corpos, ou incidentalmente no curso da ação. Opinou pela emenda à petição inicial – que o pedido seja formalizado em processo cautelar, adaptando-se às exigências do art. 801 do CPC, sem o que não poderá ser recebida.

Manifestação do autor (fls. 11/12) reforçando sua pretensão.

A representante do Ministério Público (fls. 13 vº) manteve o seu ponto de vista expendido anteriormente.

O Juiz (fls. 14), com base no parecer da representante do "Parquet" indeferiu o pedido.

Irresignado, o suplicante interpôs recurso apelatório objetivando a reforma da decisão. Nas razões de fls. repetiu os argumentos antes expostos, citando dispositivos legais e jurisprudência.

Pela confirmação do decisório, foi o parecer ministerial na primeira instância.

No segundo grau, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela reforma da decisão, nos termos do pedido do apelante.

É o relatório, em resumo.

VOTO

Não houvesse a nulidade por outros motivos, como mais adiante se verá, a sentenção recorrida teria de ser declarada nula, por defeito de forma.

Com efeito, o referido ato do Magistrado só contém o seguinte: "Adoto o parecer da douta Promotoria da Justiça e assim sendo indefiro a inicial".

É verdade que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. É o que dispõe o art. 459, parte final, do Cód. Proc. Civil. Entretanto, não se dispensam pelo menos os requisitos essenciais da sentença, ou seja, os nomes das partes e os fundamentos, bem como o dispositivo.

Mas a cassação da sentença se impõe, por lhe faltar juridicidade. O que se pode depreender de seus termos é que o Dr. Juiz extinguiu o

processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, ao entendimento de que a regulamentação de visitas não pode ser pleiteada em ação autônoma, e sim como medida cautelar, preparatória ou incidental.

Proferiu o dirigente do feito decisão sumária, sequer dando oportunidade de a parte emendar a inicial, hipótese aventada no parecer da Promotoria de Justiça.

Entretanto, decisão desse jaez não pode prosperar, por contrariar a melhor orientação. Aliás, é o que demonstra o lúcido parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, da lavra do Dr. Mauro de Freitas Corrêa, cujos fundamentos são a este incorporados, na forma do parágrafo único do art. 210 do Regimento Interno.

A título de ilustração, cabe trazer à colação o seguinte acórdão da 6ª Câmara do TJSP: "A lei também outorga ao Juiz a determinação de providências que acautelam o interesse do menor e, a bem deste, o Magistrado pode e deve regular a situação, quer tenha havido quer não a medida cautelar".

Nessa linha de raciocínio, é perfeitamente possível o acolhimento do pedido, que envolve medida provisional prevista no art. 888, inc. VII, do CPC, todavia sem necessidade de se exigir seja ela admitida exclusivamente como medida preparatória ou incidental. Em outras palavras, pode ser transformada, excepcionalmente, em medida-fim.

É certo que o acórdão invocado pelo apelante não se ajusta como luva ao caso **sub judice,** porque o fato concreto ali examinado difere do dos presentes autos. Entretanto, dada a analogia, alguns de seus fundamentos cabem ser para aqui transpostos.

Assim é que, como está consignado, naquele aresto, a medida cautelar, prevista no art. 888, nº VII, visa, na expressão de Sérgio Sahione Fadel ("Código de Processo Civil Comentado", vol. IV/335) resolver provisoriamente sobre a guarda e educação dos filhos, até que, na ação de desquite, ou em convenção entre as partes, se decida a matéria de modo definitivo.

Ademais, como bem salienta Washington de Barros Monteiro, "a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-só da natureza do pátrio-poder, de modo que pode ser confiada a outrem, ainda que estranhos" ("Curso de Direito Civil", vol. 2º, 13ª ed., p. 105), isto porque "quaisquer medidas que se tomem, porém, a respeito, revestir-se-ão de caráter provisório e a todo o tempo serão suscetíveis de modificação no interesse dos menores" (op. cit., vol. 2º/105).

Em outro tópico do citado acórdão, de novo é lembrada a lição de Washington de Barros Monteiro, eis que "de tudo quanto ficou ex-

posto dessume-se que a lei se ocupa exclusivamente dos casos em que houve desquite, amigável ou judicial''. Acrescenta, porém: ''Não se preocupou o legislador com a hipótese de mera separação de fato estabelecida entre os cônjuges. Nesses casos, separados de fato os cônjuges, preferência alguma assiste ao marido para ter os filhos em sua companhia. Tanto o pai como a mãe se encontram no mesmo pé de igualdade. Pode o Juiz dispor sobre a guarda pela maneira que julgar mais conveniente'' (op. e vol. cits., p. 211, **apud** ac. da 6ª CC do TJSP, de 27.5.75, **in** ''Jurisprudência Brasileira'' – Medidas Cautelares'', Ed. Juruá, vol. 2, ps. 338/9).

Face ao exposto, o apelo é provido para, cassada a sentença apelada, determinar ao Dr. Juiz **a quo** ordene a citação da ré e proceda aos demais atos processuais, decidindo a final como entender de direito.

Votaram, além do Relator, que também presidiu o julgamento, os Des. João da Silva Moreira e Fenelon Teodoro Reis.

Custas de lei.

ACORDAM os membros da Terceira Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo e lhe dar provimento para, cassando a sentença apelada, determinar ao Dr. Juiz **a quo** prossiga no feito e a final decida, como entender de direito, nos termos do voto do Relator, proferido na assentada do julgamento, acolhido o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ficando a este incorporado o relatório de fls.

Goiânia, 22 de agosto de 1985. Des. Lafaiete Silveira – Presidente e Relator.

3-PRONUNCIAMENTO

DESPACHOS

APOSENTADORIA – FUNCIONÁRIO NÃO FICA SUJEITO, AOS 70 ANOS, A AFASTAR-SE DO CARGO EM COMISSÃO – INEXISTÊNCIA **IN CASU** DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – A PROIBIÇÃO DE ACUMULAR PROVENTOS NÃO SE APLICA AOS INATIVOS QUANTO AO EXERCÍCIO DE UM CARGO EM COMISSÃO.

DESPACHO "A" Nº 1552/86

O presente processo já esteve a tramitar por várias vezes nesta Procuradoria-Geral, sem que se alcançasse, contudo, o exame conclusivo do mérito de sua matéria.

O ponto nodal da controvérsia está assentada na seguinte disposição:

> "A proibição de permanência no serviço público, na data imediata em que completar 70 (setenta) anos de idade, referida no art. 127, **caput** e seu item I, do Decreto-lei nº 147, de 13.3.70, se aplica também aos cargos comissionados de Delegado Municipal, mesmo na condição de inativo do Estado".

Preliminarmente, é de pôr-se em relevo que a regra jurídica mencionada na proposição acima transcrita diz respeito ao afastamento do exercício do cargo por parte do servidor que completar a idade-limite para a aposentadoria compulsória, que se dá aos 70 (setenta) anos de idade (Decreto-lei nº 147/70, arts. 122, II, e 127, I).

Qual se vê, o afastamento compulsório do funcionário dá-se somente para fins de aposentadoria.

Ora, o funcionário titular de cargo em comissão não pode aposentar-se voluntária ou compulsoriamente, até porque o ordenamento jurídico estadual não contempla essa possibilidade.

Despacho constante do Processo nº 555240/85 cujo estudo esteve a cargo do Assessor de Gabinete Dr. Wilder Tavares de Góes, Procurador do Estado de 1ª Categoria.

É bem certo que, no âmbito do universo legislativo estadual, vigia até recentemente o art. 57 da Lei nº 6.725, de 20 de outubro de 1967, segundo o qual só haveria aposentadoria em cargos de provimento em comissão nos casos de invalidez definitiva provocada por acidente em serviço ou por moléstia profissional.

Essa mesma regra acha-se, agora, repetida no recentíssimo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado-Lei nº 9.990, de 31 de janeiro do ano em curso – ao permitir a aposentadoria em cargo de provimento em comissão nos casos de invalidez definitiva, acidente em serviço ou moléstia profissional (Cf. art. 183).

Contudo, no âmbito do Decreto-lei nº 147, de 13 de março de 1970, que dispôs sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Policiais Civis do Estado, simplesmente inexiste previsão que autorize a aposentadoria do titular de cargo em comissão.

Não obstante isso, esta Procuradoria-Geral tem prefilhado entendimento segundo o qual, inocorrendo qualquer limitação ao direito de transferência à inatividade dos titulares únicos de cargos comissionados, o referido Decreto-lei nº 147/70 não poderia servir de obstáculo à aposentadoria do ocupante do cargo em comissão de Delegado de Polícia, como de resto a todos quantos exerçam cargos em comissão no quadro de pessoal da Pasta da Segurança Pública.

A meu aviso, trata-se, com efeito, de entendimento manifestamente equivocado e despossuído de juridicidade.

E isso porque todo ato administrativo, quando não tenha caráter discricionário, haverá de ater-se aos estritos limites da lei, autorizando expressamente sua prática. É o atendimento do chamado princípio da legalidade.

Nesse sentido, colha-se o valioso magistério do douto administrativista HELY LOPES MEIRELLES:

> "A **legalidade,** como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
>
> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da **lei.**
>
> Na Administraçao Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na adminitração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administraçao Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (in Direito Administrativo Brasileiro, ed. 3ª, 1975, p. 67).

Vê-se, assim, que, à falta de previsão legal autorizativa, segundo o conteúdo normativo a que se refere o já citado Decreto-lei nº 147/70, não será possível a concessão de aposentadoria, sob as suas variadas modalidades, a titular de cargo em comissão no âmbito da Secretaria da Segurança Pública.

Demais disso, o cargo em comissão, pela própria transitoriedade de seu provimento, revela-se inconciliável com o instituto da aposentadoria.

Aliás, o emérito PONTES DE MIRANDA, ao comentar o texto constitucional relativo à aposentadoria dos funcionários públicos, lucidamente adverte:

> "O art. 101 não apanha os funcionários públicos em comissão, ou em cargo de confiança que não podem ser incluídos, pelo tempo, na classe dos estáveis, pela contradição que haveria: "cargos de confiança, ou cargos de livre nomeação e demissão" e "estabilidade" (in Comentários à Constituição de 1967, tomo III, ed. 1973, p. 509).

De conseguinte, a permissibilidade constante do art. 183 do novíssimo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado deve ser abolida do universo jurídico estadual, por um irrecusável procedimento **de lege ferenda.**

Agora, voltando ao ponto central da consulta, vale dizer, se o funcionário titular de cargo em comissão deve ser afastado de seu exercício compulsoriamente ao atingir a idade de 70 anos, tem-se a ponderar que, à falta de previsão legal expressa nesse sentido (Cf. Decreto-lei nº 147/70), a Administração Pública há de reconhecer e permitir a integridade funcional do servidor comissionado mesmo após o atingimento desse limite de idade, até porque, como já se disse, todo ato administrativo, para sua efetiva e eficaz prática, há de contar com expressa autorização legal, em homenagem inclusive ao princípio da legalidade, a que todos, no Serviço Público, devem a mais irrestrita obediência.

Em suma: o funcionário não está obrigado, aos 70 anos, a afastar-se do exercício do cargo em comissão, não podendo, por isso mesmo, nele aposentar-se compulsoriamente.

Quando, porém, o titular do cargo em comissão já ostentar a situação de inativo, a lei traz pronta e definitiva solução.

> "A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados" (Constituição do Estado, art. 66, § 3º).

Tendo por orientado convenientemente a matéria, é de restituir-se o processo à Secretaria da Segurança Pública.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 17 de março de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
Procurador Geral do Estado

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAÇÕES DE HABILITADOS EM CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA LEI Nº 7.493, DE 17 DE JUNHO DE 1986 – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 19, § 1º, DA CITADA LEI.

DESPACHO "A" Nº 3090/86

A Secretaria da Saúde consulta a Procuradoria sobre a inteligência do artigo 19 da Lei 7.493, de 17 de junho de 1986, federal, que considera nulo de pleno direito o ato que proceda a qualquer forma de provimento, no período de 18 de junho de 1986 a 15 de março de 1987, excetuadas as situações previstas no seu parágrafo 1º.

Para a perfeita compreensão, é de transcrever-se em seu inteiro teor o citado artigo 19: "São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada e nenhum direito para o beneficiário os atos que, no período compreendido entre a publicação desta Lei e o término do mandato do Governador do Estado, importarem em nomear, contratar, exonerar **ex-officio** ou dispensar, transferir, designar, readaptar servidor público, regido por Estatuto ou pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ou proceder a quaisquer outras formas de provimento na Administração Direta e nas autarquias, nas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, instituídas ou mantidas pelo Poder Público dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou Territórios.

§ 1º – Excetuam-se do disposto neste artigo:

I – nomeação de aprovados em concurso público ou de ascensão funcional;

Despacho constante do Processo nº 1822845/86 cujo estudo esteve a cargo da Assessora de Gabinete Dra. Francisca Guilhermina di Guimarães Mello, Procuradora do Estado de 1ª Categoria.

II – nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança;
III – nomeação para cargos da magistratura, do Ministério Público, de Procuradores do Estado e dos Tribunais de Contas;
IV – nomeação ou contratação considerada imprescindível pela Justiça Eleitoral, para a realização de recadastramento eleitoral.
§ 2º – Os atos editados com base no § 1º deste artigo deverão ser fundamentados e publicados dentro de 48 (quarenta e oito) horas após a sua edição, no respectivo órgão oficial.
§ 3º – O atraso da publicação de Diário Oficial relativo aos 15 (quinze) dias que antecedem o prazo inicial a que se refere este artigo implica a nulidade automática dos atos relativos a pessoal nele inseridos, salvo se provocado por caso fortuito ou força maior".

Por conter disposições de aplicação cíclica, relacionadas com a época de realizações de eleições e o término do mandato do Governador, imbuídas do alto sentido de prevenção contra possíveis abusos administrativos, no período pré e pós eleitoral, a Lei 7.493/86 fixa normas orientadoras do procedimento da administração pública no tangente à sua política de pessoal.

Antes de responder-se aos quesitos formulados pela Secretaria da Saúde, é de fazer-se uma análise digressivo – interpretativa sobre os **atos** cuja prática foi vedada à Administração Pública, no período especificado.

De início, não paira dúvida sobre os conceitos **nomear** e **contratar.**

Nomeação é forma originária de provimento de **cargo público,** que, de sua vez, é aquele criado por lei, com denominação própria, número certo e remunerado pelos cofres públicos.

Contratação é o acordo tácito ou expresso, verbal ou escrito, correspondente a uma relação de emprego. A nomeação é um instituto submisso ao Estatuto dos Funcionários. E a contratação rege-se pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Ambas, porém, são formas de ingresso no serviço público.

No que tange à **designação**, significa ela a indicação para o exercício temporário de cargo vago ou cujo titular esteja afastado e, ainda, para funções de chefia, de assessoramento e de outros encargos determinados em lei que não justifiquem a criação de cargo público.

Outrossim, a readaptação a que se reporta o texto legal corresponde à reclassificação de cargos, sob quaisquer de suas modalidades. Sobre a readaptação por desvio de função, a que visa ao ajustamento

do servidor à função mais coadunante com sua capacidade física e intelectual ou com seus pendores vocacionais e que se opera por transferência, falaremos a seguir.

As demais formas de provimento previstas na legislação estatutária estadual são as seguintes: promoção, transferência, readmissão, readaptação, reintegração, aproveitamento e reversão.

Fastidioso e redundante seria o conceituar desses institutos jurídicos.

Todavia, impõem-se aqui duas observações necessárias.

A primeira delas tem pertinência **à readaptação**, que aqui é tomada no sentido de investidura do funcionário em função mais compatível com a sua capacidade física, intelectual ou vocacional, referindo-se por igual àquela decorrente do desvio de função. Distingue-se, por conseqüência, da que corresponde à reclassificação de cargos, mas ambas enfeixam-se na vedação legal.

A outra vincula-se com a reintegração. Teria a Lei 7.493/86 abrangência capaz de vedar os atos reintegratórios de servidores em cargos da Administração Pública, sem ferir princípios basilares do direito constitucional e administrativo?

Segundo o magistério do emérito administrativista Hely Lopes Meirelles, a **reintegração** é a recondução do funcionário ao mesmo cargo de que fora demitido, com pagamento integral dos vencimentos e vantagens do tempo que estava afastado, uma vez reconhecida a ilegalidade da demissão em decisão judicial ou administrativa. Como reabilitação funcional, a reintegração acarreta, necessariamente, a restauração de todos os direitos de que foi privado o funcionário com a ilegal demissão. Nessa reparação, entretanto, só entram as vantagens decorrentes do cargo, auferidas no âmbito administrativo.

Não se confunda a **reintegração** com a **readmissão** ou com a **reversão**. Na reintegração, reconhece-se que a pena de demissão foi ilegal, e, em razão desse reconhecimento, restauram-se todos os direitos do demitido, com o seu retorno ao cargo e o pagamento das indenizações devidas.

O instituto da reintegração tem assento constitucional. Constitui-se, outrotanto, um ato vinculado da administração pública, por meio do qual se corrige a ilegalidade instaurada com o ato demissório.

Quer decorra de um julgamento administrativo, quer se origine de sentença judiciária, a reintegração, caracteriza-se como um direito líquido e certo do funcionário, cujos efeitos retroagem à data da demissão.

Embora organicamente esteja situada no Estatuto Federal e no do Estado de Goiás entre as formas de provimento, a reintegração importa mais propriamente em uma recondução do funcionário ao cargo, do que em um provimento, em sentido específico.

Bem de ver-se, pois, é que seria contraditório, em face dos princípios jurídicos regentes da matéria, ter-se proibido um ato restaurador da legalidade e cujo controle escapa à vontade da autoridade administrativa.

Por último, há que se considerar o sentido teleológico da Lei 7.493/86, instituidora das proibições de provimento ora estudadas. Visou ela exclusivamente a coibir possíveis excessos das autoridades administrativas, nos períodos pré-eleitorais e nos finais do mandato de Governador do Estado.

Ora, dada a própria natureza do instituto da reintegração, impossível seria administrativa e juridicamente a sua utilização com os propósitos condenados pelo diploma federal.

Dúvida não resta, conclui-se, que a reintegração não se enquadra dentro das vedações traçadas pela Lei. 7.493/86 para o provimento de cargos, no período que especifica.

A par das vedações instituídas e vistas de passagem, a Lei 7.493/86 permitiu, todavia, a nomeação de aprovados em concurso público e para o exercício de cargo em comissão. Contemporizou-se também com o provimento dos cargos da Magistratura, do Ministério Público, de Procuradores do Estado e dos Tribunais de Contas, e, ainda, com a nomeação ou contratação considerada imprescindível pela Justiça Eleitoral, para a realização de recadastramento.

Feito esse estudo analítico-digressivo do inteiro teor da Lei, é de responder-se aos quesitos formulados pela Secretaria consulente.

Em síntese, quer a Pasta saber se, ao falar em **nomeação** de aprovados em concurso (art. 19 § 1º, item I), a Lei incluía nesse contexto a viabilidade também da **contratação**.

Isso tendo em vista a necessidade de recrutamento de recursos humanos para atender às atividades da OSEGO, sabendo-se que o Decreto nº 2.557, de 6 de fevereiro de 1986, que reestrutura o Quadro de Pessoal da Autarquia, impõe que a admissão seja feita mediante admissão de candidatos habilitados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Indaga, de outra parte, se o edital do concurso, o ato de sua homologação, e a respectiva contratação deverão atender às exigências do artigo 19, parágrado 2º.

Não se ignora que, ao excepcionar da vedação imposta pela Lei, a admissão de aprovados em concurso, o legislador, desavisadamente, usou apenas o termo "nomeação".

Sob pena de frustrar-se o sentido das ressalvas abertas pela Lei, não se deve entender por isso que estariam vedadas as **contratações** dos habilitados em concurso público, sobretudo em se considerando ser essa a forma de provimento nas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas e em grande parcela da administração direta.

Ao instituir a Lei 7.493/86, o legislador, atento ao propósito de evitar solução de continuidade nas atividades do Poder Público, mormente naquelas ligadas à prestação de serviços diretamente à coletividade, houve por bem abrir exceções à regra proibitiva de provimento, sem o que estaria a estrangular o seu regular e normal funcionamento.

Acentue-se que semelhante conclusão é uma inferência que se sustenta numa correta e inequívoca exegese do conteúdo da Lei, em sua inteligência, no objetivo visado, e no bom senso.

Inferir-se que a Lei desautorizara a "contratação" seria inclusive admitir-se o bloqueamento dos serviços considerados essenciais nos setores de **saúde**, ensino e pesquisa, cujo funcionamento fora preservado expressamente, como exceção à regra vedatória de contratar, até mesmo pela legislação revolucionária.

E o setor de **saúde** enquadra-se no serviço público essencial, que é aquele prestado diretamente à coletividade, visando à sua segurança e ao seu bem-estar.

Os serviços de segurança compreendem as atribuições próprias da polícia administrativa e da polícia judiciária.

Necessários ao atingimento do bem-estar social, exemplificativamente, são os serviços de saúde, ensino, saneamento, fornecimento de energia elétrica, comunicação, compreendendo esta a telefonia, o rádio, as rodovias, as ferrovias e as aquavias. Caracterizam-se como de idêntica natureza as atividades ligadas ao desenvolvimento econômico e à assistência social.

Para a instalação e manutenção desses serviços, jamais houve restrições à atuação da autoridade administrativa, até mesmo no período revolucionário.

À vista disso, pelos precedentes havidos em toda a legislação eleitoral pretérita, inclusive na revolucionária, e pelo bom senso que deve presidir à toda exegese de Lei, é de concluir-se que a omissão do termo **contratação** no item I, parágrafo 1º, artigo 19, deveu-se a um cochilo do legislador, e jamais à sua intenção manifesta, por todos os motivos já alinhados neste pronunciamento.

Desta forma, todos os atos que participam do teste competitivo, tais como edital, homologação e, por último, como conseqüência dele, o próprio contrato de trabalho, deverão atender às exigências previstas no parágrafo 2º do artigo 19 da Lei 7.493/86.

Entendo por respondida a consulta formulada.

Restitua-se o processo à OSEGO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 24 de junho de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
Procurador Geral do Estado

CONSELHO DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS – COMETIMENTO CONSTITUCIONAL – ÓRGÃO INDEPENDENTE E AUTÔNOMO, NÃO SE INTEGRA, VINCULA OU SE SUBORDINA AO PODER LEGISLATIVO OU EXECUTIVO – COLEGIADO EXCLUÍDO DO DISPOSTO NO ART. 12 DO DECRETO ESTADUAL Nº 2.526, DE 16.12.1985.

DESPACHO "A" Nº 492/86

O Conselho de Contas dos Municípios endereça à Secretaria do Planejamento e Coordenação expediente em que solicita sejam abertos créditos suplementares destinados a constituir reforço às verbas destinadas ao custeio e despesas com Material de Consumo e Equipamento e Material Permanente, sob a justificativa de que aquele órgão colegiado estaria excluído do disposto no art. 12 do Decreto estadual nº 2.526, de 16 de dezembro de 1985.

Solicitada a audiência do Departamento Estadual de Compras, órgão da Secretaria da Administração, a respeito da matéria, manifestou-se este contrariamente à abertura dos créditos suplementares, sob o argumento de que o Conselho de Contas dos Municípios é órgão do Poder Executivo, ficando, de consequência, ao abrigo da norma a que se refere o citado art. 12 do Decreto nº 2.526/85.

Frente, pois, a todas essas circunstâncias, a Secretaria do Planejamento e Coordenação pede o pronunciamento desta Procuradoria-Geral.

Despacho constante do Processo nº 1173065/86 cujo estudo esteve a cargo do Assessor de Gabinete Dr. Wilder Tavares de Góes, Procurador do Estado de 1ª Categoria.

Primeiramente, é de ter-se presente que o Conselho de Contas dos Municípios tem assento constitucional, segundo o disposto nos arts. 115 e seguintes da Constituição do Estado, quando àquele Órgão colegiado é atribuído o cometimento do controle externo da fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios, como ente auxiliar das Câmaras Municipais, tendo por matriz jurídica a norma constitucional a que se refere o art. 16 da Constituição da República, assim:

"Art. 16 – A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e controle interno do Executivo Municipal, instituídos por lei.

§ 1º – O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado **ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência".**

Está, pois, a ver-se que o Conselho de Contas dos Municípios, muito embora seja criatura legal do Estado, não integra o Poder Executivo nem a ele se vincula ou se subordina.

Tem, portanto, o Conselho de Contas a mesma situação jurídica dos Tribunais de Contas, com a única e simples diferença que aos Tribunais de Contas é cometida a atribuição e fiscalização financeira e orçamentária no âmbito da administração estadual, e o Conselho de Contas no da administração municipal.

Por isso mesmo, tudo que se disser a respeito da independência e autonomia administrativa dos Tribunais de Contas também se dirá sobre os Conselhos de Contas.

CASTRO NUNES tem as Cortes de Contas como **órgãos autônomos e independentes** e não como delegações do Parlamento. E, nessa ordem de idéias, sustenta que o instituto está entre os poderes, "a nenhum deles pertence propriamente, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo, com o qual mantém maiores afinidades" (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 25), **apud** M. SEABRA FAGUNDES, **in** O Controle dos Atos Administrativos, 4ª edição, 1967, p. 141.

Colha-se, a esse propósito, o douto magistério do administrativista HELY LOPES MEIRELLES:

"Inútil e ociosa se nos afigura a discussão sobre a qual dos Poderes pertence ou deve pertencer o Tribunal de Contas (diga-se o mesmo sobre o Conselho de Contas), pois como **órgão independente** não se subordina a nenhum deles, visto que a nenhum está hierarquizado, tanto assim que se auto-organiza e a todos controla na parte financeira e orçamentária, notadamente

na efetivação da despesa, por expressa determinação constitucional..." (**in** Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. V, ed. 1981, Rev. dos Tribunais, ps. 264/265).

De conseguinte, não se tem dúvidas em proclamar que o Conselho de Contas dos Municípios, à semelhança do Tribunal de Contas, é órgão independente, conquanto seja auxiliar e colaborador dos Legislativos e Executivos.

Nessa ordem de entendimento, estou seguramente convencido de que o Conselho de Contas dos Municípios, não obstante constituir órgão estadual, não integra a estrutura administrativa, quer direta ou indiretamente, do Poder Executivo.

Tanto é assim que a Corte de Contas dos Municípios tem suas contas apreciadas pela Assembléia Legislativa, consoante o disposto no art. 16, inciso VII, da Constituição do Estado, **in verbis:**

"Art. 16 – É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa:

. . . . . .

VII – apreciar as contas do Tribunal de Contas e do Conselho de Contas dos Municípios" (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 59/84).

Segue-se daí que o Conselho de Contas dos Municípios não está adstrito à norma de que trata o referido art. 12 do Decreto estadual nº 2.526, de 16 de dezembro de 1985, cuja redação é a seguinte:

"Art. 12 – No âmbito do Poder Executivo, exceto quanto às autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público Estadual, a movimentação dos elementos de despesas 3120.00 – Material de Consumo e 4120.00 – Equipamentos e Material Permanente, cabe ao Departamento Estadual de Compras – DECOM da Secretaria da Administração".

Portanto, do que vem de ser minudentemente exposto e considerado, o meu pronunciamento é no sentido de concluir pela absoluta e rigorosa procedência do pedido formulado pelo Conselho de Contas dos Municípios, segundo os termos do expediente de fls. 2/3.

Restitua-se o processo à Secretaria do Planejamento e Coordenação.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 30 de janeiro de 1986.

EVERARDO DE SOUSA
Procurador Geral do Estado

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI (EMENDA) CONSTITUCIONAL Nº 15 QUE ACRESCEU AO ARTIGO 63 DO ESTATUTO POLÍTICO LOCAL DISPOSITIVO (§ 3º) QUE FERE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

DESPACHO "A" Nº 3057/86

Acresceu-se ao art. 63 do Estatuto Político local o § 3º, via da Lei Constitucional nº 15, estabelecendo que o funcionário do Governo Estadual ou do Governo Municipal, e de suas autarquias, que exercer cargo em comissão durante cinco anos, ininterruptamente, ou dez anos, intercalados, terá o cargo de que é titular transformado no correspondente ao que estiver exercendo.

O preceito ora em foco eiva-se de indiscutível inconstitucionalidade, sob diferentes aspectos, além de imergir na atecnia.

Afronta a autonomia municipal, consagrada no art 15 da Constituição Federal, ao distender sua norma à matéria de exclusiva alçada da municipalidade

Viola a regra inscrita no art. 23, II, da própria Constituição do Estado que circunscreve à competência do Governador a iniciativa de leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, ou aumentem vencimentos.

A salientada transformação de cargo equivale, no fundo, a uma criação, majorando ainda a vantagem remuneratória, posto que, de uma forma geral, ao cargo em comissão se atribui melhor retribuição pecuniária do que ao outro cargo do qual o comissionado detém a permanente titularidade.

Despacho constante do Processo nº 1400-0251/85 cujo estudo esteve a cargo do Assessor de Gabinete Dr. João Sandes Filho, Procurador do Estado de 1ª CATEGORIA.

Dissidia do próprio § 2º do citado art. 63, que considera demissível **ad nutum** o ocupante do cargo em comissão.

Reportemo-nos, agora, ao caso versado nos autos, qual seja um professor invocando aquela preceituação, sob o alegar de que contara com um quinqüênio em cargo diretivo.

Aludamos, primeiramente, à estranha redação do texto: o funcionário exercendo cargo em comissão, durante o interregno estabelecido, terá o cargo de que é titular transformado no correspondente ao que estiver exercendo.

O cargo de Professor do peticionante seria transformado no cargo de Diretor, se ainda o exercesse, e na direção do estabelecimento de ensino ele deveria prosseguir em caráter permanente? Ou uma transformação dessa natureza operar-se-ia, em tese, no cargo de diretor, porém sem conferir permanência na direção?

Admitir-se uma ou a outra hipótese seria aberratório, porquanto trociscaria os mais elementares princípios de direito atinentes à espécie.

Defrontamo-nos, ante o evidenciado, com uma disciplinação incontroversamente inconstitucional, que desobriga, portanto, o Senhor Governador de acolhê-la, conforme o apregoar de sólida doutrina e vigorosa jurisprudência, como serão à frente mencionadas.

Em especializado trabalho, "ORIGENS DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS", Wilson Accioli de Vasconcelos cita Burdeau e seu "TRAITÉ DE SCIENCE POLITIQUE", no qual predica que esse controle é a conseqüência da supremacia da Constituição.

Manuseando-se "DA AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO" observa-se Alfredo Buzaid, com sua proclamada autoridade, destacar que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição, sendo que o conceito de inconstitucionalidade tem a virtude de abranger o de ilegalidade, que surge quando uma lei contraria outra, a que no sistema do direito público está subposta, para sobrecrescer:

> "A lei fundamental é a Constituição, que emana da vontade soberana do povo. Ela estrutura o Estado, discrimina as competências, confere direitos e impõe obrigações.
>
> Todos os poderes derivam da Constituição. Os atos e as leis são legítimos, desde que feitos nos limites dos poderes constitucionais. Sob esse aspecto, diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição; ela é direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição". (Obra referenciada, p. 46).

Colhe-se da lição quais as conotações inconstitucionais, as quais são rechaçáveis, quer quando se projetam direta ou indiretamente.

Imperioso que se as repila de pronto e se despermita sua aplicabilidade em quaisquer circunstâncias.

O inconstitucional sempre deve, assim, ser deixado à desconsideração, como irrefragável impositividade da própria tutela constitucional, que em seu sobrepairar hierárquico defenestra normas que lhe são hostis.

Vistas, exemplificativamente, predicações na esfera doutrinária, vejam-se agora no plano jurisprudencial:

> "Lei inconstitucional – O Poder Executivo não é obrigado a cumprir lei que considere inconstitucional". (Ac. STF, **in** Rec. Mand. Seg. nº 13.950, de São Paulo).
>
> "Leis inconstitucionais – Seu repúdio – Não sendo o repúdio às leis inconstitucionais privilégio do Judiciário, pode o Poder Executivo negar-lhe cumprimento ou agir em contrário ao seu comando". (Ac. do TJ do Rio de Janeiro, **in** Mand. Seg. nº 1.825).
>
> "Lei inconstitucional – Se a lei é inconstitucional nada impede ao Executivo negar-lhe aplicação". (Ac. TJ de São Paulo, **in** Mand. Seg. nº 128.062).

Aludamos, agora, por oportuno, à inusitada nomenclatura **lei constitucional**.

A Constituição Federal, ao tratar do processo legislativo, inscreve em seu art. 46 que ele compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares à Constituição, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos e resoluções.

Nossa Constituição Estadual, em seu art. 18, trata do processo legislativo como constituindo-o o elaborar de emendas à Constituição, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções.

Como se apercebe, refoge àquelas terminologias a chamada lei constitucional, como surgiu, além de outras, a Lei Constitucional nº 15, invocada pelo peticionante, sendo que essa intitulação passou a ser dada no plano local, por razões implausíveis, pois tal espécie não integra, conforme visto, o processo legislativo, quer no âmbito federal quer no estadual.

Impropriamente talvez se a queira ter como sinônima de emenda constitucional, o que, todavia, não resiste a qualquer análise, frente ao que se demonstrou.

Por seus aspectos intrínsecos e extrínsecos tenha-se, então, a Lei Constitucional nº 15 como uma emenda constitucional.

O magistral Pontes de Miranda ensina ao abordar a figura da reforma ou revisão constitucional:

"A reforma ou revisão pode ser total, se ao poder reformador (constituinte de segundo grau) é dado, no momento, mudar todas as regras jurídicas constitucionais, ou parcial, se só se lhe conferiu mudar alguma regra jurídica ou algumas regras jurídicas. Tem-se chamado à reforma parcial emenda, que é o termo de que se usa na Constituição de 1967, arts. 46, I, 47-49". (**Apud** "COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967", Tomo III, p. 129).

A emenda, por óbvio, embora emenda, atém-se também em subordinação à ordem constitucional, que lhe antepõe, assim, crivos restritivos para que não consurjam extrapolações.

Nelson de Sousa Sampaio, em sua obra "O PROCESSO LEGISLATIVO", ao dissertar sobre o controle de emendas inconstitucionais à Constituição, com propriedade aduz que não pode haver dúvida quanto ao cabimento do controle por violação dos limites materiais expressos e implícitos do poder de revisão constitucional (obra citada, p. 139).

Advém do exposto que não é somente a circunstância do reivindicante não haver completado um lustro no comissionamento, por dele haver se afastado, que obstacula a concessão do benefício, como assevera o Parecer nº 1.101/85, de fls. 28/30, da Procuradoria dos Negócios Administrativos, o qual, de conseguinte, desacolhemos parcialmente.

A denegação do benefício torna-se impositiva sobretudo em face de sua flagrante inconstitucionalidade.

Restitua-se o processo à Pasta da Educação, com o esclarecimento de que, não obstante as considerações ora expendidas, diligenciaremos, por outro lado, prontas providências conducentes à respectiva representação ao Supremo Tribunal Federal, atacando a prefalada regra, por sua dúplice insurgência: contra as Constituições Federal e do Estado.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 10 de junho de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
Procurador Geral do Estado

LICENÇA-PRÊMIO – SERVIDOR AUTÁRQUICO, SUJEITO A REGIME JURÍDICO DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, NÃO TEM DIREITO À LICENÇA – PRÊMIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE APLICAREM SUPLETIVAMENTE DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

DESPACHO "A" Nº 3064/86

Com o tecer das argüições englobadas às fls. 2/4, M. S., Servidor da Caixa Econômica do Estado de Goiás – CAIXEGO –, reivindica que se lhe conceda a licença-prêmio a que se julga com direito, averbando-se-lhe a seguir, em dobro, para efeito de aposentadoria, nos termos dos arts. 182 e 229 da Lei nº 4.100, de 6.7.62 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás –, que se encontrava, salientemos, vigente à data do pedido.

Inobstante agora viger o novo Estatuto, a que se relaciona a Lei nº 9.990, de 31.1.86, analisemos a espécie à luz daquele anterior diploma legal, pois sob seu pálio conotara-se a alegada situação, embora o atual não viesse demudá-la substancialmente.

O dossiê funcional do interessado está posto às fls. 5/6, sublinhando-se no mesmo, como se fossem pontos basilares respeitantes ao mérito da pretensão:

– ingressara na CAIXEGO ao tempo em que esta era de natureza autárquica;

– porém quando da transformação da entidade em empresa pública, ainda não havia completado um decênio em seus quadros.

Despacho constante do Processo nº 194557/85 cujo estudo esteve a cargo do Assessor de Gabinete Dr. João Sandes Filho, Procurador do Estado de 1ª Categoria.

Promovido esse ressalte, diga-se que o Decreto nº 181, de 6.9.73, transformou a então autarquia em empresa pública, calcando-se na Lei nº 7.640, de 5.6.73, autorizativa da alteração, cujo art. 7º é preceituante:

> "Art. 7º – Os servidores que, na data da publicação desta lei, pertencerem à autarquia a transformar-se poderão ser transferidos para o quadro de pessoal da CEEG, na forma que for estabelecida em decreto, que regulará igualmente o tratamento a ser dispensado aos não aproveitados".

Esse decreto estabelecente também da forma prevista no preceito ora transcrito é o próprio Decreto nº 181 e o peticionante teve seu aproveitamento conduzido pela Resolução nº 008/73.

Aluda-se, de permeio, à Lei nº 4.206, de 6.11.62, que criou a mencionada instituição de crédito, cujo art. 7º determinara a aplicação da legislação trabalhista ao seu pessoal, abrindo-se, por natural, excepcionalidade aos integrantes do Quadro Único do Funcionalismo do Estado, servindo transitoriamente à então novel entidade.

De sua vez, o Decreto nº 100, de 17.5.68, versante sobre o sistema de classifcação de cargos das autarquias e fundações, firmou em seu art. 5º o regime celetista para elas, de maneira que os servidores da CAIXEGO, já subordinados à CLT por disposição que lhes fora específica no citado art. 7º, passaram a ter reiterada essa subordinação pelo cunho genérico estatuído no art. 5º.

Esse decreto continuou sendo reportante apenas às fundações, posto que se operou sua derrogação quanto às autarquias, ao advir o Decreto nº 1.800, de 15.4.80.

Referencie-se, contudo, o Decreto nº 100, porquanto vigorava à época em que a CAIXEGO se tornara empesa pública.

O requerente busca como ponto de apoio de sua pretensão a norma contida no art. 46 desse decreto, preconizadora:

> "Art. 46 – Nos casos **omissos** deste **decreto** ou da **Consolidação das Leis do Trabalho**, aplicar-se-á supletivamente, aos servidores das autarquias e fundações estaduais, a legislação atinente aos funcionários civis da administração centralizada do Poder Executivo". (Grifamos)

O Decreto nº 100 não se configurou por omisso no aspecto da licença-prêmio, mas, inegavelmente, não a quis instituir.

Tampouco a CLT tivera omissão nesse particular, mesmo porque jamais em seu texto consagrou, em claro propósito, a figura daquele benefício.

Não há como se invocar, portanto, o transcrito art. 46, eis que o

servidor autárquico, sob disciplinação celitária, nunca teve direito à licença-prêmio.

Igualmente irrelevante a invocação do art. 335 da Lei nº 4.100, retroassinalada, pois a extensividade de que ali se falara cinge-se a aspectos surgidos de partes omissivas na legislação abrangente das categorias funcionais enumeradas e não para o que se deixou de instituir, como **in casu** a licença-prêmio, para servidores sob regime jurídico da CLT, a qual nunca, reitere-se, cogitou nem indiretamente de estabelecer tal vantagem.

Do exposto, o indeferimento do peticionado é imposto pela absoluta falta de fundamento legal e não só em decorrência do servidor, cuja situação funcional sempre se caracterizou por bem definida e regulada por regras bem precisas, não haver perfeito o decênio em anterioridade à enfocada transformação em empresa pública, como se aludiu às fls. 5/6.

É de se levar em desconsideração, por outro lado, o ponto de vista centrado no Parecer nº 1.747/85, da Procuradoria dos Negócios Administrativos, o qual, por despiciendo, desacolhemos por inteiro.

Restitua-se o processo à CAIXEGO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 16 de junho de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
Procurador Geral do Estado

PARECERES

FIRMA INDIVIDUAL – PESSOA FÍSICA – FORMAÇÃO DO CAPITAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI.

Firma Individual. Pessoa Física. formação do capital. Não incidência do ITBI. Sendo o comerciante individual uma pessoa física, da incorporação e desincorporação de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, do capital desta não surge a obrigação tributária a título de ITBI, por inocorrência do respectivo fato gerador. Inteligência do art. 36 e incisos do CTN.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Parecer nº 1213/86
Autor: Jaime Rosa Borges
Procurador do Estado *

O Sr. C. L. F. formulou, junto ao Instituto de Avaliação de Imóveis – INAI, consulta sobre se há ou não incidência do Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos na "desincorporação de imóveis da pessoa jurídica singular para pessoa física", conforme consta do respectivo requerimento de fls.

A Douta Assessoria Jurídica daquele Órgão, na pessoa do ilustre Dr. Jahyr Abrão Estrela, em substancioso parecer, embora reconhecendo que a consulta haveria de ser endereçada ao Departamento da Receita Tributária da Secretaria da Fazenda, opinou finalmente pela isenção do tributo na hipótese objeto da indagação então formulada.

Pois bem, o fato gerador do ITBI é constituído de três situações abstratamente contidas nos incisos I, II e III do art. 35, do Código Tributário Nacional. No inciso I está a hipótese de incidência alusiva à transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física; nos incisos II e III estão previstas, respectivamente, a transmissão e a cessão de direitos reais sobre imóveis.

Por outro lado, e por questão de política tributária, destinada a incentivar a criação ou o fortalecimento da empresa, em face da fun-

* *Atualmente, Juiz de Direito*

ção social a ela atribuída, o art. 36 do citado Diploma Legal estabelece que o imposto não incide sobre a transmissão dos bens imóveis ou direitos referidos no art. 35:

I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II – quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra;

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

A propósito das disposições legais supra, verifica-se, em resumo, que o imposto não incide, quer na transmissão de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos, quando a operação visar a formação do capital social da pessoa jurídica; quer na retransmissão ou devolução desses mesmos bens (imóveis), ou de direitos a eles relativos, desde que aos mesmos transmitentes iniciais: **art. 36, inciso I, e parágrafo único.**

Com efeito, observe-se que o legislador, ao enunciar os casos de não incidência, refere-se à **pessoa jurídica.** É para este detalhe que, desde logo, chamamos à atenção. A propósito, Aliomar Baleeiro:

"A interpretação deve levar em conta o objetivo da disposição, que pretende facilitar as incorporações e fusões, no pressuposto de que elas imprimem eficiência às empresas. O inciso do art. 36 do CTN refere-se apenas à pessoa jurídica, à sociedade". (Aliomar Baleeiro; Direito Tributário Brasileiro; 10ª ed./1985, p. 169; Editora Forense).

No caso, objeto da consulta a que ora respondemos, não se trata de pessoa jurídica, isto é, não se trata de desincorporação de imóveis do patrimônio de pessoa jurídica para o da pessoa física. É o que será demonstrado no correr desta fundamentação.

O Comerciante em nome individual, ou simplesmente o empresário individual, não é pessoa jurídica, juridicamente falando, mas sim, pessoa física, nos exatos termos do art. 2º do Código Civil. Aliás, neste sentido, Rubens Requião, ilustrando sua doutrina com julgados dos nossos Tribunais, assim registrou em seu "Curso de Direito Comercial":

"À firma individual, do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, chama-se também de empresa individual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empesário individual, **é a própria pessoa física ou natural,** respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação da firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do Direito Tributário, **somente para efeito do imposto de renda".** (Grifo nosso. Ob. cit.: 1º Vol. p. 64; 15ª edição, 1985; Editora Saraiva).

Naturalmente, que está se tratando, aqui, de norma de Direito Tributário, mas não de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, e sim de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Ademais, a legislação daquele imposto, o sobre a renda, dispõe que o comerciante individual equipara-se à pessoa jurídica. Ora, somente se equipara aquilo que não é. Veja-se, a propósito, que o Código Tributário Nacional, na seção dedicada ao imposto sob consulta, não estabelece tal equiparação. Saliente-se, ainda, tratar-se de norma de Direito Público, **cogens,** quando não cabe ao intérprete estendê-la a situações não envolvidas pelo legislador.

Reitere-se que o Código Tributário Nacional, ao dispor sobre as situações de não incidência, fala em **pessoa jurídica.** E por que somente refere-se à pessoa jurídica? Porque a pessoa jurídica, a sociedade, tem personalidade jurídica distinta da pessoa de cada sócio que a compõe: art. 20 do Código Civil. E o que é personalidade jurídica? É a aptidão da pessoa física e também da pessoa jurídica, desde que regularmente constituída, de adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, a pessoa jurídica pode adquirir direitos e contrair obrigações através de seu nome comercial (firma ou razão social ou denominação) independentemente dos direitos e obrigações adquiridos ou contraídas pela pessoa de cada um de seus sócios. Portanto, é perfeitamente possível que uma pessoa natural – física – para ingressar como sócio numa sociedade já constituída, ou mesmo em constituição, dê sua contribuição, quer ao aumento, quer à formação do capital social da sociedade, em bens imóveis ou em direitos reais sobre bens imóveis. Se isto ocorrer, a propriedade dos bens imóveis, com os quais o sócio ingressa na sociedade, passará da pessoa deste (pessoa física) para a pessoa jurídica (sociedade). Diga-se o mesmo em relação aos direitos reais sobre bens imóveis. Assim, não há dúvida que estará havendo transmissão de bens imóveis, ou de direitos a eles relativos, quer dos sócios ou terceiros à sociedade, ou desta aos mesmos sócios ou terceiros, a título de desincorporação (devolução).

Diante da fundamentação supra, não é possível, jamais, haver transmissão da propriedade de bens imóveis, para a formação do capital de firma individual, de uma pessoa não comerciante para essa mesma pessoa, agora considerada comerciante. Por outras palavras, é impossí-

vel a uma pessoa transmitir a propriedade de bens imóveis a si mesma, porquanto o comerciante em nome individual não é pessoa jurídica: a atividade comercial é exercida em seu próprio nome. Ora, a pessoa jurídica nasce da sociedade, isto é, da reunião de seres individuais, ou, excepcionalmente, do conjunto de bens destinados a um fim, a que se conferem os atributos da pessoa física na vida civil. À sociedade, regularmente constituída, seja comercial ou civil, a lei atribui a personalidade jurídica que é exercida através do seu nome comercial distintamente daquela conferida a cada pessoa dos sócios. Mas ao comerciante em nome individual a lei não confere dupla personalidade jurídica. Este pratica atos de comércio através do seu próprio nome, a teor do que dispõe a norma do direito privado.

Por outo lado, resta, nesse passo, assentar o verdadeiro conceito de fato gerador, para, ao final, demonstrar que no caso sob exame sequer ocorre o fato imponível alusivo ao imposto objeto da indagação então formulada.

A propósito, sabe-se que o fato gerador do tributo é constituído de duas situações distintas e sucessivas: uma abstrata, outra concreta. A primeira parte é a situação abstratamente definida em lei como hipótese de incidência; a segunda se dá com a realização ou acontecimento, pelo particular daquela situação já hipoteticamente definida em lei. Portanto, diz-se ocorrido o fato gerador com a realização ou acontecimento da hipótese de incidênca. Neste sentido, Ruy Barbosa Nogueira:

> "A lei tributária configura o fato gerador como sendo aquele elemento concreto que, vez ocorrido, tal como está previamente descrito na lei, dá nascimento à obrigação tributária.
>
> Portanto não basta apenas a existência da norma da lei descritiva do fato, mas é preciso que além da norma **in abstracto** e prévia, o fato previsto ocorra com todos os elementos descritos na lei". (Direito Financeiro (Curso de Direito Tributário); p. 44, 3ª Edição, Editora JOSÉ BUSHATSKY).

Pois muito bem, se o comerciante em nome individual não é pessoa jurídica, porquanto exerce o comércio em seu próprio nome e a lei não confere dupla personalidade a uma mesma pessoa, logo não se pode falar em transmissão de bens imóveis, a título de desincorporação destes, do patrimônio da firma individual para a mesma pessoa, cujo nome identifica-se com essa firma singular. Assim, não há dúvida de que a hipótese de incidência (transmissão de bens imóveis ou de direitos a eles relativos) não se realiza, não acontece concretamente, vale dizer, não ocorre o fato gerador, no caso do imposto sobre a transmissão desses bens ou direitos.

Portanto, se não há a ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária principal, por esta razão, não surge, não havendo necessidade de se invocar o benefício do art. 36 do CTN, porque a dispensa ali concedida pressupõe a ocorrência do fato gerador: somente se pode dispensar aquilo que é tributado.

Assim, em face de toda fundamentação supra, respondendo finalmente à pergunta feita pelo consulente, afirmamos que, na desincorporação de imóveis do patrimônio da firma individual para a mesma pessoa titular desta firma, não surge a obrigação tributária a título de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, pela inocorrência do respectivo fato gerador.

Todavia, salientamos que se a desincorporação do imóvel, do capital da firma individual, importar em sua transmissão à terceira pessoa, que não o próprio titular da firma, neste caso ocorre o fato gerador com base no art. 35, inciso I, do Código Tributário Nacional, e não se pode invocar a dispensa prevista no art. 36 do citado Diploma legal.

Sob censura, é o nosso parecer.

PROCURADORIA FISCAL, em Goiânia, 15 de abril de 1986.

LICITAÇÃO PÚBLICA – ANULAÇÃO DE CONCORRÊNCIA.

Licitação pública. Sua anulação quando o procedimento licitatório padece de graves irregularidades que o invalidam para a finalidade a que se destina.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Parecer
Autor: Everardo de Sousa
Procurador Geral do Estado

Pelo Edital de Licitação nº 003/85, a Superintendência das Obras do Plano de Desenvolvimento (Suplan), entidade autárquica, levou ao conhecimento público a abertura de concorrência para, sob o regime de empreitada por preço global, executar as obras de construção do "Hospital do Servidor Público do Estado de Goiás", nas áreas localizadas entre a Avenida Tocantins, ruas 30 e 4 e Avenida Paranaíba, setor Central, nesta Capital.

O edital, convocando os interessados para a apresentação de suas propostas e fixando as condições de realização da concorrência, obedeceu às exigências legais e regulamentares para a formalização do ato administrativo.

Participaram da concorrência, cujos trabalhos se iniciaram aos 28 de agosto p. findo, quatro (4) licitantes qualificados, entre os quais SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A, e a Comissão de Licitação, ao julgar as propostas, considerou como a mais oportuna e conveniente para a Administração a da CONSTRUTORA WISLING GOMES LTDA., dando-a como vencedora, por ter alcançado maior número de pontos na classificação.

Irresignada a isso, SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., que havia obtido a segunda classificação, recorreu do ato do Conselho Dire-

* *O insigne e douto Des. Everardo de Sousa foi Procurador Geral do Estado no período de 8/10/84 a 14/3/86.*

tor da Suplan, homologatório do resultado desse julgamento, para o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, à consideração de que a Empresa vencedora, WISLING GOMES LTDA., copiou, em pontos substanciais, de natureza técnica, assim plagiando, segundo a expressão mais usual, a proposta da recorrente, o que lhe teria garantido a primeira colocação no procedimento licitatório.

Precedentemente, SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. já havia se insurgido contra o julgamento da Comissão de Licitação, dele interpondo recurso para o Presidente do Conselho Diretor do órgão autárquico e conseguindo efeito suspensivo desse recurso, por decisão judicial, decorrente de uma liminar que lhe fora concedida, com essa exclusiva finalidade.

Por imposição da sistemática jurídica, como nem poderia deixar de ser, o precedimento licitatório assegura a igualdade de tratamento aos ofertantes, ou seja, dispensa o mesmo tratamento a todos aqueles que,sem discriminações nem protecionismo, reúnem condições para contratar e executar obras e serviços para a Administração.

Como bem observa J. CRETELLA JÚNIOR, a licitação processa-se segundo os princípios que regem a lei da oferta e da procura, para escolher, não o preferido, mas o que, objetivamente, faz a oferta mais vantajosa para a administração (''Curso de Direito Administrativo'', 6ª ed., p. 464).

Escusado será dizer que a melhor oferta há de cingir-se rigorosamente aos critérios estabelecidos no ato convocatório, devendo esses critérios ser levados em conta no interesse do serviço público, consoante estatui o Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967.

O sistema de flexibilidade da concorrência vale apreciada, assim quanto às condições dos editais como no confluente ao critério de julgamento.''A administração sempre se reserva certa discrição no fixar os critérios de apreciações das propostas, principalmente naqueles casos em que existe notória variedade e complexidade, nas obras a serem executadas (''THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE'', Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 10, ps. 205/206).

Mas, há que se considerar que a Administração para, com liberdade de ação, optar pela oferta que mais consultar aos seus interesses, não deve proceder com arbítrio, ao ponto de desdenhar o princípio da igualdade que preside às relações entre os licitantes.

Fácil certificar-se de que o instrumento de abertura da licitação, de que aqui se cogita, fixou, nitidamente, todas as condições exigidas para a formulação das propostas com a vinculação dos interessados às cláusulas nele estabelecidas.

Resta perquirir agora, à vista da documentação compendiada, se se ateve a Comissão de Julgamento, sem transigir, como lhe cumpria, às exigências preestabelecidas para a realização do procedimento licitatório, com a conseqüente eleição da proposta que reputou mais oportuna e vantajosa para a execução do serviço público.

A Empresa recorrente assacou uma grave acusação contra a CONSTRUTORA WISLING GOMES LTDA., sem, entretanto, apresentar, de pronto, prova concreta dos fatos articulados contra a empresa vencedora da concorrência e por forma a convencer seguramente a Comissão Julgadora da ocorrência do discutido plágio técnico a ela atribuído na formulação de sua proposta de licitante.

Por envolver essa acusação matéria puramente de fato, dependente, para sua apuração, de exame pericial, a própria Comissão de Julgamento poderia ter assumido a iniciativa, nesse sentido, propiciando à referida empresa oportunidade de roborar o alegado, ou adotando outras providências que se fizessem necessárias no sentido de resguardar a exemplar imagem do atual governo, que sempre se primou pela perfeita lisura e máxima correção no trato com a coisa pública.

Sem dúvida que a eleição da melhor proposta, conforme salienta MIGUEL REALE, com aplausos de ADILSON ABREU DALLARI, (''Aspectos Jurídicos da Licitação'',p. 105), está na dependência de um complexo de circunstâncias que escapam à capacidade de apreciação do julgador comum, caso em que ''é perfeitamente lícito à Administração solicitar laudos ou pareceres técnicos que auxiliem a avaliação das propostas''.

De igual sentir, HELY LOPES MEIRELLES, que, discorrendo sobre o assunto, aduz estas considerações:

> ''A Comissão Julgadora da Concorrência poderá ser assessorada por técnicos e até mesmo por outras comissões de especialistas, notadamente nos aspectos jurídicos, científicos, tecnológicos, econômicos e financeiros, freqüentes nas licitações de grande vulto e complexidade como poderá também obter laudos e pareceres esclarecedores das propostas em apreciação''.

Quanto ao julgamento, prossegue o tratadista, ''deverá ser consubstanciado em **ata** ou **termo,** com a transcrição integral ou resumida do relatório e conclusão da comissão julgadora, indicando os concorrentes desclassificados e os classificados, bem como os fundamentos e motivos da escolha, e, finalmente, a adjudicação do objeto da concorrência ao vencedor'' (''Licitação e Contrato Administrativo'', 3ª ed., ps. 71/72).

Mas, desatentamente, a Comissão não desceu ao exame da questão relativa ao plágio. Ignorou, simplesmente, a matéria enfocada, não na apreciando, como devia e se impunha, nem fundamentando, ao mé-

nos de leve ou razoavelmente, e a bem da moralidade administrativa, o seu julgamento, com indicação precisa da escolha da licitante classificada em primeiro lugar, segundo determina o art. 133, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200, de 27.2.1967.

Ora, deve-se ter sempre em vista que a justificação assume relevância jurídica para a valoração e eficácia dos atos administrativos, a fim de que não sejam interpretados como frutos da prepotência e do arbítrio.

> "Informando o ato a motivação dá-se ao certo disciplinação na categoria, clareando a vontade administrativa, explicando na origem devidamente como deve ser para em final afastar dúvidas que possam prejudicar o ato na sua execução". (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, **"Atos Administrativos", p.** 133).

Sem que assim se proceda, não é de se presumir o ato, é evidente, com foros de legitimidade para o alcance de seus desígnios.

É mui importante ponhamos tento em que aos membros da Comissão – e a mais ninguém – é que cabe, pela lei, como vimos, estudar as propostas e classificar os licitantes, emitindo juízo seguro sobre o exame a que procederam e agindo com acerto na valorização dos critérios de julgamento mediante justificativas escritas lançadas na ata da reunião e tendentes a afastar a possibilidade de irregularidades, equívocos ou erros na seleção da melhor oferta.

Também já realçado que a obrigatoriedade da justificação escrita decorre de mandamento jurídico inarredável, a cujo cumprimento não pode furtar-se a autoridade competente, sob pena de nulidade da decisão, consoante expressa determinação legal.

Não é ocioso nem demais repetir que, no procedimento licitatório **sub examen,** se impunha, obrigatoriamente, em virtude da importância e grandiosidade da obra, que a Comissão Julgadora, ao exercitar os diversos atos da concorrência, assim se orientasse e também expusesse as razões do seu convencimento, inseridas em atas ou termos, com rigorosa obediência aos princípios igualitários e aos fatores e circunstâncias que pudessem melhor influenciar e contribuir para o julgamento objetivo das propostas.

Vem de molde lembrarmos, com JOSÉ ROBERTO DROMI, que a licitação pública é um procedimento integrado "por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual" ("La **Licitación Pública", p.** 123).

De sorte que, no procedimento selecionador, sobre não ter havido obrigatória motivação fático-jurídica do julgamento, conforme as

normas positivas prescritas, para infundir-lhe credibilidade e legitimidade, não se praticaram os atos essenciais nas fases próprias, nem os divulgaram amplamente para possibilitar impugnações e recursos, nos prazos devidos, por parte dos licitantes interessados, no sentido de se obter a perfeita regularidade do procedimento da licitação que, conquanto vinculado, não se reveste de discricionarismo.

Como nota HELY LOPES MEIRELLES, a "ata deve registrar fielmente o ocorrido, notadamente as impugnações dos licitantes, os recursos oferecidos no momento, as deliberações da Comissão e os votos divergentes de seus membros. As atas assim lavradas passam a constituir peça integrante, na qual devem figurar no original ou cópia autenticada, para livre exame e fornecimento de certidão a qualquer interessado **(obr. cit. p. 135).**

Nada disso, porém, registrou a ata dos trabalhos do órgão julgador da concorrência, ata que pecou pelo laconismo e pela omissão das ocorrências que devia consignar, com clareza e precisão, pondo a Administração a salvo de desconfianças, dúvidas e reclamações quanto à lisura de seu proceder, em um ato público de tamanha envergadura e responsabilidade.

É certo que os membros da Comissão Julgadora se esforçaram por justificar ou para dar a conhecer os motivos que os induziram a eleger a proposta dada como vencedora. Fizeram-no, todavia, de forma irregular, a destempo, isto é, somente após a lavratura da ata de reunião e com viva surpresa para os demais concorrentes, que não tiveram conhecimento das pretensas justificativas. Estas nem mesmo mereciam levadas a sério, por não terem dado entrada no mundo jurídico da concorrência.

Ora, os proponentes não podem ser tratados com desigualdade, porque aos especificamente iguais, por força do princípio da isonomia, deve ser dispensado o mesmo tratamento, em face da lei.

Mais do que oportuno trazer à cita o que a respeito escreveu JOSÉ ROBERTO DROMI:

> "Otro de los presupuestos fundamentales del procedimiento de contratación, es que los sujetos concurrentes a una licitación tengan igualdad de posibilidades **en la adjudicación** de la obra, suministro u objeto del contrato de que se trate. Como ha dicho Jèze: "debe ponerse a todos los proponentes en pie de igualdad. Es la consecuencia de la competencia. No deve existir ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. Debe elegirse a quien le hace las mejores ofertas. La igualdad entre los competidores comprende, pues, dos

aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración". (obr. cit., ps. 136/137).

Igualmente se há de ver que, pelo nosso direito legislado, o procedimento da licitação é um conjunto, uma série de atos interligados com vistas a atingir um resultado objetivado. Todos esses atos, praticados nas fases próprias e vinculados por um nexo de causalidade, atuam num mesmo rumo e com um mesmo objetivo, para se atingir a meta desejada, que é o objeto de um contrato formalizado, tendente à execução da obra ou serviço para a pessoa jurídica interessada.

Cada fase do procedimento licitatório é estanque, distinta da que se lhe segue, de modo que os atos dessas fases devem ser praticados nas oportunidades propícias, sob pena de se operar a preclusão administrativa, que tolhe a possibilidade de modificação do decidido ou de não serem tomadas em conta as alegações ou impugnações tardiamente apresentadas.

Embora cada um dos atos do procedimento tenha a sua individualidade, não se pode negar que o único efeito jurídico a que esses atos visam produz uma conexão entre eles e os vinculam de tal forma que "cada ato pressupõe o anterior e o último pressupõe todos os demais". Di-lo bem ADILSON ABREU DALLARI, assim concluindo seu raciocínio:

> "A existência de um vício em qualquer dos atos formadores torna-o inepto para produzir os efeitos que lhe são próprios, acarretando a nulidade de todos os atos subseqüentes, pois, com o ato defeituoso, rompeu-se a relação casual" (Obr. cit., p. 133).

Ora, para se aquilatar, sem maior esforço e com toda a segurança, do desregramento e da ilicitude do procedimento licitatório, é suficiente mencionar que, a rigor, não houve julgamento das propostas, qual exige a norma federal, pois a Comissão de Licitação se cingiu, pura e simplesmente, a elaborar o quadro de classificação dos proponentes e a **sugerir** ao Presidente do Conselho Diretor da Suplan a homologação do resultado desse julgamento, sem relacionar os fatos com sua figura legal, não justificando cumpridamente a preferência pela concorrente indicada como vencedora, WISLING GOMES LTDA.

A denunciada retenção de uma via da proposta técnica de SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., quando da primeira licitação (nº 001/85), não foi esclarecida. Inexplicavelmente, deixou a Administração de se pronunciar sobre o extravio dessa proposta, fato que, para a firma concorrente, guarda íntima relação com o apregoado plágio.

Durante a reunião do julgamento, no dia 10 de outubro, um dos membros da Comissão, Sr. G. R. B. S., admitiu a coincidência de desenhos da parte técnica já levantada pela Empresa SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A.

Em sua obra citada (edição 1965), HELY LOPES MEIRELLES focalizou, com autoridade, matéria dessa natureza. E fê-lo, pondo em realce que as faltas éticas podem assumir as mais variadas e disfarçadas formas, merecendo destaque o plágio do projeto, que pode tipificar o crime de violação de direito autoral (Código Penal, art. 184).

Isso, de si só, seria mais do que suficiente para a imediata suspensão do julgamento já iniciado.

O fato incriminado do plágio técnico exigia maior atenção e exame mais percuciente, para afastar, de logo e definitivamente, qualquer dúvida, ou sobredúvida que se pudesse vislumbrar quanto ao bom nome de que desfruta, com toda a justiça, o atual governo e ao merecido respeito que lhe devota o povo goiano pelo seu correto modo de proceder na condução dos negócios públicos.

Adite-se, ainda, que, por decisão datada de 8 de outubro, foi mantida, pelo emitente Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, a medida liminar do juizado de primeiro grau, que atribuiu efeito suspensivo ao recurso administrativo da Empresa SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. contra o julgamento das propostas realizado pela Comissão de Licitação.

Nada obstante, sem que tenha sido apreciado e julgado, pela autoridade competente, o recurso administrativo de SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., a Administração deu pressa em homologar, qual homologou, por ato do Presidente do órgão autárquico, o julgamento das propostas realizado pela Comissão de Licitação, fato que se verificou no dia 10 de outubro, ou seja, em pleno período de vigência da providência cautelar que havia suspendido a operatividade do ato impugnado até a decisão do mencionado recurso administrativo.

Óbvio e indiscutível que a Comissão de Licitação, se não reconsiderou o julgamento impugnado, deveria ter remetido imediatamente o recurso contra ela interposto, conforme pedido da firma interessada, para o Presidente da Suplan, o que não ocorreu, lamentavelmente, de modo que dito recurso continua pendente de apreciação e julgamento na esfera administrativa.

Obscuridades nos pronunciamentos, dubiedade na forma de comunicação, cerceamento de defesa, enfim, uma gama expressiva de graves irregularidades maculou todo o procedimento licitatório, de tal modo que, desenganadamente, o invalida para a finalidade a que se destina.

Não se põem em dúvida a honorabilidade e a competência profissional dos membros da Comissão de Julgamento e do ilustre Presidente do Conselho Diretor da Suplan, que tem sido um auxiliar incansável e valoroso na execução de obras públicas do Governo.

Mas, convém pôr em ressalte que à Administração assiste o indeclinável dever de velar pela regularidade de seus serviços e pela legitimidade de seus atos, de arte que não pode fazer rosto ao primado da legalidade, procedendo com tolerância e transigindo com os princípios éticos e jurídicos na prática dos atos administrativos, maximamente em se tratando de concorrência pública.

Há de se considerar, também, a sábia advertência segundo a qual, em direito público, a regra imperante é que só se pode fazer o que é permitido, enquanto, em direito privado, a regra dominante é que se pode fazer tudo o que não é proibido.

Mesmo assim, após o julgamento das propostas e a conseqüente indicação do vencedor, seguiram-se a adjudicação do objeto da licitação e a homologação confirmatória desse julgamento, cujos atos culminaram com a imediata lavratura do contrato entre a Suplan e a ofertante dada como vencedora.

Cumpre ainda não relegar ao esquecimento que esses atos foram praticados ao arrepio de expressas disposições legais, com verdadeira surpresa para os dois outros concorrentes SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. e JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A., que, veementemente, reclamaram e protestaram contra os atos da Suplan, com a justificativa cabal de que o órgão autárquico subtraiu das concorrentes 4 dias do prazo total de 5 dias concedido para recurso, conforme disposição do art. 5º, parágrafo único, da Lei estadual nº 6.723 de 16.10.1967, e, como se isso não bastasse, ainda assinou no próprio dia 14.10.85, data em que tornou público o ato de homologação, o contrato com a Empresa WISLING GOMES LTDA. Qual ensina HELY LOPES MEIRELLES, "a homologação só pode ser feita após o transcurso do prazo para recurso (contra a adjudicação ou a classificação) e a decisão dos que forem interpostos, porque nessa oportunidade será confirmado, determinada a retificação ou anulado o julgamento das propostas", ou "todo o procedimento licitatório, se deparar ilegalidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação".

Daí por que o conhecido e acatado administrativista recomenda "que o recurso administrativo deverá ser recebido **sempre** com efeito suspensivo, para evitar homologações apressadas e sujeitas à invalidação pelo provimento do apelo hierárquico" (obr. cit., ps. 170/171).

Pelo visto, as firmas descontentes perderam a confiança na ação administrativa, pois já confugiram às vias judiciais, impetrando mandados de segurança, que tramitam perante a segunda Vara do Juízo dos Feitos da Fazenda Pública Estadual.

O que está certo e indene de dúvidas é que o ato administrativo há de corresponder necessariamente ao interesse público e se revista de manifesta legalidade para produzir os efeitos por ele visualizados.

Bem por isso, julgamento das propostas, com indicação e escolha do vencedor, seguido de adjudicação, homologação e contrato assinado, nada representa no contexto da concorrência pública, se despido de embasamento legal para a validade desses atos.

Ora, no caso presente, segundo já mostramos e remostramos, ocorreu evidente ilegalidade, viciando e invalidando todo o procedimento da licitação, por ostensivo descumprimento de normas cogentes da legislação pertinente, disciplinadora da matéria.

Pouco importa, pois, tratar-se de contrato já firmado com a Administração, uma vez que resultante, qual bastantemente demonstrado, de licitação irregular, destituída de eficácia e operatividade.

Dá-se que nem se acha o referido contrato administrativo convenientemente formalizado, conforme exige o art. 154 do Decreto 73.140/73.

Além de que, a validade desse contrato está condicionado ao seu registro no Colendo Tribunal de Contas, consoante se lê na cláusula 6ª, **in verbis:**

> "O presente contrato não entrará em vigor antes do seu registro no Egrégio Tribunal de Contas, não se responsabilizando a Suplan e o Ipasgo por nenhuma indenização à Empreiteira, se o registro vier a ser denegado..."

Logo, não se vislumbra, aí, está-se vendo, possibilidade alguma de existência de direitos subjetivos em jogo ou de situações pessoais merecedoras de atenção e respeito.

Nada impede, portanto, que, administrativamente, pela sua vinculação ao procedimento licitatório, o contrato para a execução da obra se considere igualmente anulado.

> "Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode invalidá-lo, tão logo se verifique a sua ilegitimidade. Para a anulação desses atos ilegais – não confundir com atos inconvenientes ou inoportunos, que rendem ensejo à revogação e não à anulação – não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, porque tais atos, sendo nulos por contrário à lei, não produzem efeitos subjetivos à sua manutenção. O essencial é que a autoridade que os invalidar

demonstre a nulidade com que foram praticados. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa (TJ-RJ-Ac. unân. das Câms. Cívs. Reuns., de 24.11.75 – **In** "Boletim de Jurisprudência ADCOAS" nº 43.108, p. 465).

Tal, em realidade, a jurisprudência assentada e predominante no Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na súmula 473, segundo a qual "a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios, que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos".

Ante situações que tais, em que os entrechoques de interesses e de ambições pululam, chegam ao auge e se exacerbam, no jogo incerto e às vezes sujo das disputas, a Administração deve pautar os seus atos dentro dos estritos termos da **legalidade e da moralidade,** para se pôr ao sobrenado de reflexo negativo na opinião pública e infundir confiança e respeito aos administrados.

Por tudo isso, e tendo em vista que a concorrência pública há de realizar-se sem flagícios aos princípios éticos e jurídicos e com obrigatória outorga de igual tratamento para todos os interessados, firmamos entendimento no sentido de ser anulado todo o procedimento licitatório, em face de comprovados vícios insanáveis que, evidenciando a sua ilegalidade, o invalidam, por inteiro, sem gerar direitos e obrigações entre as partes.

E essa anulação poderá dar-se por ato do Chefe do Poder Executivo, ao módulo do art. 138 do Decreto-lei nº 200/67, **expressis verbis:**

"É facultado à autoridade imediatamente superior àquela que proceder à licitação, anulá-la por sua própria iniciativa".

Anulado o procedimento em pauta, nova Comissão de Licitação, se assim entender a Administração, deverá ser constituída por técnicos especializados e também integrada por um representante da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil e de outro do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, para apreciação e julgamento das propostas dos concorrentes.

Ainda que se tenha como intempestivo o presente recurso, não vemos como proceder de outra maneira, **ao i n t e i r a r - s e das irregularidades que presidiram aos atos da concorrência, à vista de análise da documentação existente sobre o assunto, o atual, popular e incorruptível governo,** que nasceu sob o signo da fé e da esperança e do influxo ético, ínsito a toda administração honesta.

Tal, **sub censura,** o nosso Parecer, que temos a subida honra de submeter à superior consideração do Excelentíssimo Senhor Governador, através do Gabinete Civil da Secretaria do Governo, para onde determino seja remetido este processo.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 8 de outubro de 1985.

4-TRABALHOS FORENSES

CONCURSO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO DO CONCURSO – MANDADO DE SEGURANÇA – (INFORMAÇÃO EM M.S.).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR CELSO FLEURY, DIGNO RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA N. 1.373, DE GOIÂNIA.

Em atenção ao ofício nº 023/86-TP, firmado por esse eminente Relator, datado do dia 14 de abril em curso (14.4.86), tempestivamente, presto a Vossa Excelência, ao ensejo, na condição de Procurador Geral do Estado de Goiás e autoridade apontada como coatora, as INFORMAÇÕES que me foram solicitadas no expediente subscrito por esse douto Relator, necessárias à instrução do julgamento do Mandado de Segurança acima especificado, impetrado ante esse Egrégio Tribunal de Justiça por O. P. S. F., o que faço em defesa do ato acoimado de coator e sob os fundamentos de fato e de direito a seguir demonstrados:

1. **PRELIMINARMENTE**

1.1. **Indeferimento liminar do Writ**

1.1.1. Douto Relator, trata-se no caso, de Mandado de Segurança impetrado por O. P. S. F., candidato reprovado no último Concurso Público realizado por esta Procuradoria Geral do Estado, para provimento de cargos de Procurador do Estado, de 3ª categoria, em cuja petição inicial do **mandamus,** entretanto, o impetrante, nem sequer aponta, com clareza, qual o ato por ele tido como coator, assim como não escla-

INFORMAÇÃO preparada pelo Assessor Dr. Geraldo Gonçalves da Costa

rece, ainda, qual a autoridade que no seu entendimento teria praticado a violação do seu suposto direito, se o Exmo. Sr. Governador do Estado ou se o Procurador Geral que esta subscreve.

1.1.2. Ora, o Mandado de Segurança, como é de curial sabença, é uma ação de natureza especialíssima, estando, pois, a sua petição inicial sujeita a requisitos rigorosos, tanto da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (art. 6º), como também do Código de Processo Civil vigente (art. 282). Cabe, por isso, ao impetrante da segurança indicar, com clareza, entre outros requisitos, na peça vestibular, "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido" e, ainda, "as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados" (CPC, art. 282, IV e VI). Baseia-se, pois, o mandado de seguraça, na prova pré-constituída, posto que, em tal tipo de ação, não há lugar para a produção de prova no curso da demanda, como se verifica nas ações de procedimento comum, ordinário, devendo, destarte, a prova dos fatos já acompanhar a petição inicial do **writ**, sob pena do seu indeferimento (Lei nº 1.533/51, art. 8º).

1.1.3 No caso presente, conquanto tenha o impetrante alegado haver obtido a média no conjunto das provas escritas de cinco vírgula oito (5,8), cuja média, mesmo assim, não seria suficiente para a sua aprovação e ingresso na etapa seguinte do certame, de prova de títulos, uma vez que a média mínima exigida pelo Regulamento do Concurso, para tal, era de seis (6,0) pontos, não comprovou ele, como lhe competia, por certidão nos autos, de forma individualizada, as notas que obtivera, disciplina por disciplina a fim de ser apurada, extreme de dúvidas, a sua média real nas provas escritas. Limitou-se o impetrante, apenas, a mencionar o fato, sem a sua devida comprovação, por documento, quando o ônus da prova lhe cabia, nos termos do artigo 283, do CPC, aplicável à espécie, que prescreve, **in verbis:**

> "Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação".

1.1.4. Portanto, a prova das notas atribuídas ao impetrante, nas provas escritas, e que lhe competia produzir desde a petição inicial, posto que sempre estivera ao seu dispor, tanto que nada requereu, de conformidade com o parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 1.533/51, era necessária e indispensável, no caso, para o exame do seu suposto direito líquido e certo. Sobre a matéria, decidira, já, esse Colendo Tribunal de Justiça, em v. acórdão da lavra do eminente Des. LEÔNCIO PINHEIRO DE LEMOS, declarando:

> "Prova em MS. Mera alegação de fatos. 1. – MS – é necessária uma prova pré-constituída, sob pena de indeferimento da medida mandamental. 2. – Daí por que, mera alegação de fatos, que somente poderão ser comprovados através de instrução ordinária, não legitima o deferimento do **writ**, devendo o pedido ser, assim, preliminarmente indeferido, visto que somente o direito líquido e certo do impetrante, perceptível ao primeiro contacto com a postulação, pode ser acatado" – (Ac. unânime, do Egre. Tribunal Pleno, de 8.10.80, publ. no D. J. nº 8.497, de 31.10.80, à p. 6).

1.1.5. No mesmo sentido pontificou, ainda, o Egrégio Tribunal, em r. acórdão de autoria do culto Des. JOÃO CANÊDO MACHADO, proclamando:

> "MS. Prova pré-constituída. 1 – Em MS, a prova é pré-constituída. 2 – Não demonstrada, com a inicial, a existência de direito líquido e certo, indefere-se a segurança impetrada. Recursos apelatórios **providos**" (Ac. unânime, da 2ª C. Cível, de 2.5.80, publ. no D. J. nº 8.377, de 13.5.80, à p. 3).

1.1.6. Assim, preliminarmente, pede-se seja indeferida a segurança impetrada, por ausência de requisitos indispensáveis à peça vestibular, especialmente por falta da prova pré-constituída do direito líquido e certo do impetrante, relativamente às notas e médias por ele obtidas no certame, que pudesse ensejar o acolhimento de seu pedido, com a condenação deste ao pagamento das custas e despesas processuais.

2. NO MÉRITO

2.1. Se acaso descer o Colendo Tribunal ao exame do mérito do presente **writ**, tenho a informar a Vossa Excelência o seguinte:

2.2. O concurso a que se submetera o candidato impetrante fora inicialmente regulamentado pela PORTARIA nº 118/85, publicada no Diário Oficial/GO nº 14.743, de 27 de maio de 1985, em cujo REGULAMENTO estava prevista a realização de provas escritas e orais.

2.3. No artigo 10, do REGULAMENTO baixado pela PORTARIA nº 118/85, foi estabelecido o seguinte critério para a atribuição das notas:

> "Art. 10. Às provas escritas e orais se atribuirão notas de zero (0) a dez (10), considerando-se aprovado quem obtiver média cinco (5,0), pelo menos, em cada matéria e seis (6,0) no conjunto, computadas as frações decimais".

2.4. Conforme se vê pela dicção do dispositivo em exame, do REGULAMENTO do concurso, o critério para a atribuição de notas foi fixado de forma clara e sem margem para qualquer interpretação sofismática, como está a pretender o impetrante, ou seja, as notas seriam

dadas de zero (0) a dez (10), tanto nas provas escritas como nas orais. Mas só se consideraria aprovado o candidato que obtivesse nota cinco (5,0), pelo menos, em cada disciplina, isoladamente, e seis (6,0), como média, no conjunto das disciplinas que integraram a programação do certame, quais sejam, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito Tributário.

2.5. Quanto às provas orais, o critério foi o mesmo. Estabeleceu o parágrafo único do art. 9º do REGULAMENTO, assim:

> "Parágrafo único – Finda a argüição, far-se-á a somatória das notas dadas por disciplina, e se extrairá a média aritmética, que por sua vez se somará ao resultado da prova escrita, para se apurar o resultado final".

2.6. Portanto, é fácil a operação: as notas parciais de cada uma das disciplinas, nas provas escritas, seriam somadas, dividindo-se o resultado pelo número ou conjunto das disciplinas, chegando-se à **média aritmética** das provas escritas. Em seguida, far-se-ia a mesma operação, para as provas orais, somando a média aritmética destas últimas, com a média das primeiras. Esse resultado, se superior a seis (6), é que habilitaria o candidato à etapa seguinte, ou seja, à prova de títulos, para se chegar ao resultado final.

Como se vê, necessária era a obtenção da média seis (6), no mínimo, no conjunto das provas escritas e no conjunto das provas orais, para o ingresso do candidato à fase posterior da prova de títulos.

2.7. Contudo, visando, inclusive, facilitar o certame para os próprios candidatos, o então Procurador Geral do Estado, Des. Everardo de Sousa, através da PORTARIA nº 184/85, publicada no Diário Oficial/GO nº 14.806, de 26.8.85, houve por bem alterar o Regulamento anterior, eliminando do concurso as provas orais, ficando, apenas, na primeira etapa as provas escritas, e somente quem nestas obtivesse, no conjunto das disciplinas, média mínima seis (6,0) é que estaria apto a ingressar na fase seguinte, das provas de títulos, ficando mantido, não obstante, o mesmo critério, quanto ao cálculo da média e nota mínima, previsto no Regulamento anterior. A esse respeito dispusera o inciso II da PORTARIA nº 184/85, o seguinte:

> "II – À vista do disposto no inciso anterior, a nota final e a conseqüente classificação far-se-á com referência apenas às provas escritas e de títulos, **observados os critérios já anteriormente fixados"** (grifou-se).

2.8. Então, não houve nenhuma mudança de critério para a obtenção da média, como alega o impetrante.

2.9. Ademais, a PORTARIA nº 184/85, que eliminou a prova oral, fora publicada no mesmo DIÁRIO OFICIAL que divulgara a relação dos candidatos cujas inscrições foram deferidas (PORTARIA nº 185/85), entre os quais estava a do impetrante (nº 057), isto em 26 de agosto de 1985, quando, então, se irregularidade houvesse, no tocante à referida alteração, deveria o impetrante suscitá-la, tempestivamente, o que não foi feito. Ao contrário, submetera-se, ele, pacificamente, ao concurso, aceitando, pois, a alteração por ele agora atacada, tardiamente, e da qual inclusive se beneficiara. Portanto, se ato houvesse que devia ser objeto do **mandamus** seria a PORTARIA nº 184/85, à qual se sujeitara o impetrante, tanto que fizera o concurso sem a prova oral sem nadar alegar, só vindo agora questionar o fato, por ter sido reprovado e quando já se operou fatalmente a decadência do seu direito (Lei nº 1.533, art. 18) e sem qualquer interesse processual, posto que aceitou a alteração.

2.10. Em tais condições, inexiste, no caso, **direito líquido e certo** do impetrante. Tanto que este solicitara, administrativamente, por petição que se acha nos autos, a "revisão e reavaliação das provas que fez, notadamente do Direito Processual Civil e do Trabalho, de cujo reexame espera, no final, alcançar notas em graus mais elevados; pede, outrotanto, que se lhe declare apto a prestar as provas de títulos do certame". Ora, observa-se que o próprio impetrante, ao requerer a revisão de provas, confessou não se achar apto a submeter-se às provas de títulos, por insuficiência das notas que obtivera.

2.11. Assim, o indeferimento da pretensão do impetrante, constante do depacho firmado pelo meu antecessor, não violou nenhum direito seu. E quanto à alteração do Regulamento do concurso, que igualmente não causou qualquer prejuízo ao candidato impetrante, é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência o de que a administração é livre para estabelecer as bases do concurso, podendo alterá-las, quando lhe aprouver desde que o faça em igualdade de condições para todos os candidatos, como se verificou no caso presente. Sobre a matéria, preleciona o festejado administrativista HELY LOPES MEIRELLES, dizendo:

> "A administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público" (in DIREITO ADMINISTRATIVO, R. T., S. Paulo/1983, p. 358).

2.12. De outra parte, o que pretende o impetrante, com a segurança, outra coisa não é senão forçar interpretação fora da Regulamen-

tação do concurso, a que ele mesmo aceitara, para se chegar à etapa das provas de títulos, quando em verdade se acha ele irremediavelmente reprovado nas provas escritas, já que segundo o próprio impetrante afirmou em sua petição do mandado de segurança, obtivera ele apenas cinco vírgula oito (5,8) de média, quando o Regulamento exigia, para a aprovação, o mínimo de seis (6,0). Portanto, não há, no caso, qualquer violação de direito do impetrante. Nesse ponto é tranquila a jurisprudência pátria. Vejamos:

> "CONCURSO PÚBLICO – CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DOS CANDIDATOS – LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DO JUDICIÁRIO. A jurisdição não pode interferir na administração, ressalvado o que se refere à aferição de eventual ilegalidade do ato administrativo. Os critérios de aprovação ou reprovação nos concursos públicos escapam às atribuições do judiciário, que não se pode erigir, conforme frase feita e correntia, em examinador dos examinadores" (TJ-RJ – acórdão unânime, de 9.9.85, **in** BJA nº 5, ementa nº 106.173).

2.13. Aduz-se, pois, que no caso não apontara o impetrante qualquer ilegalidade dos atos praticados, que ele mesmo não se dignou a indicar, com precisão, apegando-se tão-somente aos critérios adotados para a aprovação ou reprovação dos candidatos, que fogem à apreciação do poder jurisdicional.

2.14. Ante o exposto, finalmente, no mérito, demonstrada a inocorrência de direito líquido e certo do impetrante e, via de conseqüência, também, a ausência de qualquer violação oriunda do ato ou atos praticados pela autoridade signatária, tida pelo impetrante como coatora e à vista da mais completa lisura e correção do concurso em referência, com os presentes informes, pede o ora impetrado seja negada a concessão da segurança, condenando-se o impetrante ao pagamento das custas e despesas processuais, de conformidade com a lei.

Goiânia, 22 de abril de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

CONCURSO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO DO CONCURSO – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO – (INFORMAÇÃO EM M.S.).

EXMO. SR.
DESEMBARGADOR JÚLIO RESPLANDE DE ARAÚJO
DIGNÍSSIMO RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.388, de Goiânia.

SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR:

Acusando o recebimento do ofício nº 3/86, datado de 28 de maio último e recebido nesta Procuradoria Geral do Estado a 30 do mesmo mês, no qual Vossa Excelência nos dá conhecimento do inteiro teor do respeitável despacho exarado nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo Dr. R. C. M., ao mesmo tempo em que nos notifica para, no decêndio legal, prestar as informações que reputarmos necessárias, vimos desincumbir-nos do dever pedindo-lhe mande juntar aos autos as seguintes razões:

1. Dada a existência de 20 vagas na classe inicial da carreira de Procurador do Estado (3ª Categoria), resolveu a Procuradoria Geral do Estado, devidamente autorizada pelo Senhor Governador, abrir concurso público para provimento dos cargos. O edital contendo o regulamento respectivo, baixado pela Portaria nº 118/85, foi publicado no Diário Oficial de 27.5.85.

2. Posteriormente, convencida de que as provas orais, previstas no regulamento, eram inconvenientes, à vista de quebrarem o salutar sistema de segredo quanto aos autores das provas, que torna as notas a eles atribuídas imunes a suspeitas de influências pessoais, deliberou

---

INFORMAÇÃO preparada pelo Procurador do Estado Dr. César Laboissiere Loyola.

suprimir referidos exames. Baixou, em consequência, a Portaria nº 184/85, publicada no D. O. de 26 de agosto de 1985 (documento juntado pelo impetrante sob nº 6).

3. A Procuradoria Geral do Estado, ao contrário do que alega o impetrante, agiu legalmente e imbuída dos melhores propósitos, na certeza de que a supressão das provas orais contribuiria, por óbvias razões, para maior credibilidade e insuspeição do concurso.

4. Sobre a perfeita legitimidade de se alterar o regulamento do concurso, discorre o administrativista HELY LOPES MEIRELLES:

> "Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após a sua realização. E assim, é, porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito que não obriga a administração a reaiizar as provas prometidas. Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado (Direito Administrativo Brasileiro, p. 389).

5. O Procurador Geral do Estado não teve qualquer ingerência no resultado do concurso. Limitou-se a homologá-lo, à vista de transcorrido regularmente. A coordenação das provas ficou a cargo de Comissão composta dos Procuradores do Estado de 1ª Categoria, Drs. Luiz Fernando Valladares Borges, João Batista de Oliveira e Paulo Crispim, sob a presidência do primeiro, pessoas merecedoras do maior conceito. Quanto aos examinadores, selecionados entre mestres de Direito e juristas de conhecida idoneidade e capacidade, foram: Direito Constitucional: Prof. Jônathas Silva; revisor, Procurador do Estado Wilder Tavares de Góes. Direito Administrativo: Prof. Carlos Leopoldo Dayrell; revisora, Procuradora do Estado Francisca Guilhermina Di Guimarães Mello. Direito Civil: Prof. Getúlio Targino Lima; revisor, Procurador do Estado Izidoro Gomes Pereira da Silva. Direito Processual Civil: Prof. Geraldo Gonçalves da Costa; revisor, Procurador do Estado Sílvio Mesquita. Direito do Trabalho: Prof. Luiz Francisco Guedes de Amorim; revisor, Procuradora do Estado Célia do Nascimento. Direito Tributário: Prof. Felicíssimo José de Sena; revisor, Procurador do Estado Cleanto dos Reis e Souza.

6. Cada prova, por conseguinte, teve dois corretores, e as notas foram atribuídas sem que se conhecesse o candidato a que se referiam. A maior isenção e total igualdade de tratamento.

7. Segundo o regulamento do concurso (Portarias nºs 118/85 e 184/85), para aprovação, era obrigatório que o candidato tivesse nota mínima 5 (cinco) em cada matéria e nota mínima 6 (seis) no conjunto.

O impetrante, segundo se vê dos autos, concorrendo com os outros candidatos em condições de absoluta igualdade, sem que os íntegros examinadores soubessem a quem estavam conferindo pontos, obteve o seguinte resultado:

D. Constitucional	– 5,25
D. Administrativo	– 8,35
D. Civil	– 4,75
D. Processual Civil	– 5,25
D. Trabalho	– 6,00
D. Tributário	– 7,00
Média	– 5,93

8. Verifica-se, portanto, sem nenhuma sombra de dúvida, que o impetrante, além de eliminado pela prova de Direito Civil, por si só bastante para reprová-lo, também não alcançou, no conjunto das matérias, a média 6 (seis) imprescindível à aprovação.

9. Relativamente à pretensão de revisão de provas, a Procuradoria Geral não podia deixar de indeferi-la, com base no parecer da Comissão Examinadora do Concurso, porque, não prevendo o regulamento do certame recurso contra o respectivo resultado, sua admissão importaria em ato de liberalidade que as circunstâncias não comportavam, especialmente porque iria colocar o recorrente em posição privilegiada ante os demais candidatos. Quanto a ele, o sigilo estaria quebrado e se concederia, nesse particular, vantagem vedada pelo regulamento. Deve-se frisar que o sigilo do nome do candidato, na correção das provas, é imposição do regulamento do concurso (Portaria nº 118/85), cujo art. 7º preceitua, com força de lei:

> "As provas escritas, **que serão corrigidas sob sigilo do nome do candidato..."**

10. Assim, é o sigilo do nome do candidato exigência regulamentar, que não se concilia com a admissibilidade de recurso contra a nota atribuída pelos examinadores.

> **"Quem, pela lei, é autorizado ao fim também o é a fazer valer** os meios necessários para consegui-lo; se o fim é vedado, também o são, igualmente, todos meios dirigidos a consegui-lo". (Tratado de Direito Civil – Da Interpretação e da Aplicação do Direito Objetivo, vol. III, p. 307 – Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho).

11. Desta forma, a interpretação de que a revisão de provas, depois da identificação dos respectivos autores, está vedada pelo regula-

mento do concurso sustenta-se nos princípios de hermenêutica.

12. Deve-se rechaçar, com veemência, a aleivosia do impetrante, o qual excedendo nas imputações injustas que formula, faz maldosa conexão entre o pouco número de candidatos aprovados e o projeto de lei que aproveitaria, na carreira de Procurador do Estado, aqueles que exercem idênticas funções sob contrato, no regime celetista. Ora, esse aproveitamento dar-se-ia na 2ª e 1ª categorias (classes intermediárias e final), continuando disponíveis as vagas colocadas em concurso.

13. Acresce considerar que a correção das provas não ficou nas mãos de um só. Em todas houve revisão por segundo examinador. A prova de Direito Civil, essa que inabilitou o impetrante, teve como corretores o Professor Getúlio Targino Lima e o Procurador do Estado de 1ª Categoria Izidoro Gomes Pereira da Silva, **este na qualidade de revisor.**

14. Prestados os esclarecimentos e dadas as justificativas da límpida conduta da Procuradoria Geral do Estado, na época dirigida pelo probo e eminente Des. Everardo de Sousa, resta-nos passar ao exame dos fundamentos jurídicos do Mandado de Segurança requerido, mostrando a sua inteira improcedência. Visa o **mandamus** aos seguintes objetivos:

A) Revisão, pelos mesmos examinadores, das provas de:

a. 1) Direito Processual Civil, para que seja atribuída nota à resposta dada à letra "a" da 1ª questão (fls. 57/63);

a. 2)Direito do Trabalho, para que seja atribuída nota correta à resposta dada à 3ª questão (fls. 69, 70 e 71);

a. 3) Direito Civil, para que sejam corrigidas e atribuídas notas à dissertação e às questões separadamente, isto é, questão por questão, para atribuição da nota final;

B) A recontagem de pontos; e

C) A exibição dos originais das provas de Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito Civil.

15. Já se demonstrou, linhas volvidas, não ser a revisão de provas, após a identificação, admitida pelo regulamento do concurso. Além de não prevista expressamente, como seria de rigor, o ato violaria a regra de sigilo dos nomes dos candidatos (Portaria nº 118/85) – Regulamento do Concurso).

A irrecorribilidade é comum e normal nos concursos para provimento de cargos públicos. Vejam-se os exames psicotécnicos, que sempre prestam os candidatos à magistratura.

Nem possibilidade de revisão há, em tais provas. A reprovação é irrecorrível. Igualmente ocorre nas provas orais. Inexiste possibilidade de revisão.

16. Destarte, para utilização do Mandado de Segurança, carece o impetrante de requisito fundamental: "direito líquido e certo". Nenhum dispositivo legal ou regulamentar lhe confere o direito que pretende exercer. Doutro lado, qual o ato ilegal increpado à autoridade dada como coatora? Em que pese ao esforço redobrado do impetrante, ilegalidade alguma conseguiu apontar.

17. Tanto é verdade não o haver conseguido que, no item 1. II da peça vestibular, recorre a um brilhante acórdão do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, onde se diz: "tanto é ato ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei **como o que viola a moral** da instituição ou se desvia do interesse público, **para servir a interesses privados de pessoal, grupos ou partidos favoritos da administração".** (Os grifos são do impetrante).

18. **Animus injuriandi** à parte, o trecho transcrito revela que o próprio impetrante, não encontrando **ilegalidade** ou **abuso** de **poder** a dar-lhe arrimo, passou ao terreno escorregadio das acusações levianas e absurdas.

19. A pretensão de que, mediante revisão, "seja atribuída nota à resposta à letra "a" da 1ª questão", de Direito Processual Civil, funda-se em mera suspeita do impetrante, ao entender, por juízo próprio, haver tal pormenor escapado à diligência dos ilustres examinadores. Tal não se deu, todavia, segundo provam as fotocópias que instruem a inicial. Toda questão, embora desdobrada em itens ou alíneas, recebeu somente uma nota de cada corretor, tirando-se a média.

Esse critério adotado no julgamento das provas de Direito Processual Civil, inclusive no caso referido pelo impetrante como divergente do seu, o do candidato O. A. R. Atribuiu-se, em ambos os casos, nota única às letras "a" e "b" da 1ª questão. Não houve omissão nem erro material.

No tocante à prova de Direito do Trabalho, pretende o impetrante **"seja atribuída nota correta à resposta dada à 3ª questão".**

Significa desejar, via do **writ,** que o egrégio Tribunal examine o mérito da resposta, considere errado o critério dos corretores, e **lhes determine aumento** das notas dadas. É demais.

Finalmente, pede, relativamente à prova de Direito Civil, "que sejam corrigidas e atribuídas notas à dissertação e às questões separadamente".

20. Verifica-se, bem se vê, que o impetrante confere ao Mandado de Segurança efeitos e virtudes que não possui. Haja vista, aliás, o que apresenta nos itens II.1, II.2, II.3 e II.4, da petição inicial, como fundamentos do pedido, os quais se restringem a "erros formais" e "erros

materiais" havidos na correção das provas, nem de longe comprovados, e ainda a "ausência de critérios" e "suspeita de existência" de erros para prejudicar candidatos".

O Mandado de Segurança, na visão do impetrante, é panacéia para todos os males imaginários.

21. Entretanto, aludido remédio heróico é de natureza restrita, destinando-se ao amparo de **direito líquido e certo**, definido com precisão pelo consagrado Hely Lopes Meirelles:

> "Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extenção e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.
>
> Quando a lei alude a **direito líquido e certo,** está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. Em última análise, **direito líquido e certo é direito comprovado de plano"**. (Mandado de Segurança e Ação Popular, p. 16).

De sua parte, a jurisprudência, inclusive do STF, mostra até onde vai a aplicação do **mandamus,** quando o assunto é concurso público:

> "Ação de Segurança. Não é adequada para versar questão pertinente ao critério pelo qual a banca examinadora reprovou candidato em concurso para provimento de cargo público, porque ausente nela um pressuposto da pretensão mandamental, que é o direito líquido e certo" RE nº 69.046-PR, Rel. Min. Antônio Neder, **in** R. T. J., vol. 74, p. 56).
>
> "A administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público". (**In** Direito Administrativo, R. T., S. Paulo/1983, p. 358).
>
> "CANDIDATOS – LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DO JUDICIÁRIO. A jurisdição não pode interferir na administração, ressalvado o que se refere à aferição de eventual ilegalidade do ato administrativo. Os critérios de aprovação ou reprovação nos concursos públicos escapam às atribuições do judiciário, que não se pode erigir, conforme frase feita e correntia, em examinador dos examinadores" (TJ-RJ – acórdão unânime, de 9.9.85, **in** BJA nº 5, ementa nº 106.173).

Frente ao exposto, prestando informações a Vossa Excelência, estamos certos de haver demonstrado quão injustas são as agressões do impetrante. O concurso público, a que se submeteu, rigoroso sem dúvida, primou pela perfeita lisura e legalidade de todos atos a ele inerentes. A denegação da segurança se impõe, **data venia**, por ser de direito e justiça.

Transmitimos a Vossa Excelência protestos de alto apreço e especial estima.

Goiânia, 3 de junho de 1986.

RÔMULO GONÇALVES
Procurador Geral do Estado

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

– A –

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – Carência de Ação contra o PROAGRO (A.C. nº 17.370 – Acórdão TJGO) 111

APOSENTADORIA – Funcionário não fica sujeito aos 70 anos a afastar-se do Cargo em Comissão (Despacho – PGE) 161

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTRATAÇÕES DE HABILITADOS EM CONCURSO PÚBLICO EM FACE DA LEI Nº 7.493, DE 17 DE JUNHO DE 1986 (Despacho – PGE) 165

– C –

CONCURSO PÚBLICO – Homologação do resultado do Concurso (Informação em M.S.) 205

CONCURSO PÚBLICO – Mandado de Segurança contra Ato do Procurador Geral do Estado (Informação em M.S.) 211

CONCURSO PÚBLICO – Mandado de Segurança Indeferido (M.S. nº 1.373 – Acórdão TJGO) 119

CONSELHO DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS – Cometimento Constitucional (Despacho – PGE) 171

CRIME DE IMPRENSA – Prescrição do direito de queixa (R.H.C. Vol. nº 3.475) – Acórdão TJGO) 123

CRIMEN Y CASTIGO (Antonio Beristain) 13

– D –

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (Licínio Leal Barbosa) 33

– F –

FIRMA INDIVIDUAL – Não incidência do ITBI (Parecer – PGE – Jaime Rosa Borges) 185

– I –

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI (EMENDA) CONSTITUCIONAL Nº 15 QUE ACRESCEU AO ARTIGO 63 DO ESTATUTO POLÍTICO LOCAL DISPOSITIVO (§ 3º) QUE FERE A C.F. E A C.E. (Despacho – PGE) 175

– J –

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE (Ag. nº 3.700 – Acórdão TJGO) ... 129

– L –

LANCENÇA-PRÊMIO – Servidor Autárquico sujeito à CLT não tem direito à Licença-Prêmio (Despacho – PGE) 179

LICITAÇÃO PÚBLICA – Anulação de Concorrência (Everardo de Sousa) 191

– M –

MANDADO DE SEGURANÇA – Concessão do **Writ** (M. S. nº 1.119 – Acórdão TJGO) 133

– O –

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ENTRE A ÉTICA E A EPISTEMOLOGIA (Luiz Fernando Valladares Borges) 53

O ESCRITOR E SUA PROFISSÃO: DIREITOS E DEVERES (Antônio Chaves) 69

O SUICÍDIO NO DIREITO PENAL COMPARADO (Geraldo Raul Curado Fleury) 85

– P –

PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL – Indeferimento do pedido (P. I. F. nº 10 – Acórdão TJGO) 141

– R –

RECURSO DE APELAÇÃO – É comportável contra as decisões definitivas, cabendo excepcionalmente contra decisões interlocutórias com força de definitiva (A Cr. Vol. nº 9.602 – Acórdão TJGO) 149

REFORMA AGRÁRIA E POLÍTICA AGRÍCOLA (Paulo Torminn Borges) 97

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS A FILHO – Poder e dever do Juiz de regular a situação (A.C. nº 16.942 – Acórdão TJGO) 153