

Tolerância, Razoabilidade e Proporção

Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres
Diretor Adjunto do CEDES

Todos sabem que os fatos da vida, depois que mergulhamos no universo profissional de julgador, passam pela peneira jurídica automática. Inevitavelmente, diante desta imposição do destino, com respeito a um episódio que me chegou às mãos por mero acaso, mesmo sob o risco de repetição, ousou submeter aos integrantes do CEDES as seguintes considerações.

Fatos:

Autoridades municipais, em 2001, instituem programas de promoção de atividades esportivas e socioeducacional para atendimento a crianças, idosos, deficientes e alunos de rede pública;

Federação vinculada ao estado, mediante procedimento que dispensaria licitação, por inexigibilidade, (art. 25, da lei nº 8.666/93), assumiu a execução dos projetos, utilizando-se de prestação de serviços de terceiros, cooperativas, contratadas através de convênios, cujos funcionários seriam apadrinhados políticos;

As entidades não poderiam executar os projetos, por terem objetivo de lucro;

Os prestadores de serviço trabalhavam em atividades administrativas e afastadas dos casos previstos em contrato, (professor de dança e judô, por exemplo), em secretaria de estado;

Os comportamentos, materializados em convênios seriam transgressores das normas contidas nos artigos 4º; 10, VIII e XIV; 11, II, da Lei nº 8.429/92;

Especifica-se cobrança irregular de taxa de administração; emissão irregular de notas fiscais; desvio de equipamentos; falta de prestação de contas;

As acusações de improbidade foram afastadas por prescrição. Responsabilização do agente, secretário municipal, signatário dos convênios, pela obrigação de ressarcir os danos causados (CRFB, art. 37 e § 5º), orçados em algarismos superiores a três milhões de reais;

Decisão de primeiro grau, forte na plena admissibilidade do pleito indenizatório, via de ação civil pública em defesa do patrimônio público, com dispensa de provas outras. O julgador, afastando o fundamento de improbidade administrativa, pelo efeito prescricional, prossegue, com esteio nas consequências decorrentes da responsabilidade, na forma prevista pelo art. 10, da Lei nº 8.429/92. O decisório reproduz contundente manifesto contra interpretações que não se acautelam com respeito à confusão conceitual entre ilegalidade e improbidade, que sempre leva, nas palavras extraídas de acórdão, repetido, a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos, e conduz, inevitavelmente, o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as preconcepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados. A citação vai ainda ao encontro do entendimento sobre a necessidade de atuação dolosa do agente e, quando se aventa hipótese de culpa, jamais com ressalvas na natureza subjetiva de responsabilidade, sendo de todo recomendável o redobro de atenção, para que, com a aproximação perigosa da responsabilidade objetiva por infrações administrativas, não se venham a cometer enganos.

Assim, atento o julgador a esses princípios, entendeu-se que, afastado o risco de equívocos, lavraram-se convênios de finalidade irregular; afastou-se a possibilidade de dispensa licitatória (art. 25, da Lei nº 8.666/93), por inviabilidade de competição. Julgou-se procedente o pedido, para condenar os réus ao pagamento de montante indenizatório.

O histórico que se engendra, a despeito de figurar de ação em aparente andamento (por isso, sem identificação das partes ou mesmo dos dados doutrinários e teóricos), na realidade, tem protagonizado muitos outros casos análogos, na moldura do capítulo da interpretação dos atos administrativos, perante as condições do cenário de gestão no Brasil.

Exame:

Ora os fatos são trazidos à opinião pública, como se observa de situações figurantes do noticiário de primeira página da imprensa nacional, ora no recôndito dos feitos desprovidos de

notoriedade, opta-se pela celeridade julgadora e, mesmo diante da cultura que envolve o direito administrativo pátrio, dispensa-se o estudo das questões, cuja natureza, como acima dito, exige exame mais acurado.

Para este caso, não parece consentânea com os propósitos de cautela acima reproduzidos, a dispensa de provas, visto que, como da própria fundamentação decisória se extrai, afastada a responsabilidade objetiva, e tratando-se de indenização por prejuízos infligidos ao erário, dança no ar o trabalho efetivamente prestado pelos contratados irregularmente e a dúvida sobre a que valor este bem (serviço efetivamente prestado) corresponderia. A irregularidade na emissão de documentos fiscais, por si só, não oferece a possibilidade excludente, como se não tivesse existido.

Aliás, o pensamento já se encontra sedimentado, em termos doutrinários e jurisprudenciais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO. INEXISTÊNCIA NO CASO DOS PRESENTES AUTOS. RECEBIMENTO IRREGULAR DE BENEFÍCIO POR SERVIDOR PÚBLICO. MÁ FÉ. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

1. A conduta discutida no presente recurso especial - aceitação de benefícios concedidos pelo então Prefeito Municipal de Catanduva (já falecido) a dois servidores do quadro de pessoal da municipalidade - diz respeito a ofensa ao art. 11 da Lei nº 8.429/92.

2. A esse respeito, é de ressaltar que, de acordo com a jurisprudência deste Sodalício, a configuração de conduta improba (SIC) na modalidade de violação dos princípios da administração pública exige a demonstração do elemento subjetivo consistente no dolo, ainda que genérico.

3. Não obstante, a análise do acórdão recorrido prolatado pelo Tribunal a quo revela que tão somente foi demonstrada a ocorrência dos elementos objetivos da conduta, sem que tenha havido nenhuma menção à existência de dolo por parte dos recorridos em aceitar os referidos benefícios.

4. Assim, não consignado que tenha havido o elemento subjetivo exigido para a configuração da conduta, e, ainda, não alegada a existência de omissão a esse respeito pela parte recorrente, inviável a subsunção da conduta investigada à Lei nº 8.429/92, sob pena de caracterização da vedada responsabilidade objetiva neste tema.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ. Agrega no REsp 1316928/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 23/04/2013)

Há quem identifique o pendor aristocrático e autoritário de qualquer amanuense nacional com as origens atávicas da composição imperial mandona dos primórdios portugueses.

Nos longos anos de nossa prática de servidor público, não foi uma, nem foram duas, as vezes em que assistimos a episódios curiosíssimos em que funcionários de guichê, ao impedir o que, mais tarde, viria a ser compreendido e ratificado como direito de petição, o fazia com um sonoro “não dou” (nem sabia exatamente o quê) à tentativa de protocolo de um petitório (ou não estava em papel almaço, ou lhe faltaria o famigerado selo).

A quem tiver paciência e interesse, recomenda-se a (re)leitura de “Memórias de um sargento de milícias”, em que, como catalizador das aventuras está o cargo público. Leonardo, espertalhão que se acomoda como sargento de milícias, gerado a bordo, entre a mais ocidental praia da Europa e o Brasil, filho de Leonardo-Pataca, meirinho de ócio garantido, e Maria da hortaliça, que retorna a Portugal em companhia de um capitão de navio.

Muitos de nós, ainda em pleno domínio das faculdades mentais (às vezes, faltos delas, não só por causa de senilidade), haveremos de rememorar termos sido “... Testemunhas oculares de duas mudanças de regime (*due cambiamenti di regime*). Estamos, pois em condições de avaliar (*siamo dunque in grado di valutare*) o comportamento da magistratura nessas crises, e, se sob a independência dos juízes, aquelas mudanças tiveram peso” (*abbiano avuto peso questi cambiamenti*). Lembrem-se de que “... As leis são fórmulas vazias (*le leggi son formule vuote*), que o juiz, aqui e ali, completa não só com a lógica, mas também com seu sentir. antes de aplicar uma lei, o juiz, como homem, é levado a examiná-la”; “... Vai aplicá-la, com maior ou menor fidelidade, aprovem-na ou a censurem sua consciência moral e sua opinião política. A interpretação das leis deixa ao juiz uma certa margem de escolha: entre essas margens, quem comanda não é a lei inexorável, mas o coração mutante do juiz” (*ma il mutevole cuore del giudice*).

Como se pode supor, pelas repetições do original, as assertivas são parâmetros retirados de *Elogio dei giudici* (eles os juízes vistos por nós advogados), de Piero Calamandrei - Adriano Salani Editore – Milano – 2013, pag. 213/214), em que o autor observa as relações (boas ou más) entre a justiça e a política.

Para nós e para os propósitos deste resumo, está o objetivo de lembrar a importância da figura do juiz e de sua indispensável participação no soerguimento da sociedade. Não são poucas as vezes em que nos surpreendemos com a demonstração inequívoca de que é a partir de concepções, destiladas por autoridades, que se tenta, consciente ou inconscientemente, destruir esta reputação. Há poucos dias um governante classificou a remuneração dos juízes como “privilégio da magistratura”. Não há necessidade de maiores comentários para a certeza de que os magistrados atuam com as dificuldades que os colegas italianos tiveram (e ainda têm), ao exercer seu mister entre fascistas e republicanos, entre direitistas conservadores e esquerdistas sonhadores. Some-se a isto a clamorosa judicialização administrativa, com que o poder se substitui ao Executivo e ao Legislativo, cujos integrantes nada fazem sem passar pelo crivo dos tribunais.

A obra de Calamandrei encontra certa resistência porque, muito citada e pouco lida, se utiliza de ironia. Como ironia, no palco gramatical, não tem ponto... Mas não haverá quem não entenda e a reconheça correntia a situação do advogado que aceitou defender “o filho do milionário, que dirigia a louca velocidade seu carro de corrida, (e) esmagara contra uma parede um transeunte que, pelos fatos, caminhava na calçada”.

Ao contratar o advogado, o pai especificou que o filhinho, um pouco irrequieto, mas no fundo um bom rapaz, não pode parar na prisão (...*um pò vivace, ma in fondo un buon ragazzo, non vada in prigione*). E como a advertir o advogado: “recorde-se, não se medem despesas...” (*avvocato, si ricordi: noi non guardiamo a spese*).

O profissional comprou o silêncio da família da vítima com uma indenização significativa pelo infortúnio da morte. Mas, como não poderia ser diferente, “a instrução penal continuou a andar, pelos seus próprios meios” (*che continua ad andare avanti per conto suo*), o que irritou o milionário – advogado, como já lhe disse, esta instrução que continua é uma vergonha. Faça entender ao juiz: a nossa família não mede

despesa (*la nostra famiglia non guarda a spese*). O advogado explica que o juiz não está a venda, é uma pessoa de bem. E o cliente indignado: entendi, entendi. O senhor não quer confessar: tivemos o azar de cair em mãos de um juiz criptocomunista (*abbiamo avuto la sfortuna de cadere in mano di un giudice criptocomunista*).

Não são poucas as vozes a repetir a historieta e a asseverar-lhe a veracidade nos dias de hoje, mesmo entre nós. Estamos a assistir ao pobre espetáculo da nomeação de julgadores, na Venezuela, para conter o bom sucesso da oposição. Sejam bons ou maus juízes, a nomeação como fato político deixa margem a riscos.

Entre a saraivada de balas dos detratores e a metralha das vicissitudes para o pleno cumprimento do dever, o Magistrado tem de dar conta de milhares e milhares de processos; morar em lugar adequado, livre de intempéries de segurança; vestir-se de modo especial, de acordo com o cargo, que o acompanha em qualquer lugar de frequência social; estudar, estudar, estudar e estudar, em permanente aprimoramento, diante de um cenário jurídico de constantes mutações; superar, com fidalguia, a estupidez intelectual dos poderosos. Embora assumida a possibilidade do risco de incômoda repetição, recordem-se que as classes menos votadas ainda respeitam a Justiça e nela confiam.

Esta ópera se desenvolve em muitos atos. Para a desfaçatez da imprensa internacional (a mesma que, de vez em quando, fabrica notícias: de certa feita, na minha adolescência, repórteres da revista time fotografaram uma barata, que eles mesmos puseram, sobre o braço de uma criança, para descrever a situação das favelas no Rio de Janeiro) se apresenta com eficiência malévola cada vez mais aprimorada acerca de nosso país: *“the courts treat suspects too harshly, and convicts too leniently”* ou os tribunais tratam os suspeitos muito duramente, e os condenados muito lenientemente.

Embora ninguém oponha dúvida sobre a indispensabilidade do principal instrumento dos meios informativos, em razão de conflitos comerciais e políticos, a Magistratura brasileira se vê diante de uma ameaça poderosíssima. Não só equívocos de jornais brasileiros, mas, ainda, desta máquina furiosa a serviço de regimes e governantes, muitas vezes, sem qualquer possibilidade de limites. É do mesmo hebdomadário, The Economist, 12 de dezembro, pag. 38, a assertiva irresponsável, na matéria *“Justiça esquisita” (Weird Justice)*: se o

Sr. Moro está agindo com alto poder de autonomia, é porque a lei brasileira confere poderes inusuais aos juízes. (...*if Mr. Moro is acting high-handedly, that is because brazilian law confers unusual power on judges*). Assim mesmo...

Assim, é mais do que previsível a existência de uma inclinação virtual de intimidação do julgador. Não somente de primeiro grau. Ainda noutro dia, um dos principais investigados desses processos estrepitosos, não se sabe a que título, esteve em “audiência”, com o chefe do Poder Judiciário nacional, que, a seu turno, sem a definição clara da “visita”, escancarou as portas e janelas, dando acesso a todo e qualquer à “entrevista”, que se revelou absolutamente inútil, agravada pelo tempo tomado do titular do poder.

Entretanto, e aí vai a razão deste lembrete, episódios como os que se descrevem no início do trabalho se multiplicam, ao estilo de caça às bruxas ou de se não foi você foi seu pai (*pater tuus, ille maledixit mihi*), sem que o julgador, submetido a terríveis pressões, de diversas origens, sequer tenha consciência deste constrangimento imposto pela opinião pública, a toldar-lhe o raciocínio. Não se deseja lobo que só condene, nem cordeiro que só admita. É a proporcionalidade do comportamento que possibilita o cumprimento da missão.

A missão do juiz não é de funcionário autoinvestido de um poder inexistente, para a prática material de injustiças. É de servidor, que detém o poder legítimo, como órgão do Estado, para dizer o direito e entregá-lo a quem o tem, como expressão mais límpida de Justiça. Além do conhecimento técnico do direito, tem de se esmerar no difícil estabelecimento da proporção entre o direito em si, a tolerância e a razoabilidade.

De vez em quando, o próprio ordenamento se ocupa de configurar o caminho para esse encontro. Vejam o caso da legítima defesa, a excluir ilicitude de comportamentos identificados como tipos penais (art. 23, do Código Penal); examine-se a expressa admissão do desforço físico, na defesa da posse (art. 1.210, do Código Civil); os créditos suplementares extravagantes do rigor orçamentário (art. 165, §8º, CRFB), já que o propósito desta contabilidade oficial é reduzir desigualdades inter-regionais.

Mesmo sem previsão legal, diante do fato (por isso, juiz não é mero funcionário, é órgão do Estado, art. 92, CRFB), o magistrado se

encontra diante daquela equação de proporcionalidade entre direito, tolerância e razoabilidade, o que o leva a prestar atenção no que o próprio julgador do caso descrito em linhas gerais (para não ser identificado) de inauguração ressalta, com base em julgado anterior: a falta de cautela, diante da confusão entre ilegalidade e improbidade, desanda a reflexão jurídica, embaça a visibilidade da lógica e da ética do raciocínio, convolando-o em preconceção vulgar, a produzir resultados nefastos.

Conclusão:

Não sei como se concluirá o recurso do feito que serviu de estímulo a estas linhas. Por questão de ética, pouco se me dá. Mas serve de guia para os pensamentos aqui lançados e expostos ao crivo dos integrantes do CEDES, que, ao ab-rogar pontificações, tem feito sua parte, na dissipação de angústias, no apoio intelectual e moral ao magistrado, que, com a certeza de que não está só, também, por sua vez, tem correspondido, com participação nos estudos e eventos, com grande proveito para o assentamento de conceitos, fixação de decisões, e, principalmente, para o aprimoramento da máquina judiciária, no exercício de sua função de fazer Justiça.