



Revista
da Procuradoria
Geral
do Município

Fortaleza
ANO I - VOL. I - TOMO I

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO	5
2. DOCTRINA	9
2.1. A OUTORGA ONEROSA DO PLANO DIRETOR DE SÃO PAULO: ÔNUS E NÃO OBRIGAÇÃO — Eros Roberto Grau	11/20
2.2. DO IMPOSTO SOBRE VENDA E VAREJO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS — IVVC — Alcides Saldanha Lima	21/31
2.3. EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO — Danilo Fontenele Sampaio ...	33/42
2.4. POLÍTICA DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO, REGIME CELETISTA E GRATIFICAÇÕES — Paulo Antônio de Menezes Albuquerque	43/48
2.5. LINHAS GERAIS DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL EXECUTIVA — Juvêncio Vasconcelos Viana	49/55
2.6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO SETOR PÚBLICO EMPRESARIAL FACE À CONSTITUIÇÃO — Mônica Rocha Victor de Oliveira	57/64
2.7. O MANDADO DE INJUNÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; ALGUMAS CONSIDERAÇÕES — João Carlos de Oliveira Uchoa	65/77
2.8. A AUTONOMIA MUNICIPAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 — Judicael Sudário de Pinho	79/105
3. PARECERES	107/185
4. TRABALHOS FORENSES	187/245

APRESENTAÇÃO

Desde quando, por iniciativa da atual Administração Municipal, foi a Procuradoria Geral do Município dotada de uma estrutura orgânica compatível com a importância de suas atribuições, crescente tem sido a contribuição de seus integrantes no que respeita ao cabal desempenho das atividades institucionais do órgão.

Seja pugnando em Juízo, em defesa dos interesses e do patrimônio público, seja tendo o permanente cuidado com o respeito integral à legalidade dos atos administrativos, seja, enfim, exercendo os encargos atinentes à consultoria jurídica, os Procuradores do Município — agora integrando carreira específica, à qual só se tem acesso pela via do concurso público — não se revelaram profissionais zelosos, dotados de reconhecida competência e extraordinariamente dedicados à causa pública.

Prova irretorquível do que aqui se afirma é a presente coletânea de artigos doutrinários, pareceres e peças processuais de sua autoria, enfeixados neste primeiro volume da **Revista da PGM**. Em todos os escritos é fácil detectar o brilho intelectual e a cultura jurídica de seus respectivos autores, assim como neles também se encontrará rico manancial de consulta a quantos lidem com o Direito Público, notadamente.

Não bastava tivesse sido a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza reestruturada, reequipada, dotada de uma nova sede ou enriquecida com a vinda de novos Procuradores aprovados em limpa e rigorosa seleção pública. Não seria suficiente que implantado já estivesse o sistema de controle informatizado de processo administrativos e judiciais. Nosso esforço não se completaria sem a edição da **Revista**, que com orgulho apresentamos à comunidade jurídico-científica.

E tudo o que até agora foi alcançado se deve, em verdade, ao irrestrito apoio sempre recebido do Exmo. Sr. Prefeito de Fortaleza, Dr. Juracy Vieira de Magalhães, a quem, por justiça, prestamos nosso preito de gratidão.

Valmir Pontes Filho
Procurador-Geral

A OUTORGA ONEROSA DO PLANO DIRETOR DE SÃO PAULO: ÔNUS E NÃO OBRIGAÇÃO

EROS ROBERTO GRAU

01. — O projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo institui coeficiente de aproveitamento não oneroso único para todos os terrenos contidos na Zona Urbana do Município, igual a 1,0, excetuados os contidos nas Zonas Especiais e ressalvados alguns casos.

Segundo o projeto, o Executivo poderá outorgar, nas Zonas Adensáveis, de forma onerosa, autorização para construir área superior àquela permitida pelo coeficiente de aproveitamento único, não oneroso.

Isso significa que a autorização de que se trata poderá ser obtida, dentro do limite de estoque de área edificável estabelecido pela lei, em regra contra o pagamento de valor em dinheiro ao Município.

02. — A instituição da outorga onerosa em questão não discrepa daquela que equacionou, em conclusão, a Carta do Embu, de 11-12 de dezembro de 1976: "É constitucional exigir, na forma de lei municipal, como **condição** de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua **substituição pelo equivalente econômico**"¹ (grifei).

A mesma **Carta do Embu**, aliás, explicitou que "admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional"².

Há, assim, paralelo evidente entre a outorga onerosa postulada no projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo e essas "compensações" que, nos termos da Carta do Embu, o criador de solo "deverá oferecer à coletividade".

03. — A entrega, pelo loteador à coletividade, de áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamentos urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, instituída pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é análoga à onerosidade da outorga em questão.

Assim, indagar do caráter jurídico dessa entrega compulsória é algo similar a indagar-se do caráter jurídico da onerosidade da outorga de que cogita o projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo.

Dúvida não resta quanto à caracterização de tal entrega como uma **condição** para o exercício do direito de lotear, ou seja, um **ônus** desse exercício.

04. — O que ora importa questionar é, precisamente, o caráter da oneração que o projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo visa a instituir.

Demonstrado que se trata, no caso, de um **ônus**, afasta-se a argumentação, equivocada, nos termos da qual constituiria, aquela oneração, uma forma tributária. Estas são dotadas de **caráter obrigacional**. Logo, se de **obrigação**, no caso, não se tratar — porém de **ônus** — por evidente não se poderá, no caso, postular a existência de oneração tributária.

Dedico-me pois, nas linhas que seguem, valendo-me de exposição que desenvolvi em outra oportunidade³, a expor as distinções que apartam as figuras jurídicas da **obrigação**, do **dever** e do **ônus**.

05. — Os vocábulos **obrigação**, **dever** e **ônus** são termos de conceitos técnico-jurídicos. De conceitos absolutamente determinados. Por isso se impõe, sempre, o uso rigoroso desses vocábulos, quando expressão dos conceitos técnico-jurídicos em referência. Não obstante, porque tais vocábulos são ambíguos, inúmeras vezes, na doutrina, são usados de modo indevido, comprometendo-se, com isso, tanto o pensamento claro quanto a expressão lúcida.

Importa-nos, assim, a enunciação das significações que expressam tais vocábulos na linguagem jurídica, enquanto termos de conceitos técnico-jurídicos.

06. — O termo **obrigação**, como adverte Manuel A. Domingues de Andrade⁴, é usado, em sentido amplo, na linguagem jurídica, como sinônimo de **dever jurídico**, ou como incluindo também a noção de **sujeição**. Cumpre-nos, pois, inicialmente, discernir os sentidos que se designam sob tais vocábulos.

A **sujeição**, na postulação de Carnelutti⁵, é a expressão subjetiva do comando jurídico, considerado no seu lado passivo, isto é, da parte de quem é comandado; significa necessidade de obedecer. Pelo lado ativo, o comando jurídico se realiza, enquanto expressão subjetiva, em poder. Está em situação de sujeição, pois, quem quer que esteja colocado no lado passivo, em relação àquele ao qual o comando tenha

atribuído um poder jurídico. Nela se situa, por exemplo, o mandatário, quando decida o mandante revogar a outorga expedida. O mandatário, em situação de sujeição, há de obedecer, suportando os efeitos da revogação.

Distinguindo a sujeição do dever, Carnelutti⁶ aponta que este é um vínculo imposto à vontade, ao passo que aquela significa impossibilidade de querer com eficácia.

O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito.

Aspecto fundamental, a aproximar a sujeição do dever — porque comum à essência de ambos — é o referido à circunstância de que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados. A consideração de tal aspecto adiante retornarei.

A **obrigação** — tomado o vocábulo em sentido estrito — supõe uma situação de **dever**, em que se coloca o devedor. Não obstante, é certo que o conceito de **dever** transcende o âmbito do direito das obrigações: há deveres jurídicos que não compreendem obrigação de nenhuma espécie. Assim, v.g., com relação ao dever, de todos, de abstenção da prática de condutas definidas como crimes⁷.

07. — O termo **obrigação**, como vimos, é em sentido amplo usado para designar o elemento passivo de qualquer relação jurídica⁸. Cumpre neste passo, pois, discernir o seu significado em sentido estrito, quando a palavra **obrigação** passa a constituir o termo próprio de uma classe de relações jurídicas — a obrigacional — que se coloca em paralelo à dos direitos reais, à dos direitos de família e à dos direitos de sucessão⁹.

Neste sentido, estrito, a obrigação consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação. A obrigação consubstancia um **direito relativo**, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Aí a distinção fundamental entre **obrigação** e **direito real**: este pode ser exigido erga omnes. De outra parte, diz-se também constituir,

a obrigação, um direito pessoal, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.

Qualquer que seja a concepção — monista ou dualista — que se adote em relação à obrigação, há de ser ela entendida como modalidade específica de **dever jurídico**. Apenas, no segundo caso, da concepção dualista, ao lado da sub-relação de dever (*Schuld*), remanesce outra sub-relação (*Haftung*), de **responsabilidade**, que coloca o devedor em situação análoga à de sujeição.

Podemos, pois, ter que — tal como no **dever** — na obrigação, o cumprimento da prestação, pelo devedor, importa atendimento de interesse alheio, isto é, do credor. O descumprimento da prestação, por outro lado, é juridicamente sancionado.

08. — Atribui-se a Brunetti a primeira teorização a respeito do **ônus**¹⁰. Inicialmente, em seu *Il delitto civile* (1906), a seguir em seu *Norme e regole finali nel diritto* (1913), Brunetti postula o entendimento de que nem todas as normas jurídicas têm caráter imperativo. Segundo ele, há uma categoria delas — a das normas finais — que disciplina de modo não imperativo a conduta humana¹¹. Segundo Bobbio, tais normas são precisamente os imperativos hipotéticos ou normas técnicas de Kant¹². Ao seu descumprimento é conseqüente não a aplicação de uma sanção jurídica ao sujeito, mas o não alcance de um determinado fim pretendido pelo sujeito. No caso, a norma final, segundo Brunetti, estabelece o que ele denomina um **dever livre**, distinto do dever que resulta imperativos propriamente ditos.

A teorização de Brunetti, que leva à construção da noção **ônus**, foi abandonada, em parte em razão de ter sido inadequadamente estendida a hipóteses às quais não se pode amoldar, tais como a das relações de natureza obrigacional. É óbvio que, aí, não cabe qualquer alusão a **dever livre** ou **ônus**, visto como o sujeito que cumpre a prestação obrigacional não o faz para evitar as conseqüências do inadimplemento, mas age na conformidade de uma imposição normativa. Daí por que, aliás, a expressão **dever livre** é contraditória: a noção de **dever** supõe atuação no interesse alheio; por isso

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 11/20 Jun. 1992

que o sujeito passivo do dever está por ele vinculado e dele não pode dispor, como se estivesse ele referido ao seu próprio interesse¹³.

É exato, porém, que Von Tuhr¹⁴ apontava o fato de a palavra **dever** ser usada sem grande precisão técnica, nos casos em que a lei condiciona a um ato a aquisição ou perda de um direito. E toma dos exemplos do "dever", que tem o lesionado, de evitar ou minimizar o dano e do "dever", que tem o credor, de denunciar seu crédito em caso de concurso de credores. A realização de tais atos, todavia — argumentava Von Tuhr — não é expressão do cumprimento de um **dever**, mas sim de incumbências (*Obliegenheiten*) que cabem ao sujeito. O cumprimento de tais "deveres" consubstancia gestão de um interesse pessoal, para que se evite a perda de um direito.

Este, precisamente, o ponto fundamental desde cuja colocação se torna possível a completa compreensão da noção de **ônus**.

09. — Foi Carnelutti, no entanto, quem de modo mais completo colocou as linhas acabadas da noção de **ônus**. Segundo ele, falamos de **ônus** quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o **ônus** é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse¹⁵. E esclarece: **dever** e **ônus** têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de **dever**, no interesse alheio, e, tratando-se de **ônus**, para a tutela de um interesse próprio¹⁶.

O **ônus**, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do **dever** — e da **obrigação** — que consubstancia vínculo imposto àquele mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do **ônus** não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do **dever** — ou da **obrigação** — acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do **dever** é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo **ônus** é do próprio sujeito vinculado.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 11/20 Jun. 1992

Define-se o ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com consequências que lhe serão prejudiciais¹⁷. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito¹⁸.

Carnelutti retorna à distinção entre **dever** e **ônus** ao colocar as noções de **ato devido** e **ato necessário**¹⁹: ato devido é aquele que o direito objetivo impõe na tutela de interesse alheio; ato necessário, o que o direito objetivo exige de quem quer conseguir um certo fim, correspondente ao seu próprio interesse. No primeiro caso, o **dever**; no segundo, o **ônus**.

10. — Dos ônus — ou incumbências — trata a doutrina alemã, sob a designação de **Obliegenheiten**. A exposição de Karl Larenz²⁰, a propósito delas — que passo a reproduzir — é extremamente expressiva. Os **Obliegenheiten**, segundo ele, devem ser distinguidas dos deveres jurídicos, **Rechtspflichten**. Aquelas correspondem condutas cujo cumprimento se verifica basicamente no interesse daqueles de quem foram elas exigidas. Podemos referi-las, segundo Reimer Schmidt, como deveres de menor intensidade ou, segundo Enneccerus-Nipperdey, como encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento. O característico é que o ordenamento jurídico, neste caso, deixa o sujeito livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, na hipótese de não-cumprimento da exigência, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Essa sanção mais amena geralmente consiste na perda de uma melhor posição jurídica ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Disso se deduz que há distinção entre o descumprimento da **Obliegenheit** e o descumprimento de um dever. O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da **Obliegenheit** como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vinculada pela **Obliegenheit** deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com uma certa desvantagem jurídica, sem que ninguém possa porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 11/20 Jun. 1992

11. — Postas tais noções, poderemos distinguir de um lado o **dever** — e a **obrigação** — como vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica; de outro o **ônus**, como vínculo imposto à vontade do sujeito como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos²¹.

A lei que estabelece o ônus não impõe a adoção de uma conduta pelo sujeito a ele vinculado, isto é, não **fixa dever** de conduta. Por isso não é **dever**; não se confunde nem com o **dever**, nem com a **obrigação**. Ao sujeito por ele vinculado não se impõe a adoção da conduta definida pelo ônus; resta-lhe a opção de não cumpri-la, se para tanto desistir da obtenção ou conservação de um direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, todavia, há de necessariamente adotar aquela conduta, cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação.

Fábio Konder Comparato²² exemplifica com a necessidade, no direito francês, de, no contrato de seguro, o segurado informar ao segurador, assim que tiver conhecimento do evento ou o mais tardar cinco dias após esse conhecimento, a ocorrência de qualquer sinistro objeto da garantia do seguro. E com o disposto no art. 1.134, 3, do CC Francês: "les conventions doivent être exécutées de bonne foi". Giuseppe Lumia²³, com as formalidades relativas ao casamento: ninguém tem a obrigação de casar-se, mas quem desejar contrair matrimônio válido há de suportar o ônus de cumprir as formalidades que a lei prevê para que se realize um matrimônio válido.

Visualizando hipóteses nas quais o objeto do **ônus** configura prestações de dar — a **caução** para participação de licitação pública e o antigo **depósito compulsório** para viagem ao exterior — teremos que ninguém está juridicamente compelido a participar de tais licitações ou a viajar ao exterior. Se, porém, alguém pretender fazer uso de tais direitos, ficará sujeito — mas tão-somente neste caso — ao pagamento da **caução** ou do **depósito**. Em ambas as hipóteses estamos diante de ônus que compreendem prestação de dar. O seu cumprimento respeita à satisfação não de interesse alheio, mas dos próprios sujeitos vinculados pelo ônus. O não-cumprimento do ônus não consubstancia ilícito e, portanto, não

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 11/20 Jun. 1992

importa a aplicação de sanções jurídicas àqueles sujeitos. O único efeito decorrente daquele não-cumprimento se expressa em termos de desvantagem decorrente da impossibilidade de participação na licitação e da viagem ao exterior. Os sujeitos em questão, vinculados por ônus, nem por isso estão compelidos ao pagamento da prestação de dar (a) e à participação em licitação ou à viagem ao exterior (b).

Insisto em que inteiramente diversas destas são as situações em que se colocam sujeitos vinculados por **dever** (dever legal) ou por **obrigação** (dever obrigacional). Toda a gente está judicialmente compelida a não turbar a propriedade alheia — aí um **dever**. Quem quer que contrate com outrem, estando na situação de devedor, está juridicamente compelido a cumprir o objeto da obrigação; quem quer que desenvolva atividade econômica sujeita a tributação está juridicamente compelido a pagar imposto, a partir da formalização do lançamento conseqüente à verificação do fato gerador — aqui, nestes dois últimos casos, a **obrigação**, contratual e tributária. O mesmo, também, ocorre na hipótese de obrigação tributária que tenha por objeto o pagamento de taxa. Nela, o sujeito deve usar um determinado serviço público — mesmo porque os remunerados por taxa são serviços públicos compulsórios — ou desenvolve atividade sujeita ao poder de polícia. Caracterizado aquele uso ou o exercício de tal atividade, surge a **obrigação** de pagamento da taxa. Os sujeitos em questão, em todas essas hipóteses, vinculados por **dever** ou **obrigação**, estão juridicamente compelidos ao cumprimento de seus respectivos objetos.

12. — Sopesadas as observações acima alinhadas, poderemos referir o ônus como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação, pelo próprio sujeito, de um interesse seu; neste sentido, na dicção de Von Tuhr²⁴, o **ônus** é expressão da gestão de interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo ônus não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no **dever** e na **obrigação**; o seu não-cumprimento não implica de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo ônus que não, exclusivamente, a atinente à não obtenção ou não conservação de um direito.

13. — O conjunto das considerações até este ponto desenvolvidas permite a verificação de que a outorga onerosa instituída pelo projeto de lei do Plano Diretor de São Paulo configura um vínculo imposto à vontade do proprietário de

imóvel, em razão do seu próprio interesse (interesse em construir além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento). O não-cumprimento do ônus — obtenção, onerosa, da outorga — não acarreta, para o proprietário do imóvel, sanção jurídica, mas tão-somente a desvantagem de não construir além daquele coeficiente. O interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado, o proprietário do imóvel. O ônus, no caso, corresponde a um comportamento — obtenção da outorga onerosa — que o sujeito (proprietário de imóvel) deve adotar para alcançar vantagem que consiste na possibilidade de construir além do coeficiente.

Se o proprietário de imóvel não desejar cumprir a obtenção onerosa de que se trata, conformando-se com a desvantagem jurídica de não poder construir além do coeficiente em questão, nem por isso poderá ser censurado por se ter conduzido contra a lei.

Trata-se indubitavelmente, no caso, de um ônus, vínculo imposto à vontade do proprietário do imóvel como condição para a satisfação do seu próprio interesse e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão-somente efeitos econômicos negativos. Não há, pois, como confundir a obtenção da outorga onerosa de que se cuida com qualquer figura a que corresponda **obrigação** tributária.

NOTAS:

- (1) — **Carta do Embu**, in **O solo criado/Carta do Embu**, Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977, pág. 170.
- (2) — *ob. cit.*, pág. 169.
- (3) — **Direito, conceitos e normas jurídicas**, Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1988, págs. 114 e ss.
- (4) — **Teoria Geral das Obrigações**, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1966, p.1.
- (5) — **Sistema di Diritto Processuale Civile**, v.I, Cedam, Padova, 1936, p.51.
- (6) — *Ob. e loc. cit.*
- (7) — Neste sentido Andreas von Tuhr, **Tratado de las Obligaciones**; trad. de W. Roces, t.I, Editorial Reus S/A, Madrid, 1934, p.5. No exame do pensamento de von Tuhr, vali-me também de seu **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligation Rechts**, na tradução francesa de Maurice de Torrenté e Emile Thilo (**Partie Générale du Code Fédéral des Obligations**, v.I, 2ª éd. Imprimerie Centrale S/A, Lausanne, 1933).

- (8) — Cf. Manuel A. Domingues de Andrade, ob. cit., p.5.
- (9) — Idem, ibidem. Manuel A. Domingues de Andrade refere ainda outras classes de relações jurídicas: a dos direitos de personalidade, a dos direitos sobre bens imateriais e a dos direitos corporativos, que se integra na teoria das pessoas coletivas ou na das sociedades (obrigações).
- (10) — Cf. Oberdan Tommaso Scozzafava, "Onere (nozione)", in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, v. XXX, pp. 100/10.
- (11) — Vide, a propósito, Oberdan Tommaso Scozzafava, ob. cit., p. 101; Norberto Bobbio, Teoria della Norma Giuridica, G. Giappichelli, Torino, 1968 pp. 160/164; Gian Antonio Micheli, L'onere della prova, Cedam, Padova, 1966, pp. 63/65.
- (12) — Ob. cit., p. 160.
- (13) — Uma crítica mais incisiva à postulação de Brunetti, em torno do dever livre, é desenvolvida por Bobbio, ob. cit., pp. 163/164.
- (14) — Tratado de las Obligaciones, cit., pp. 4/5 e Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, cit., pp. 9/10.
- (15) — Ob. cit., p. 55.
- (16) — Idem, ibidem.
- (17) — Cf. Oberdan Tommaso Scozzafava, ob. cit., p. 109.
- (18) — Cf. Giuseppe de Stefano, "Onere (dir. proc. civ.)", in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, v. XXX, p. 65. Vide também, a propósito da noção de ónus, além da exposição de Manuel A. Domingues de Andrade, ob. cit., p. 35, Haluk Tandogan, Notions Préliminaires a la Theorie Générale des Obligations, Librairie de L'Université — George & Cie. S/A, Genève, 1972, pp. 28/29.
- (19) — Ob. cit., v. II, 1938, pp. 73 e 84.
- (20) — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, München, 1967, pp. 223/224.
- (21) — Vide Thomas-Ramon Fernandez, Curso de Derecho Administrativo, (c/ Eduardo Garcia de Enterría), v. II, E. Civitas S/A, Madrid, 1981, p. 29.
- (22) — Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé, Librairie Dalloz, Paris, 1964, p. 36.
- (23) — Principios de Teoría e Ideología del Derecho, trad. de Afonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1982, p. 101.
- (24) — Tratado de las Obligaciones, cit., p. 5 e Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, cit. p. 9.

DO IMPOSTO SOBRE VENDAS A VAREJO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS — IVVC.

ALCIDES SALDANHA LIMA

Procurador do Município
Professor da Universidade de Fortaleza — UNIFOR

SUMÁRIO: 1. O IVVC como inovação constitucional. 2. Da constitucionalidade da Lei Municipal instituidora do IVVC. 3. Da hipótese de incidência do IVVC. 4. Dos elementos integrantes da hipótese de incidência. 5. Dos aspectos da hipótese de incidência do IVVC. 6. Bibliografia.

1. O IVVC como inovação Constitucional.

A Constituição de 1988 deveria refletir, no tocante à repartição de competência tributária, esperava-se, a ânsia de de autonomia política dos Estados e Municípios. Ao longo do tempo, alargou-se a competência da União, detendo esta cada vez um número maior de impostos, em detrimento dos demais entes federados.

O Imposto sobre venda a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto o óleo diesel —IVVC— constitui-se em inovação plasmada no sistema tributário pátrio com o advento da nova ordem constitucional de 1988 — art. 156, III —. É fruto do tímido ensaio de modificação da repartição da competência tributária do qual é também exemplo a transferência da competência da União à competência estadual do imposto sobre serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A tributação de combustíveis não é novidade na sistemática brasileira, variando ao longo do tempo apenas quanto a atribuição de competência ora à União, ora ao Estado membro.

As Constituições de 1824 e 1891 omitiram-se no que tange à tributação de combustíveis. Na Constituição de 1934 — art. 8, d — conferiu-se ao Estado a competência para instituir imposto sobre “o consumo de combustíveis de motor à explosão”; na Constituição de 1946 competiu à União instituir imposto sobre “a produção, comércio, distribuição e consumo, importação e exportação de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos...” — art. 15, III —; a Constituição de 1967 no seu art. 22, VIII praticamente reproduz aquele de sua antecessora, mantendo a competência tributária na esfera federal.

A Constituição de 1969, em seu art. 21, VII, mantendo mais uma vez o que já haviam previsto as Constituições de 1946 e 1967, atribuiu competência à União para instituir imposto sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos. A incidência deste imposto era única sobre qualquer dessas operações e exclusiva, posto afastar a incidência de qualquer outro imposto.

Pode-se vislumbrar certa semelhança entre o antigo imposto único sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e o atual IVVC. Este, contendo em sua hipótese de incidência a venda a varejo, alberga elemento — consumo — da hipótese de incidência daquele.

Diferem, no entanto, estes impostos, no tocante à pessoa política em cuja competência tributária se inserem — Município para o IVVC e União para o antigo imposto sobre lubrificantes e combustíveis —; e à cumulatividade ou exclusividade de incidência com outros impostos — para o IVVC e imposto único, respectivamente.

Todavia, se alguma similitude pode ser constatada, diferenças existem que impõem a afirmação de que o imposto em comento não encontra, ao menos na configuração em que se apresenta, paralelo nas pretéritas Constituições brasileiras.

Por sua situação de imposto novel, desconhecido da doutrina e da jurisprudência, presta-se o IVVC a conjecturas as mais variadas, desde a discussão acerca da necessidade de prévia lei complementar para sua instituição pelos Municípios até elementos da sua hipótese de incidência. Qual a hipótese de incidência do IVVC? O que se pode entender por venda a varejo? Onde e quando se pode ter por consumado o fato gerador do IVVC? Estas são questões que buscaremos aclarar ao longo dessas preliminares reflexões sobre este novo imposto de competência municipal.

2. Da Constitucionalidade da Lei Municipal Instituidora do IVVC.

Pretendem alguns autores (p.e., IVES G. da S. MARTINS e CELSO R. BASTOS, Comentários a Constituição brasileira, SP, Saraiva, 1990, v.6^o, tomo. I, p. 537) vislumbrar vício na edição de lei municipal que cria o IVVC, fundando-se na suposta necessidade de anterior edição de lei complementar federal — art. 146, III, a da CF.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1992

Improcedente este entendimento, pois carecedor de respaldo jurídico.

Não é de se desconhecer, para melhor entendimento da insubsistência da afirmação destes autores, que doutrinariamente distinguem-se lei nacional; lei federal; lei estadual e lei municipal.

A lei federal (ou da União), estadual (ou dos Estados), e municipal (ou do Município) é dirigida às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emanadas dos legislativos dessas entidades políticas, respectivamente.

A lei nacional, por sua vez, dirige-se a todos os brasileiros, indistintamente, embora seja produzida pelo mesmo órgão legislativo que cria as leis federais: o Congresso Nacional. Há que se distinguir, porém, o aspecto nacional ou federal da lei.

Problemas surgem em matéria tributária e financeira, em razão da circunstância de confundirem-se na competência do Congresso Nacional as atribuições de editar as normas gerais e a lei simplesmente federal — art. 24, I; c/ parágrafo 1^o — posto que na sistemática constitucional brasileira as normas gerais são normas nacionais.

A Constituição e a lei complementar não criam tributo. A Constituição reparte o poder de tributar. A lei complementar fixa normas gerais em matéria de legislação tributária, com a intenção de prevenir litígios entre as pessoas políticas — excetuadas as hipóteses constitucionalmente previstas de criação de tributo por lei complementar (art. 148; 153, VII; 154, I).

O tributo é criado por lei ordinária. Este é o corolário do princípio da estrita legalidade tributária. Outra não é a lição do eminente prof. ROQUE ANTONIO CARRAZZA quando afirma: **Inexiste o dever de pagar tributo que não tenha brotado de lei ordinária, já que, somente por causa dela, é que ele nasce e é exigível.** (Curso de Direito Constitucional Tributário, SP, RT, 1991, p. 140).

O Município, no Brasil, é entidade autônoma. Cada pessoa política legisla para si nos limites constitucionalmente fixados. Nenhuma lei, senão municipal, tem a possibilidade jurídica de tratar de assunto local, inclusive a instituição e arrecadação de tributos de sua competência — Art. 30, III da CF). Corroborando este entendimento afirma o professor paulista supracitado: **"Instituindo e arrecadando livremente seus**

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1992

tributos (...), o Município reafirma sua ampla autonomia em relação às demais pessoas políticas. Nem o governo federal, nem o estadual, nem o distrital, podem interferir no exercício da competência tributária dos Municípios." (ob. cit., p. 391).

Assim, por tudo quanto se afirmou, é de se concluir com o prof. ROQUE ANTONIO CARRAZZA: "... as pessoas políticas, mesmo ante eventuais omissões do legislador complementar, não podem ser inibidas de virem a usar, em toda a latitude, suas competências tributárias. A razão disto é translúcida e já foi por nós acenada: as competências tributárias estão tão bem determinadas no Diploma Supremo, que independem, para se tornarem exercitáveis, da edição de normas gerais em matéria de legislação tributária. Ademais, a Carta Constitucional em nenhum momento exige ou sugere o implemento deste tipo de condição." (ob. cit., p. 366).

Como se não bastassem os argumentos de cunho doutrinário, o art. 34, parágrafo 3º das Disposições Transitórias prevê, expressamente, a competência legislativa municipal para edição de leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional.

Além da autorização expressa, supracitada, destaque-se disposição contida no parágrafo 7º do mesmo artigo, onde, implicitamente, se prevê a edição de lei municipal, tanto que é limitada a alíquota máxima do IVVC em 3% (três por cento). Ora, se dependesse a lei municipal de anterior lei complementar, nenhum sentido teria esta limitação constitucional, posto não subordinar-se a lei complementar a limitações desta natureza.

Conclusivamente, há que se afirmar, de forma incontestada, a constitucionalidade de lei municipal instituidora do IVVC — Imposto sobre Venda a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos, desconsiderada qualquer suposta necessidade de prévia edição de lei complementar de natureza geral.

3. Da Hipótese de Incidência do IVVC.

A norma jurídica não se confunde com o direito. Norma e direito são realidades distintas, embora de implicação recíproca, pois a norma é a expressão formal do direito. Para que se possa, no entanto, ter uma realidade jurídica há que existir previsão normativa.

Como afirma PONTES DE MIRANDA: "Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — incidam sobre eles, desçam e encontrem

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1992

os fatos colorindo-os, fazendo-os "jurídicos." (Tratado de Direito Privado, RJ, Borsoli, 1954, p. 6; apud Geraldo Ataliba, Hipótese de Incidência Tributária, SP, RT, 1990, p. 43). Designa-se por incidência a subsunção de um fato a uma hipótese legal, com sua conseqüente jurisdicização.

Os comandos contidos nas normas jurídicas só incidem se e quando da ocorrência dos fatos previstos nas hipóteses a que são vinculados. Só alcançam as condutas contempladas pelas hipóteses.

Tributo é a expressão doutrinariamente consagrada para designar a obrigação "ex lege" de contribuir para os cofres públicos. Esta relação jurídica surge com a realização "in concreto" de um fato previsto em lei anterior e que dela (lei) recebe a força para fazer surgir uma obrigação.

Deste modo, uma lei descreve hipoteticamente uma situação fática e estabelece que sua realização concreta determina o nascimento de uma obrigação de pagar tributo.

Há que se distinguir duas realidades diversas: uma a descrição legal, hipotética — dita hipótese de incidência —; outra o fato efetivamente ocorrido, configurador material da hipótese de incidência — dito fato gerador ou fato impositivo —.

No sentido dessa afirmação assevera o prof. HUGO DE BRITO MACHADO: "A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é simples descrição, abstrata, enquanto o fato é concretização da hipótese." (Curso de Direito Tributário, RJ, Forense, 1987, p. 59).

Dois são os momentos lógicos, cumpre-nos concluir: primeiramente a descrição de um fato pela lei atribuindo-lhe a faculdade de gerar uma obrigação de pagar tributo; em seguida a ocorrência do fato, com a efetivação das conseqüências legalmente fixadas.

Na Constituição Federal, no art. 156, III, encontra-se a atribuição de competência ao Município para instituir imposto sobre "vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel". No exercício desta competência estão de pronto autorizadas as Câmaras Municipais a criarem, através de lei ordinária, o IVVC.

Segundo a hipótese de incidência contida no citado artigo 156, III da CF., ter-se-á obrigação de pagar IVVC sem-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1992

pre que ocorrer venda a varejo de combustíveis líquidos e gasosos. Três elementos integram a hipótese de incidência: venda (contrato mercantil de compra-e-venda); que esta venda observe a modalidade "varejo" (em contraposição à modalidade "atacado") e, finalmente, que o objeto da compra-e-venda seja combustível líquido ou gasoso. Passa-se à análise desses elementos para melhor caracterização do imposto em comento.

4. Dos Elementos integrantes da Hipótese de Incidência do IVVC.

O termo "venda" integrante da hipótese de incidência diz respeito ao contrato mercantil de compra-e-venda. Este, segundo o Professor Emérito da UFC, FRAN MARTINS: "... é aquele segundo o qual, mediante consentimento mútuo, uma parte se obriga a transferir o domínio de certa coisa a uma outra, mediante o pagamento de um preço estipulado." (Contratos e Obrigações Comerciais, RJ. Forense, 1986, p. 141).

Dois são os elementos característicos desse contrato: a coisa e o preço, sobre os quais acordam as partes. O preço é a importância em dinheiro que o comprador se obriga a pagar ao vendedor em troca da propriedade da coisa vendida. A coisa é o bem móvel, ou semovente, cujo domínio o vendedor se obriga a transferir ao comprador.

Nos termos do art. 191 do Código Comercial, "O contrato de compra-e-venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; ...".

Comentando o supracitado artigo, conclui o prof. FRAN MARTINS: "Caracteriza-se, assim, o contrato como consensual, aperfeiçoando-se e tornando-se obrigatório com o mero acordo de vontades, sendo, pois, a entrega da coisa e o pagamento do preço consequências do contrato, pelas quais ficarão vendedor e comprador obrigados desde que se verifique a troca de consentimentos. Assim compreendido o dispositivo, para a formação do contrato são necessários uma coisa e um preço. A entrega dessa coisa e o pagamento do preço, contudo não são decisivos para o aperfeiçoamento do contrato, sendo o elemento consentimento, o que realmente lhe dá vida. A entrega da coisa e o pagamento do preço são efeitos desse consentimento, obrigações... que não necessitam, para validade do contrato, ser cumpridas no momento da conclusão do mesmo." (ob. cit. p. 130/131).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1982

Irretocável o pensamento do eminente comercialista. Há contrato de compra-e-venda tão logo que se materialize o consentimento no tocante à coisa e ao preço. Nada mais é de se exigir para a sua existência.

Entre as múltiplas modalidades da compra-e-venda estão a venda por atacado, ou grossista e a venda em varejo, ou a retalho.

No direito brasileiro não há norma explícita definidora de que seja atacado ou varejo, embora esses termos sejam abundantemente usados. Desta forma, é de se examinar a opinião da doutrina, concluindo-se por um conceito de venda a varejo que possa ser aplicado à venda de combustíveis líquidos e gasosos, para que se possa fazer incidir o imposto autorizado pelo item III do art. 156 da CF.

Segundo CUNHA GONÇALVES, citado por FRAN MARTINS, ("Venda de combustíveis líquidos e vendas a varejo", in Rev. Forense, v. 306, p. 69; grifo nosso): "A meu ver mercador em grosso é quem vendendo ordinariamente só a retalhista excepcionalmente vende ao consumidor, mas em quantidades superiores ao consumo normal de qualquer pessoa ou família durante 30 dias, e mercador a retalho é quem vende diretamente ao consumidor, em quantidades suficientes para o consumo de pequenos períodos, de um a 30 dias,..."

Como se pode depreender do entendimento deste jurista o critério quantidade é importante para caracterização do mercador em grosso e a retalho, porém, não é o único. A este soma-se o critério venda predominantemente a retalhista ou a consumidor. Ora, o retalhista é comerciante, realiza intermediação, por isso adquire do grossista quantidades superiores ao seu consumo normal. Pode-se concluir, assim, que identifica-se uma venda como em grosso ou à varejo não apenas pela quantidade envolvida na operação, mas também pela condição do adquirente, se comerciante (retalhista; consumidor intermédio) ou consumidor final.

Os juristas integrantes da Comissão de Redação da Enciclopédia Saraiva de Direito manifestando-se sobre venda a varejo afirmaram: "Retalho — Modalidade de comércio, também denominado a varejo, cuja característica é a venda em pequenas quantidades, feita por comerciante diretamente ao público." (v. 66; p. 75).; "Varejo — Espécie de venda em que o comerciante vende a retalho, ou em pequenas quantidades, para atender o consumidor diretamente." (v. 76; p. 426). (apud FRAN MARTINS, artigo cit. Rev. For. p. 70; grifo nosso).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 21/31 Jun. 1982

Segundo o entendimento desta douta Comissão de Redação, a operação de venda a varejo é feita "diretamente ao público", ou "para atender o consumidor diretamente". Também nestas afirmações podemos constatar a superação do entendimento tradicional que pretende caracterizar a venda em grosso ou à varejo segundo as quantidades envolvidas na operação.

A Conclusão diversa não nos leva a lição do prof. FRAN-MARTINS: "Por outro lado, contrapondo-se ao comércio atacadista, ou grossista, há o comércio a retalho, ou a varejo, em que o comerciante, mesmo adquirindo de uma só vez grande quantidade de mercadorias, as revende em pequenas parcelas, fazendo uma distribuição muito maior à sua freguesia. As vendas a retalho são mais disseminadas que as vendas em grosso, destinando-se, naquelas, as mercadorias diretamente ao consumidor." (Contratos e Obrigações Com., ob. cit., p. 162; grifo nosso).

Embora reconheça a função criadora da doutrina e jurisprudência no tocante à caracterização do fornecimento a grande consumidor — industrial — como venda a varejo, conjectura o prof. MARCO AURÉLIO GRECO, citado por CELSO R. BASTOS e IVES GANDRA DA S. MARTINS, ob. cit., p. 539; "Parece-me que a tendência seja para interpretar a norma constitucional no sentido de que a expressão "venda a varejo" seja vista como venda a consumidor final. Se o industrial se caracterizar como consumidor final, sendo o último, ele poderá estar sujeito ao tributo respectivo (IVVC).

Finalmente, elemento integrante da hipótese de incidência é que a coisa — bem móvel ou semovente — cujo domínio o vendedor deseja transferir ao comprador mediante o pagamento do preço seja combustível líquido ou gasoso, excetuado o óleo diesel.

A hipótese de incidência contida no art. 156, III da CF, definiu o tipo de operação — venda a varejo —, o objeto — combustíveis líquidos e gasosos — e concedeu uma imunidade — para o óleo diesel.

5. Dos aspectos da Hipótese de Incidência do IVVC.

Posto que a hipótese de incidência é a descrição legislativa de um fato capaz, por determinação legal, de fazer nascer a obrigação tributária, há que se compreender, somados aos seus elementos constitutivos, seus aspectos, determinantes, hipoteticamente, dos sujeitos da obrigação tributá-

ria, seu conteúdo substancial, momento e local de nascimento, respectivamente: aspecto pessoal; material; temporal e espacial.

O aspecto pessoal, também dito subjetivo, é, segundo o prof. GERALDO ATALIBA, "a qualidade — inerente a hipótese de incidência — que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato impositivo fará nascer.". E sintetiza: E, pois, um critério de indicação de sujeitos, que se contém na h.i." (ob. cit., p. 77).

A hipótese de incidência designa o sujeito ativo, limitando-se a estabelecer critérios para determinação do sujeito passivo quando da concretização do fato gerador.

O sujeito ativo é a pessoa jurídica de direito público titular da competência constitucional de exigir dado tributo. Na espécie, nos termos do art. 156, III, é competente para assumir a posição ativa na relação tributária relativa ao IVVC o Município.

O sujeito passivo é, na feliz expressão de HECTOR VILLEGAS, citado por ATALIBA, ob. cit., p. 77, "o destinatário constitucional tributário". É aquele que realiza o fato impositivo, ou seja realiza, faticamente "venda a varejo de combustíveis líquidos os gasosos".

O aspecto material, de maior complexidade, contém a designação de todos os dados objetivos criadores do arquétipo que é a hipótese de incidência. O aspecto material estabelece os critérios para identificação do "quantum" devido.

Desta forma, abrange a imagem abstrata de um fato jurídico — p.e., propriedade imobiliária (IPTU), renda (IR), prestação de serviço (ISS); na espécie: circulação de combustíveis líquidos ou gasosos através de venda a varejo —; a base de cálculo, entendida como a unidade de medida para quantificação financeira do tributo — valor da operação de venda a varejo; alíquota, "... parcela da riqueza do contribuinte atribuída ao estado", no dizer de AIRES BARRETO, apud ATALIBA, ob. cit., p. 114, que, até o advento de lei complementar fixadora, não poderá exorbitar de 3% (três por cento) — art. 34, parágrafo 7º, Disposições Transitórias.

O aspecto temporal diz respeito à fixação do momento em que se reputa ocorrido o fato gerador, e consequentemente nascida a obrigação tributária. A lei tributária pode fixar uma circunstância determinável no tempo para efeito de determinação da consumação do fato gerador. Se, contudo, assim

não ocorrer, omitindo-se o legislador, ensina GERALDO ATALIBA: "o momento a ser considerado é aquele em que o fato material descrito ocorre (acontece).", ob. cit., p. 94.

No tocante ao IVVC, consuma-se o fato gerador tão logo aperfeiçoe-se o contrato de compra-e-venda a varejo, ou seja, acordem as partes contratantes no tocante ao objeto e ao preço, como se concluiu no item 4 supra. É irrelevante para o aperfeiçoamento do contrato que a entrega da coisa adquirida se deva fazer em momento posterior ou local diverso daquele em que se contrata. A entrega da coisa, mediante o pagamento do preço diz respeito não ao contrato em si, mas a sua execução. São obrigações decorrentes do contrato, que para existirem, pressupõem, logicamente, contrato anterior.

É de se destacar, porém, que pode a legislação municipal dispor de forma diversa, determinando critérios específicos para a identificação do momento consumativo do fato gerador, tendo em conta as conveniências relativas a fiscalização e cobrança do imposto.

Os fatos geradores, fatos da vida concreta que são, estão inseridos fenomenicamente em coordenadas de tempo e espaço. Esta é definida na hipótese de incidência pelo aspecto espacial, isto é, as circunstâncias de lugar relevantes para configuração do fato gerador.

Enquanto descrição legal, a hipótese de incidência só qualifica fatos ocorridos no âmbito de validade territorial da lei, isto é, no espaço em que pode o legislador exercer seu poder de tributar, fundado na repartição constitucional de competência. É o princípio da territorialidade aplicado ao campo do direito tributário.

Pode a lei estabelecer local onde se repute consumado o fato gerador, porém, se não o fizer, ensina ATALIBA: "estará implicitamente dispondo que lugar relevante é aquele mesmo em que se consuma o fato impositivo.", ob. cit., p. 105.

No que tange ao IVVC, deixando a lei de fixar o local de consumação do fato gerador, é de se considerar aquele em que se consuma o contrato de compra-e-venda.

6. Bibliografia consultada.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, São Paulo, Rev. Trib., 1990.

_____. Estudos e Pareceres de Direito Tributário, São Paulo, Rev. Trib., 1980.

BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G., Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 6^o, tomo I.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo, Rev. Trib., 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

_____. "Venda de combustíveis líquidos e vendas a varejo", in Rev. Forense, v. 306.

MARTINS, Ives G. da S. (coord.). Caderno de Pesquisas Tributárias, São Paulo, Resenha Tributária, 1981, n. 6 — Princípio da Legalidade.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). Obrigação Tributária, São Paulo, Rev. Trib., 1988.

SILVA, J. Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Rev. Trib., 1990.

EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS PÚBLICAS EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA

Procurador do Município
e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará.

SUMÁRIO: 1. A Empresa Pública seu surgimento e conceito. 2. Empresas Públicas prestadoras de serviço público e Empresas Públicas exploradoras de atividades econômicas. 2.1. Conceito de Serviço Público. 2.2. Serviço Público e atividade econômica. 3. Empresa exploradora de atividade econômica e o Controle Estatal. 4. Bibliografia.

1. Empresa Pública — seu conceito e surgimento.

Vivemos, atualmente, um conceito de Estado completamente diverso da identificação tradicional, quando o indivíduo podia viver quase que ignorando a presença de um Estado limitado ao exercício de atividades ordinárias típicas e caracterizadoras da chamada “essência do núcleo substancial da noção de Estado”.

Alargando suas fronteiras de atuação, o Estado, hoje, ganhou terreno no setor privado, transformando, pela sua intermediação, tais tarefas em serviços públicos, agora encarados como atividades essenciais do próprio Estado.

O advento da empresa pública se deve, segundo José Nabantino Ramos (in RDP 17/101), analisando o direito comparado, a três fenômenos distintos, quais sejam: 1) a estatização de empresas privadas, cuja forma jurídica originária é mantida pelo novo titular, que é o Estado; 2) pela necessidade de substituir, no campo econômico, os antigos e maiores estabelecimentos públicos, administrados diretamente pelo Estado, por entidades capazes de “*agire con la rapidità ed efficienza necessarie al pronto adeguamento delle esigenze di mercato ...*”, nas palavras de Giorgio Stefani (Corso di Finanza Pubblica; Ed. Cedam, Pádua, 1990, pág. 134); 3) a objetivos socializadores, que negam a particulares a propriedade de meios de produção.

Classicamente definida como sendo pessoas jurídicas de direito privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público e com a finalidade de realizar atividades

de interesse da Administração nos moldes da iniciativa privada, as Empresas Públicas assumem, atualmente, uma personificação distinta daquela originária.

O Estado, que possui a intrínseca capacidade de atuar no campo privado permite, assim, a formação de distintas estruturas para a execução de cometimentos de interesse coletivo, interagindo com as mesmas na forma de controle e cooperação.

A Empresa Pública surge, portanto, como a espécie mais moderna das "entidades paraestatais, geralmente destinadas à prestação de serviços industriais ou atividades econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade." (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo, 16ª ed. Ed. RT 1991).

Identificada pelo seu capital exclusivamente público, é a empresa pública conceitualmente definida como possuidora de personalidade de direito privado, sendo suas atividades regidas pelos preceitos comerciais.

Teoricamente, portanto, o Estado ao introduzir no setor de economia pública uma estrutura descentralizada, assegura, também, o respeito à autonomia da empresa pública nos limites de sua carta constitutiva.

Entretanto, uma vez que as empresas públicas serão sempre geridas pelo Estado e sua autonomia decorre de uma delegação de poderes operada pelo próprio Estado no quadro de seus poderes administrativos (Nicola Baloz — "A Organização Administrativa das Empresas Públicas", in RDA 87/45), pode a autonomia ser maior ou menor nos níveis legais, resultante que surge da conveniência do Estado quanto à extensão dos meios para a consecução dos fins previstos, como afirma Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, in RDP 15/28.

Na verdade, o conceito exato das Empresas Estatais é objeto de debate em seminários, simpósios e encontros exaustivos e minuciosos, em uma tentativa de serem traçados contornos mais nítidos dos seus conceitos fundamentais.

A definição do Decreto-Lei 200, apesar de o único na espécie, não merece maiores comentários ante a sua intrínseca incoerência e despropósito de suas conclusões, como, por exemplo, a classificação como administração indireta tanto autarquias como sociedade de economia mista e as próprias empresas públicas, ao mesmo tempo que as últimas

espécies são definidas suas existências à exploração de atividades econômicas.

Ao lado da dificuldade de conceituação já apresentada, outras questões surgem, como as concernentes à distinção entre a inegável convivência no cenário nacional de empresas públicas que prestam serviço público com outras que só fazem explorar uma atividade econômica, o que não dá bases seguras à antiga conceituação.

Assim, inicialmente caracterizada pelo regime jurídico de Direito Privado, ultimamente já se admite a incidência de normas de Direito Público.

Hely Lopes define as Empresas Públicas como sendo "pessoas jurídicas de direito privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial". (ob. cit. pág. 319).

Cretella Jr. entende ser a Empresa Pública o "instituto jurídico estatal de Direito Privado mediante o qual o Poder Público desempenha: a) quer atividades econômicas, industriais ou comerciais, competindo com o particular; b) quer atividades administrativas, descentralizando os serviços típicos, antes confiados a entidades públicas ou privadas, de outra índole (concessionárias, permissionárias ou entidades autárquicas)". (in Administração Indireta Brasileira, pág. 287-B, citado por Toshio Mukai in RDP 90/196).

2. Empresas Públicas prestadora de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividades econômicas.

Dessa forma, inarredável é a conclusão da aceitação doutrinária, no Brasil, da existência de empresas públicas que prestam serviço público (embora ditas comerciais ou industriais) a outras que explorem atividades econômicas.

Ocorre que a noção de serviço público sofreu seguidas alterações ao longo do tempo, tendo sua abrangência dilatada ou mesmo tempo em que perdia a nitidez dos seus bordos.

2.1. — Conceito de Serviço Público

Tal noção é de fundamental importância tendo em vista a influência do regime jurídico a ser aplicado na organização das atividades e controle das referidas empresas públicas.

Adilson Dallari alerta que "atualmente o Poder Público assume formas privadas para desenvolver atividades tipicamente econômicas, de natureza comercial e industrial, enquanto que, por sua vez, as empresas privadas desenvolvem ou operam serviços públicos, mediante concessão, permissão ou autorização do Poder Público, ou seja, atuam em lugar da Administração Pública, desenvolvendo atividades sempre havidas como prestação de serviço público" (in RDP 94/95), apresentando uma noção operativa do que seja serviço público.

Afirma o citado professor da PUC-SP que o entendimento de caracterizar o serviço público com o seu caráter de resposta a necessidade essencial da população não é suficiente para que se tenha uma idéia real do seu conceito. Segundo Dallari, o que caracteriza realmente um serviço como público, além da sua essencialidade é o regime jurídico.

O Prof. Cisne Lima entende o serviço público como se tratando de uma atividade reconhecida como essencial à coletividade, num dado momento, enquanto Celso Antônio Bandeira de Melo o caracteriza como aqueles serviços requeridos pela interdependência social, que não podem ser assumidos senão pela intervenção da força dominante, dizendo que: "Quando esses serviços existirem efetivamente e forem prestados por organismo estatal, então estamos diante de um serviço público" (in RDP 83/158).

Na verdade, o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que apresenta noções orgânicas, formais e materiais, detendo-se no terreno movediço da imprecisão conceitual ante o maior ou menor grau de intervenção do Estado e a constante remodelação dos seus fins.

2.2. — Serviço Público e atividade econômica.

No entanto, temos por necessário insistirmos, no presente trabalho, por uma diferenciação ao mínimo satisfatória entre serviço público e atividade econômica para, somente a partir daí, sermos capazes de, com maior segurança, traçarmos considerações sobre o regime jurídico aplicado às empresas públicas prestadoras de serviço público, o que faremos adiante.

Eros Grau esclarece que atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos, enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); e enquanto espécie que,

ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica. (Elementos de Direito Econômico — SP — RT — pág. 87 e ss).

Toshio Mutai assim define: "serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial em quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E, atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da Ordem Econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo)" (in Direito Administrativo e Empresa do Estado — Forense — 1984, pág. 183).

Regis Fernandes de Oliveira consagrou tal entendimento em Acórdão da 7ª Câm. do 1º TA Civ. SP (Boletim de Jurisprudência 1616 da Ass. dos Adv. de São Paulo):

"No que nos interessa, há fundamentalmente, dois campos de interesse específico de intervenção estatal. Pode prestar serviços públicos, seja diretamente, seja através de entidades criadas pelo Estado ou por ele permitidas ou concedidas, e também pode interferir no domínio econômico.

(...)

Quando, pois, o Estado intervém no domínio econômico, seja por qualquer força constitucionalmente permitida, o regime jurídico a que se submete é o previsto no § 2º do art. 170 da CF, isto é, sujeita-se ao direito do Trabalho e ao das obrigações. Portanto, há nivelamento completo do Estado com os particulares. Despe-se o Estado de suas prerrogativas próprias, para sujeitar-se ao direito privado.

(...)

Nada obstante, erigem-se outras pessoas jurídicas, que são criadas pelo estado, sob roupagem de direito privado, mas destinam-se à prestação de serviços públicos. Aí ressalta diferença de regime jurídico. Embora vistam roupa de direito privado, ou seja, haja identidade de regime com as demais empresas privadas, nada impede que o Estado transfira a tais entidades algumas prerrogativas próprias, de vez que irão prestar serviços públicos."

Segue a Constituição de 1988 o mesmo sentir, motivo pelo qual quando se refere à empresa estatal exercente de atividade econômica em sentido estrito, expressamente assim o fez.

Exemplo claro é o artigo 173 da CF, quando deixa bem claro que as disposições ali elaboradas referem-se apenas e tão somente àquela área de atribuições própria e típica das particulares, qual seja a exploração de atividade econômica, não podendo o Poder Público gozar de nenhum privilégio ou vantagem que o coloque em situação de vantagem frente às empresas particulares, sujeitando-se inclusive às obrigações Trabalhistas e Tributárias.

Perceba-se que as empresas estatais que prestam serviço público não sofrem nenhuma restrição ou referência no citado art. 173.

Assim, no dizer de Maria Sylvia Zanella de Pietro, mesmo quando o Estado fizer gestão privada de serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios do direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. (Do Direito Privado na Administração Pública — São Paulo — 1989 — Pág. 111).

Portanto, seguindo ainda o raciocínio da citada autora com relação às empresas governamentais que prestam serviço público, **“justifica-se o regime jurídico de direito privado apenas quanto à forma de sua organização e funcionamento, mais compatíveis com a natureza comercial ou industrial da atividade assumida pelo Estado”** (ob. cit. pág. 119), devendo ser o regime jurídico a outros aspectos o predominantemente administrativo, colocando a Administração Pública em posição de supremacia em relação ao particular e seguindo-se os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Em resumo, para o presente trabalho, é preciso fazer uma distinção entre pelo menos dois dos três tipos de empresas estatais consagradas constitucionalmente (prestadora de serviço público, exercentes de atividades econômicas e as que operam em regime de monopólio).

Assim, apesar de todas essas entidades apresentarem o traço comum de serem agentes da ação estatal visando o alcance de fins públicos, o regime aplicado e que condiciona sua existência e atuação, traz consequências amplas.

As empresas estatais prestadoras de serviço público possuem a prevalência de normas de caráter administrativo.

Já as empresas governamentais destinadas a desenvolver atividade econômica em sentido estrito, não poderão auferir vantagens que possam significar um desenvolvimento da sua posição em relação às empresas privadas que atuem no mesmo setor, aplicando-se regras de direito privado.

Essa é a conclusão básica.

3. Empresas pública exploradora de atividades econômica e o controle estatal.

Outro aspecto merece ser realçado e que não pode ser obscurecido por uma interpretação ligeira dos preceitos constitucionais.

A presença do Estado no campo privado, atuando lado a lado com empresas particulares e sob o regime jurídico de direito privado, não é suficiente para encobrir um elemento essencial e que, por vezes, passa despercebido: O Estado continua, por assim dizer, sendo Estado, isto é, permanece sendo a organização institucionalizada de bens e um agente para a realização de serviço de interesse público. A aplicação de recursos por todos nós cidadãos produzidos, continua a ser orientada nos limites da legalidade e finalidade, timbrando mesmo toda a atuação de tais entidades.

Portanto, é bem de ver-se a necessidade da presença do controle estatal mesmo nas empresas públicas que explorem atividades econômicas, uma vez que não é possível imaginar-se uma entidade cujos objetivos sejam de interesse coletivo, possa estar liberta de uma série de restrições inerentes a esse mesmo escopo.

Conclua-se, assim, com Almiro Couto e Silva que:

“O regime jurídico dessa atividade estatal, portanto, não é mais o regime jurídico tradicional de direito Privado ou de Direito Privado Público, mas um regime jurídico de Direito Privado Administrativo que quer dizer: a utilização pela Administração, de instrumento e forma de Direito Privado para a realização das atividades imediatas do Estado” (in RDP 83/147).

Ou nas palavras de Hely Lopes:

“... a empresa pública se apresenta como ente paraestatal, permanecendo na zona de transição entre os instrumentos de ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais. Sujeita-se ao controle do Estado, uma dupla linha administrativa e política,

já que o seu patrimônio, a sua direção e os seus fins são estatais. Vale-se tão somente, dos meios da iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público" (ob. cit. pág. 321).

Na realidade, como dissemos anteriormente, o serviço público ampara várias teorias, sendo isoladamente inaceitáveis pela fraca cientificidade de suas afirmações.

Tais critérios (normativo, subjetivo, finalístico etc.) sofrem uma conjugação ampliativa no critério inicialmente adotado por Luciano Benévolo de Andrade (Curso Moderno de Direito Administrativo — Saraiva — 1973 pp. 41/42) e complementada por Carlos Roberto Martins Rodrigues (In A Crise e a Evolução do conceito de Serviço Público, in RDP 57/58).

Diz o renomado Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará:

"... se se entende a iniciativa do Estado como uma resposta qualificada e concreta a uma dada necessidade coletiva, que ele passa a envolver com o manto de princípios, normas e privilégios de índole pública; se se considerar que a iniciativa envolve o procedimento que gera a prestação (Serviço Público), então não há como se refrutar o posicionamento doutrinário do eminente tratadista cearense.

Se se integrar na idéia de iniciativa a da compulsoriedade, eis o caminho talvez mais breve para o conceito de serviço público.

Se a iniciativa estatal é obrigatória, é irrecusável, por força da necessidade geral, que lhe cumpre atender, então é o Serviço Público gerado por iniciativa do Estado. A irrecusabilidade pode ser, ou não, de ordem legal. Mas é indispensável que ela qualifique a iniciativa do Estado".

Diz, ainda, o renomado mestre:

"Com esse critério — o da iniciativa, como titularidade de atribuição — abrange o continente e o conteúdo do Serviço Público.

O continente diz com a forma, o revestimento, que é, no caso, o regime jurídico, de direito público, estabelecido p/ as pretensões estatais tidas como Serviços Públicos; e o conteúdo, representado pela prestação e pela satisfação concreta de necessidade geral.

(...)

Dentro dessa ordem de considerações, o Serviço Público,

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 33/42 Jun. 1992

assim dimensionado, alcança, na sua abrangência, toda e qualquer atividade de natureza prestacional que o Estado, ou quem lhe fizer as vezes, realiza, contínua, obrigatória e organizadamente, sob regime especial de direito público, para satisfazer, concretamente, necessidade geral". (ob. cit. pág. 143).

Esclareça, ainda, que a existência de conteúdo econômico em um serviço público não o desnatura em exploração de atividade econômica em sentido estrito, como costumeiramente confundem alguns autores.

Portanto, temos por certo que o controle das atividades exercidas pelas empresas públicas prestadoras de serviço público deve ser ainda mais efetivo do que aquele aplicado às exploradoras de atividade de natureza econômica.

Nessa atividade de fiscalização dos atingimentos dos fins e das despesas efetuadas, pode a Administração, no que se refere a gratificações, uma vez aplicadas normas de direito público em derrogação parcial do direito comum, modificá-las ou mesmo extinguí-las, uma vez que não se incorporam automaticamente aos vencimentos, não gerando direito subjetivo à continuidade de sua percepção.

Ou nas palavras de Maria Sílvia Zanella de Pietro:

"Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público.

(...)

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria Constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade". (In Direito Administrativo — São Paulo — Ed. Atlas, 1990 — pág. 285).

Portanto, ocorre como conclusão, compreender que as empresas públicas, na feição de prestadoras de serviços públicos, submetem-se, no que pese a sua configuração estrutural, aos princípios de direito público que, atuando de forma determinante e vinculativa, norteiam tanto o atuar de referidas entidades, como penetram no regime de pessoal utilizado.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 33/42 Jun. 1992

BIBLIOGRAFIA

1. AMARAL, Antonio Cintra do. **Controle das Empresas Estatais no Brasil**. RDP 76/134
2. BALOZ, Nicola. **A Organização Administrativa das Empresas Públicas**. RDP 87/45
3. COTRIM NETO, A. B. — **Autarquias e Empresas Públicas**. RDP 20/48
4. DALLARI, Adilson Abreu. **Empresa Estatal prestadora de Serviços Públicos. Natureza Jurídica. Repercussões Tributárias**. RDP 94/94
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella — **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo, 1989
6. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Organização Administrativa das Empresas Públicas**. RDP 15/24
7. ————. **Regime Jurídico das Empresas Públicas no Brasil**. RDP 12/19
8. GRAU, Eros. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo, RT
9. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1991
10. MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Regulamento Interno das Empresas Públicas e Direitos Trabalhistas**. RDP 66/86
11. MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo e Empresas do Estado**. São Paulo, Forense, 1984
12. ————. **Empresa Pública na nova Constituição**. RDP 90/198
13. RAMOS, José Nabantino. **Empresas Públicas**. RDP 17/99
14. RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. **A Crise e a Evolução do Conceito de Serviço Público**. RDP 57/58/130

POLITICA DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO, REGIME CELETISTA E GRATIFICAÇÕES.

PAULO ANTONIO DE M. ALBUQUERQUE

Procurador do Município
Professor da Universidade de Fortaleza — UNIFOR

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O regime celetista e a Administração. 3. As gratificações. 4. Conclusão.

1 — Introdução

A questão concernente a pessoal representa ponto delicado nas relações da administração pública com sua higidez financeira e contábil. Se tal aspecto ganhou maior dimensão a partir da chamada "crise do Welfare State" e consequente questionamento da aplicação dos recursos, no caso brasileiro há agravantes que lançam raízes na formação histórica dos costumes e relações de mando e prestígio políticos, tudo configurando um conjunto de questões que envolvem, entre outras diretrizes, a fixação das prioridades administrativas, as possibilidades de gestão eficiente e, especificadamente, a alocação ideal de pessoal.

Como decorrência da problemática da colocação do numerário administrativo, a política salarial passou a ser, no contexto de uma economia nacional inflacionária e recessiva, o ponto de discórdia entre a administração e seus servidores. Tencionamos abordar aqui um aspecto punctual — sem perder de vista a visão global — dessas relações, ou seja, a questão do regime celetista e das gratificações na administração pública.

2 — O regime celetista e a administração.

A administração pública brasileira teve, até a Constituição de 1967, o regime "geral" estatutário para seus funcionários. As eventuais necessidades de trabalhos temporários eram supridas pelo regime dos extranumerários, de natureza provisória. Posteriormente, invocou-se a necessidade de maior agilidade na alocação desses recursos humanos, justificando assim a adoção do regime celetista para o serviço público. Tal política foi implementada muitas vezes sem o devido acuro para a estrutura do ordenamento jurídico (ou talvez por isso mesmo, haja vista a circunstância política da época), atropelando instâncias e controles de poder, quando não até a

própria língua pátria (de que é exemplo a criação de "quadros provisórios permanentes", apud Adilson de Abreu Dallari, in *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, SP, ED. RT, 2. Ed., 1990).

Essa digressão é feita tendo em vista a repercussão que até hoje assumem as medidas adotadas no passado, principalmente quando se considera — com honrosas e raras exceções — a descontinuidade ou até mesmo a inexistência de políticas claras de pessoal nas sucessivas administrações.

A adoção do regime celetista para o serviço público tem muitos inconvenientes. Tal entendimento encontra sua razão de ser na medida em que o exercício de funções estatais exige o resguardo dos indivíduos que concretamente representam a atuação estatal. Esta separação representa conquista elementar consequente à crítica do absolutismo do século XVIII.

Paralelamente, há o entendimento de juristas como o prof. Celso Antonio Bandeira de Melo, no sentido de que o regime estatutário deva ser aplicado às atividades jurídicas e às atividades fins do Estado (por exemplo: fiscalização, ensino, educação), cabendo o regime celetista às atividades meramente materiais e "instrumentais" (por exemplo, pessoal para obras, apud Adilson de Abreu Dallari, op. Cit., pg. 46). O tema remete, como se vê, à questão política da definição da composição das forças estatais. A este respeito, o debate atual acerca da "desestatização" na realidade revela uma "disputa" de forças — ainda não plenamente decidida — em torno da fixação de diretrizes administrativas, via controle dos órgãos estatais. Gera-se uma contradição: o elogio da livre iniciativa é acompanhado pelo uso de influências e pressões para manter incentivos fiscais, subsídios, política de juros baixos, financiamento etc., em favor de determinados setores (isto sem falar da tradicional "socialização dos prejuízos").

Nesse contexto, como se situa a administração pública como gerente de força de trabalho, frente às exigências lógicas de uma maior racionalização dos recursos? Este aspecto suscita dados problemáticos, como o conceito de produtividade no serviço público.

No corpo de uma economia existem setores que, apesar de não apresentarem retorno de investimento imediato, repercutem sobre o desempenho de outras atividades econômicas: tais são, basicamente, os serviços de infraestrutura e de regulamentação, que são quase que monopolizados pelo Estado. Desse modo, visualiza-se a função determinante que essa

entidade representa, e que é realizada através do serviço público, sem falar do fator de racionalização das decisões que representa a existência de órgãos com função burocrática (com a ressalva de deverem ser controlados politicamente). Com isto queremos combater, motivadamente, a "estereotipização" da imagem do servidor como "parasita do tesouro" e "causa dos problemas nacionais", que não corresponde de maneira nenhuma aos fatos, mas que vem sendo veiculada recentemente por interesses políticos nem sempre explícitos. Este reparo não implica em desconhecer o corporativismo ainda presente em nossa cultura, e até certo ponto inerente a todo grupo ou categoria social; visa, porém, chamar a atenção para a ausência de critérios de controle, treinamento e promoção de servidores, já que em si a mera quantidade de servidores não significa tanto quanto a distribuição de pessoal nos diversos órgãos e o papel destinado a estes.

3 — As gratificações.

Enfocaremos agora uma particularidade técnico-jurídica: as gratificações conferidas ao servidor público civil (termo que pela Constituição de 1988 substituiu a antiga denominação geral de funcionário público). O princípio basilar do interesse público há de sofrer aqui uma cristalização específica, já que o servidor representa também a administração, embora com ela não se identifique. O zelo pelo erário público portanto não justifica a economia em incentivos ou compensação frente a condições especiais em que o serviço é prestado por parte do servidor, elemento de influência psicológica fundamental. Acrescente-se a isto a realidade do mercado de trabalho, em que a administração por vezes terá que disputar profissionais bem qualificados, e que são de importância vital para o desenvolvimento e execução de projetos e tarefas. Mesmo que este aspecto mercadológico não se apresente com tanta radicalidade, a administração deverá ter conta também a qualidade específica do serviço e condições da atividade. Estes são alguns dos fundamentos a justificar a existência das gratificações, embora o ideal fosse uma política salarial consistente, voltada à manutenção de um nível de vida digno para o conjunto da população como um todo e os servidores em particular. As decisões políticas no entanto têm agido em outro sentido, fazendo com que na maior parte das vezes as gratificações tenham se revelado como fator

de compensação de perdas salariais ou de vencimentos, distribuídas de maneira heterogênea, de acordo com o poder de "barganha" de cada categoria específica, e portanto assim atomizando as reivindicações. Tal prática causou problemas jurídicos particulares, entre os quais a adoção de políticas diferentes para situações análogas, conforme fosse o servidor estatutário ou celetista, endossado pelo fato de diferente se apresentarem as "incorporações" de gratificações e vantagens nos dois regimes.

Quanto aos celetistas, as gratificações se constituem em razão da natureza da atividade ou das condições momentâneas de trabalho. Têm, pois, natureza precária, à primeira vista, já que atingem os empregados como "prêmio ou incentivo para lograr a maior dedicação e perseverança destes" (Pla Rodriguez). Vêm atender à conveniência de serviço e em retribuição a condição específica de exercício de uma atividade profissional dentro de uma relação de emprego. Cessada a motivação original, cessa sua obrigatoriedade. A especialidade das gratificações levou alguns juristas a aceitar a necessidade de pactuação prévia para o seu pagamento. Esta exigência foi quebrada, conforme leciona **Mozart Vitor Russomano**, pela "figura da gratificação imposta por lei, que tem natureza salarial" (in *Comentários à CLT*, Forense, R.J., Vol. 1, 13. ed., 1990, pg. 436). Este aspecto é melhor compreendido em conjunto com as implicações econômicas.

Não se há de relegar ao esquecimento o aspecto material de que com a continuidade do pagamento da gratificação estendendo-se no tempo, gera-se uma expectativa de disponibilidade econômica por parte do empregado, dispondo ele de um poder aquisitivo maior em relação à remuneração originária. Este fato vem sendo abordado informalmente, mas de maneira muito eficaz no Direito brasileiro pela jurisprudência (vide súmulas 207 do STF e 76 do TST), reconhecendo o direito à continuidade da percepção das gratificações habituais (em remissão ao artigo 458 da CLT).

Este entendimento compactua da compreensão ampla do contrato de trabalho, que não se perfaz somente com as condições expressamente adotadas, nem tem função meramente particularista. Na esteira da constatação desse fato, a chamada teoria "do uso da empresa" advoga que "a comprovação do acordo tácito atinge sua etapa definitiva quando se forma na empresa o uso de gratificar os empregados, ao

qual o empregador não manifestou a vontade de interromper. Rouast esclarece que, neste caso, há uma **promessa tácita de quem gratifica**" (Orlando Gomes e Elson Gottschalk, in *Curso de Direito do Trabalho*, Forense, RJ. 11. ed., 1990, pg. 270). Adotou-se, portanto, como é da tradição do STF desde 1948, (apud Arnaldo Sussekind e ois., *Instituições de Direito do Trabalho*, SP, ED. Ltr, 1991, pg. 354), a teoria **objetiva** quando às gratificações, independentemente da intenção do empregador. Por isto é que entendemos que a recente alteração da postura do TST através do enunciado 291, limitando a incorporação ao salário de pagamentos extras, não subsiste, **data vênia**, frente à coerência do exame da questão.

Vale a pena transcrever o trecho de Orlando Gomes e Elson Gottschalk em que pontificam acerca da visão social ampla que rege o contrato de trabalho, depois de advertirem no início do estudo, que "o problema da natureza jurídica da gratificação (...) não pode ser colocado em termos genéricos, porque não comporta solução uniforme" (op. Cit., pg. 268):

"Por outro lado, exigências de tutela social dos trabalhadores determinam alguns princípios gerais de direito do trabalho, quais a presunção de correlatividade de qualquer prestação fornecida pelo empregador ao empregado; a inserção no contrato de trabalho, como obrigação contratual, de qualquer benefício que não seja declarado expressamente como liberalidade; a conservação das condições mais favoráveis para o empregado, no caso de diversa disposição legislativa, judiciária ou profissional." (op. Cit., Pg. 271).

No caso da administração pública em relação aos servidores estatutários, a natureza do regime faz supor que não há que se falar em direito adquirido contra a administração pública. Daí o desafio à isonomia gerado por servidores em que regimes diferentes: os estatutários só poderiam incorporar as gratificações por expressa menção legal. A presunção de desigualdade frente ao empregador da lógica celetista acaba portanto concorrendo com as instituições da "coisa pública", em que coexistem servidor e cidadão. Daí porque essa tendência de "dupla personalidade" da administração pública em empregador e gestor da coisa pública foi majoritariamente superada pelo entendimento a favor do regime único, de natureza estatutária, adotado a partir da Constituição de 1988.

4 — Conclusão.

A política de pessoal na administração pública depende do prévio estabelecimento de planos governamentais que não sofram solução de continuidade, dotadas de ampla visão sócio-econômica, capazes de delimitar as prioridades nacionais em função do bem-estar de seu povo, e em relação a isto direcionar os recursos do Estado. Neste sentido, as disposições jurídicas existentes em relação aos vencimentos e gratificações, em particular, desempenham fator estratégico e tático. Com esses pressupostos de equilíbrio, estaria pronto o cenário para um pertinente controle de produtividade no serviço público, que evidentemente não dispensaria o controle político-legislativo. Neste contexto é que a valorização do servidor — admitido como ideal o regime geral estatutário, com exceção da execução de serviços contingentes e emergenciais — caminhará passo a passo com a noção da relevância do serviço público, enriquecido por uma perspectiva comunitária.

LINHAS GERAIS DA ATIVIDADE JURIDICIONAL EXECUTIVA

JUVENCIO VASCONCELOS VIANA

Procurador do Município de Fortaleza
Professor da Universidade de Fortaleza — UNIFOR
Professor Substituto - UFC.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Distinção entre execução e cognição. 3. Pressupostos da execução. 4. Das diversas espécies executivas.

1. Introdução

O processo constitui meio de realização da tutela jurisdicional estatal. Dependendo do tipo de provimento jurisdicional pedido pelo autor quando no exercício de seu poder jurídico de AÇÃO, essa tutela poderá ser de natureza cognitiva, executiva ou cautelar.

A tutela jurisdicional cognitiva se desenvolve através do chamado PROCESSO DE CONHECIMENTO, onde o trabalho do Juiz é, prioritariamente, o de conhecer dos fatos alegados pelas partes e, à luz do ordenamento jurídico, ao final, proferir uma sentença solucionadora da LIDE. Essa tutela (cognitiva) poderá ser, conforme o caso, meramente DECLARATÓRIA (declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica); CONSTITUTIVA (capaz de criar, extinguir ou modificar relações jurídicas); CONDENATÓRIA (quando a sentença condena o vencido no desempenho de uma dada conduta).

Mas, e quando a parte vencida não quiser cumprir voluntariamente o comando contido nas sentenças condenatórias?

Nesse momento se manifesta a tutela jurisdicional EXECUTIVA, objetivando a realização prática dos comandos existentes nas sentenças condenatórias ou, como veremos, em outros títulos (extrajudiciais) aos quais a LEI atribuiu idêntica eficácia executória.

Ainda, cumpre-nos ressaltar o "TERTIUM GENUS" da atividade jurisdicional, que ocorre nos casos onde a realização eficaz de um processo principal (de conhecimento ou de execução encontra-se ameaçada por um perigo de lesão irreparável ao bem da vida objeto deste. Nestes casos, provados os requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" realiza-se o processo jurisdicional dito CAUTELAR.

2. Distinção entre execução e cognição.

Nosso trabalho se propõe apenas a abordar aspectos primeiros do Processo de execução, contudo iniciemos fixando pontos de diferenciação entre este e a atividade jurisdicional de cognição.

a) Na cognição, como dissemos, o Juiz tem de conhecer dos fatos que lhe são trazidos pelas partes para poder chegar a uma sentença de mérito. Assim, na cognição a atividade do Juiz possui um caráter, preponderantemente, LÓGICO, investigativo, intelectual, assemelhando-se a um verdadeiro historiador, quando estuda, investiga e reconstrói os fatos do passado.

Ao contrário, a execução, preponderantemente, consiste numa atividade tipicamente MATERIAL e PRÁTICA, voltada a satisfação do direito do credor reconhecido no título.

Pode-se dizer, diante do exposto, que o processo de conhecimento transforma o fato (aquilo que é) em direito (DEVE SER) enquanto que a execução transforma o Direito em fato.

b) Pode-se dizer, ainda, que a tutela jurisdicional executiva é *acidental* em relação a de conhecimento, no sentido de que aquela nem sempre é necessária, dado que, muitas vezes, a atividade cognitiva se faz suficiente para garantir ao interessado a tutela do direito postulado.

Nesse ponto há dois aspectos a serem ressaltados.

Primeiramente, há que se atentar para que, no plano do processo de conhecimento, as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas gozam da característica da "AUTOSUFICIÊNCIA", ou seja, os efeitos por elas produzidos bastam por si mesmos, são suficientes para assegurar o direito ao qual foi requisitada a tutela.

Todavia, tratando-se de sentença condenatória, esta não se esgota em si mesma, uma vez que poderá o vencido não se submeter a condenação.

De segundo, surge o problema (hoje praticamente superado) da AUTONOMIA do processo de Execução que consiste exatamente em se saber se cognição e execução são fases distintas de um mesmo procedimento ou se são independentes entre si.

É a execução um mero prolongamento da atividade cognitiva?

A doutrina dominante responde que não.

Veja-se que, ocorrendo, após a cognição, o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor não há que se falar em execução; só há sentido em se tratar deste tema quando em execução de título JUDICIAL, mas, quando se tratar de execução por título EXTRAJUDICIAL não há que se falar cognição anterior; a realização do processo de execução ficará dependendo da manifestação de vontade (provocação) do credor; realiza-se nova citação, o que significa surgimento de uma nova relação processual.

Desta forma, embora finalisticamente se justifique a execução no benefício do produto final da cognição, o que há em verdade entre estas é uma CONEXÃO SUCESSIVA, no sentido de que a sentença condenatória será ato conclusivo da segunda, base e fundamento da primeira.

c) O CPC adotou a terminologia de CREDOR e DEVEDOR, para, respectivamente, os sujeitos que figuram no polo ativo e passivo do processo de execução.

Nesse ponto há os que sustentam a impropriedade de se chamar o que figura no polo passivo da execução de réu, uma vez que, nesta modalidade de atividade jurisdicional, a citação ocorre não para apresentação de defesa mas sim para cumprimento do que foi determinado em sentença ou no título extrajudicial.

Data vênia, discordamos desse entendimento uma vez que, se entendermos como sendo o réu aquele contra o qual se pede a tutela jurisdicional (e a execução é espécie desta) não há porque a impropriedade.

Assim, apenas para sermos fiéis a terminologia do CPC de 1973, aceitamos a demonstração específica das partes na execução.

d) "Não existe contraditório no processo de execução".

Essa corrente negativista, que afirma a desnecessidade do contraditório no processo de execução, que este poderia se desenvolver "INALDITA ALTERA PARS", unilateralmente, nos parece inaceitável.

Admiti-la seria deixar o devedor, no feito executivo como "uma saco de pancadas" do credor.

O princípio do contraditório, de "status" constitucional, inerente à Jurisdição, efetivamente existe no processo de execução, mas, é claro, de forma diferente da qual ocorre no processo de conhecimento.

A possibilidade de oferecer defesa é apenas uma projeção do dito princípio. Na verdade este consiste em assegurar

às partes CONTRÁRIAS na relação processual a plena participação destas mesmas partes.

Assim é que na execução o Juiz dá oportunidade ao devedor de fazer nomeação de bens à penhora antes de sofrer constrições patrimoniais; escuta o devedor antes de fazer homologação de cálculos; dá oportunidade à propositura da AÇÃO de embargos à execução, depois de seguro o juízo.

3. Pressupostos da execução.

A execução possui pressupostos específicos, segundo LIEBMAN, um de FATO e outro LEGAL, respectivamente: a) a) Inadimplemento do Devedor; b) Título Executivo.

O primeiro vem a ser conceito de Direito Substancial e consiste no não cumprimento da prestação na época determinada.

O segundo requisito é o título executivo.

O nosso Direito Processual adotou o princípio da "nulla excutio sine título" o que faz do título condição necessária vez que sem ele não pode haver a execução forçada.

Tanto é que, se provocada pelo devedor a via embargatória e for demonstrada a invalidez do título ruirá toda a execução que este fundamenta.

Além de necessário o título é condição SUFICIENTE à propositura da ação executiva, no sentido de que, graças a uma eficácia incondicional que a LEI lhe outorga, basta por si só, não precisando mais o Juiz ser cognoscente acerca de quais os fatos, subjacentes àquele documento que lhe apresenta o credor.

Justamente por esta eficácia incondicionada é que, no AMBITO DA EXECUÇÃO, não se admite que se ergam questões acerca do crédito. Se o desejar, terá o devedor que opor EMBARGOS (ação de conhecimento com visus desconstitutivo do título que serve de base à execução, umbilicalmente liga a esta, tanto que a suspende até seu final julgamento).

Vale destacar acerca do título o histórico duelo entre LIEBMAN e CARNELLUTI quanto à fixação da natureza do título executivo.

O primeiro sustenta que a natureza jurídica do título é de um ATO JURIDICO e o segundo que é um DOCUMENTO.

Em nosso entender ambas as teorias pecam pelo exclusivismo, quando, em verdade, estão a abordar aspectos diferentes (substancial x formal) de uma mesma realidade.

De fecho, o título executivo é, pois, "o bilhete de passagem" à execução forçada, que gera para o credor a AÇÃO EXECUTIVA; para o devedor a responsabilidade patrimonial; ao Juiz poder para determinar atos executivos de constrição de bens do devedor.

4. Das diversas espécies executivas

Partindo de determinados critérios, podemos estabelecer as diversas espécies de Execução.

a) De acordo com título executivo utilizado teremos Execução com base em TE Judicial (que resulta de um prévio processo de conhecimento) ou Extrajudicial (documentos negociais que a LEI atribui a mesma certeza e eficácia da sentença condenatória).

b) Quanto a MUTABILIDADE do TE podemos classificar as execuções em DEFINITIVAS e PROVISÓRIAS.

Execução definitiva é aquela que tem por base sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial.

Execução provisória é aquela que ocorre das sentenças impugnadas, mediante recurso recebido só no efeito devolutivo (Exp.: Recurso Extraordinário).

Esta segunda espécie executiva sofre algumas restrições de lei, vez que correrá por conta e risco do credor, exige caução e esbarra nos atos de expropriação.

c) Levando em conta a natureza da prestação devida (DAR, FAZER ou NÃO FAZER) chega-se, inclusive, a fixação do quadro dos procedimentos executivos:

c.1) Obrigação de dar coisa — gera o procedimento de Execução para entrega de coisa, que subdivide-se em coisa CERTA e INCERTA;

c.2) Obrigação de dar dinheiro (PAGAR) — gera o procedimento de Execução por quantia certa, que subdivide-se em contra devedor solvente e insolvente;

c.3) Obrigações de FAZER ou NÃO FAZER — faz surgir o procedimento executivo do mesmo nome, destacando-se, neste capítulo, as obrigações de emitir declaração de vontade.

"A execução deve ser ESPECÍFICA" — trata-se de um princípio que assegura que a execução tende, de princípio, a oferecer ao credor resultado prático, igual ou equivalente, ao que aquele teria com o cumprimento espontâneo do devedor.

Contudo, se houver por exemplo um desaparecimento da coisa a ser entregue, como fazer?

Neste momento, o rito executivo específico converte-se-á num rito **genérico** da execução por quantia certa contra devedor solvente para receber o equivalente pecuniário da prestação originariamente devida.

No âmbito das execuções por quantia certa, existem, ainda, ritos especiais:

- a) contra a Fazenda Pública;
- b) alimentos;
- c) cobrança da dívida ativa.

Em execução para exigência de crédito perante a Fazenda Pública, dada a impenhorabilidade dos bens públicos, a citação que ocorre não se destina à nomeação de bens, mas sim para, querendo, apresentar embargos.

Ao final do procedimento expedir-se-á **PRECATÓRIO** para que o ente fazendário faça a previsão em seu orçamento do crédito e o pague na ordem devida da apresentação daquele.

Na execução de alimentos o credor poderá pedir a prisão do devedor, mas tal ato é **COATIVO** e não executivo, tanto que o cumprimento da pena não exime o devedor das prestações alimentícias.

Já nas cobranças da Dívida Ativa utiliza-se, atualmente, o rito da Lei 6830 e o CPC apenas subsidiariamente.

Existe para o caso um procedimento prévio administrativamente de **INSCRIÇÃO** (que inclusive pode ser atacado nos embargos) que gera liquidez à dívida, mas o **TE**, em verdade, é a **CERTIDÃO** da dívida inscrita.

Essas eram, pois, as nossas considerações mais genéricas acerca do tema da execução, que no plano processual, como vimos, emerge com tremenda importância já que tira o crédito do credor do "mundo das idéias" e lhe dá real concretude.

BIBLIOGRAFIA

- DINAMARCO, Cândido R. **Execução civil**. v.1.2. ed. RT, São Paulo, 1987.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 5. ed., Saraiva, São Paulo, 1986.
- , **Manual de direito processual civil**. v.1. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 12. ed., São Paulo, Lend, 1987.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo, RT, 1987.

PRINCIPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO SETOR PÚBLICO EMPRESARIAL FACE A NOVA CONSTITUIÇÃO.

MÔNICA ROCHA VICTOR DE OLIVEIRA
Procuradora do Município

SUMÁRIO: 1. Noções preliminares. 2. Princípios gerais. 3. Legalidade. 4. Impessoalidade. 5. Moralidade. 6. Publicidade. 7. Princípio especiais.

1. Noções preliminares

A atual Constituição consagrou, em seu artigo 170, um modelo econômico, baseado na liberdade de iniciativa, com tendências nitidamente reducionistas em relação ao intervencionismo estatal.

A intervenção do Poder Público na economia poderá ser realizada por três vias: órgãos-empresas, não dotados de personalidade jurídica; ou, através de entidades econômicas dotadas de personalidade jurídica, seja de natureza pública, seja de natureza privada.

A questão que se pretende seja aqui equacionada consiste em determinar-se em quais princípios a atividade administrativa estaria fundamentada neste caso: somente aos princípios gerais da Administração Pública ou, também aos embasadores da ordem econômica? O tipo de personalidade jurídica atribuída ou não ao ente seria critério diferenciador para a aplicação ou não dos princípios regedores da ordem econômica a estes entes?

2. Princípios gerais.

Em seu artigo 37, *caput*, a Constituição Federal determina quais sejam os princípios norteadores da Atividade Administrativa como um todo: **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade**. Doutrinariamente, porém, outros princípios são acolhidos, aos quais não nos reportaremos em razão deste trabalho pretender analisar a atividade administrativa empresarial somente à luz dos preceitos constitucionais.

3. Legalidade.

Se em direito privado tem-se o princípio da **AUTONOMIA DA VONTADE**, sendo o ordenamento jurídico limite da ação do particular, em direito público prevalece o princípio da

LEGALIDADE. "secreção da teoria da separação dos poderes".¹ A não observância de preceito jurídico não só invalida o ato praticado, bem como sujeita o administrador público à responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

"É, todavia, incontroverso que o princípio da autonomia da vontade não existe para a Administração Pública. A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela esta liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade dos outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração Pública não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão somente a que a lei concede, quer se trate de Administração Pública sob o regime de Direito Privado Administrativo ou de Direito Público ou Direito Privado. É inegável, porém que a base legal para a ação administrativa sob as normas de direito privado por vezes se reduz a uma regra sobre a competência ou até mesmo a uma simples autorização orçamentária, como ocorre com certas subvenções, o que tem sido muito discutido e censurado pela doutrina. Quer isso dizer que o poder discricionário nas mãos dos Agentes da Administração Pública que movem à sombra do Direito Privado é, em geral, extremamente dilatado, só encontrando barreiras no princípio da igualdade perante os serviços públicos, aliás de claudicante observância."²

Ainda, sobre este princípio, Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, "as leis administrativas são, normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres irrefragáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade de Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõem. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa."³

Tal importância deste princípio que, não obstante sua acolhida, inicialmente, puramente doutrinária, teve sua posi-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

tivação na Lei nº 4.717/65, artigo 2º, "c" e parágrafo único, "c", alcançando relevo constitucional a partir de 1988 (artigo 37, caput, C.F. 1988).

4. Impessoalidade.

Também denominado princípio da isonomia ou da generalidade, prescreve que "todos são iguais perante o ordenamento jurídico e, por consequência, perante o Estado."⁴ Inválido, portanto, o ato administrativo que determine tratamento diferenciado, sem amparo em uma norma jurídica.

A importância deste princípio ressalta quando se trata de concursos públicos e licitações (artigo 37, XXI, CF).

5. Moralidade.

O princípio da moralidade, sistematizado por Hauriou, baseia-se em uma moral jurídica. Hely Lopes Meirelles, citando Hauriou, explicita que a moral jurídica é "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração." Em seguida, continua: "Atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, mas, também, entre o honesto e o desonesto."⁵ Este princípio guarda estreita relação com o conceito de bom administrador, inspirador da confiança do administrado.

Em face do conteúdo deste conceito, não raras vezes, pode-se encontrar o administrador em situação de coalisção entre o princípio da legalidade e da moralidade. Coalisções estas decididas ora em favor da moralidade, ora em favor da legalidade, sendo neste caso o interesse público fator decisivo na escolha a ser feita, posição sintetizada por Diogenes Gasparini: "usando de sua competência (o bom administrador) determina-se não só pelos preceitos legais vigentes mas também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público".⁶ Este princípio, também, mereceu destaque constitucional não só no artigo 37, caput, como em seu § 4º: "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1992

6. Publicidade.

Por envolver interesse público, os atos do Poder Público devem revestir-se da maior publicidade possível. Os administrados não de ter ciência dos atos praticados pelos administradores. Este princípio acha-se delimitado no artigo 37, § 1º, determinante do caráter educativo, informativo, orientador, porém, nunca promocional de autoridades ou servidores públicos.

Como exceções a este princípio, pode-se mencionar as atividades relacionadas com a segurança nacional, as ligadas a certas investigações, a exemplo dos processos administrativos disciplinares e os pedidos de retificação de dados, v.g. (CF, art. 5º, LXXII "b").

7. Princípios especiais.

Agora, cumpre analisar a aplicabilidade dos princípios estatuidos no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira à atividade administrativa correlata ao setor público empresarial. Aqui, atividades de cunho econômico são desenvolvidas pelo Poder Público. Quais princípios poderiam ser considerados norteadores destas atividades? Somente os explicitados no artigo 37, *caput*? Ou estaria também, o Poder Público adstrito à observância do artigo 170 da atual Constituição?

Dado o paradigma da supremacia da Administração Pública, de uma análise menos cuidadosa da questão, poderia concluir-se que, ao atuar de forma empresarial, aquela não estaria sujeita à observância de princípios como o da livre concorrência, por exemplo. Contudo, ao proceder-se a uma análise sistemática da Constituição, a tal conclusão não se chegaria.

O artigo 1º da Constituição Federal eleva à condição de princípio fundamental a livre iniciativa, lado a lado com os valores sociais do trabalho. Ou seja, alça-se o princípio da livre iniciativa como um dos de maior hierarquia em nosso ordenamento, de onde infere-se seu grande peso nos casos de coalisão de princípios constitucionais.

Destarte, o artigo 170 *caput*, reforça este destaque ao preceituar que **"a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"**. Daí, entende-se que, independentemente de sua natureza, se pública ou privada, toda a empresa por desenvolver

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1982

atividade econômica, seja esta de indústria e comércio, ou, ainda, prestação de serviços, regem-se pelos princípios contidos no artigo 170: valorização social do trabalho humano, livre concorrência, função social da propriedade, propriedade privada, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, não obstante a opinião contrária do Prof. Werter. R. Faria, in *Constituição Econômica — Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, onde sustenta que **"as normas de defesa de concorrência não se aplicam a nenhuma empresa-órgão gerida pela União, nem as que executam serviços públicos, estrito senso, sob a titularidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aplica-se, todavia, às empresas-órgãos de natureza industrial e comercial que operam em regime de concorrência, administradas pelos Estados, pelo Distrito Federal e os Municípios. Excetuam-se os organismos federais, porque não se concebe a União com sujeito passivo das normas que promulga para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritivas."**⁷

Tal entendimento não pode ser perfilhado, em razão da preocupação do constituinte em estatuir no artigo 173, §§ 1º e 2º que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, e que as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Clara a intenção do legislador de igualar o setor público empresarial ao setor privado.

Quanto ao fato de não se conceber o Poder Público como "sujeito passivo das normas que promulgar para proteger o mercado contra as práticas comerciais restritivas", convém ressaltar que, em relação à defesa do consumidor, tal concepção não vingou frente ao artigo 3º do Código do Consumidor, onde não se distinguem pessoas jurídicas de direito público ou privado ao conceituar-se o vocábulo "fornecedor", não importando se de bens ou serviços.

Além disso, se tal entendimento fosse acatado, o Poder Público ao adentrar na área empresarial poderia, com certo grau de facilidade, constituir verdadeiros monopólios, a margem dos excepcionalmente aceitos pelo CF em seu artigo

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 57/64 Jun. 1982

177, vindo sua atividade a colidir com um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico constitucional: **LIBERDADE DE INICIATIVA**.

Em suma, o Poder Público que, ressalvados os casos previstos na própria constituição só poderá explorar diretamente atividades econômicas quando esta se fizer necessária, aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse público, deverá agir não só segundo os princípios contidos no artigo 37, *caput*, como também pelos princípios contidos no capítulo constitucional relativo ao desenvolvimento da atividade econômica. E não é só. Mesmo em se tratando de monopólios da União, tais princípios deverão ser aplicados no que couber, v.g., defesa do consumidor, defesa do meio ambiente. Trata-se de proteção de interesses públicos consagrados constitucionalmente.

NOTAS

1. Couto e Silva, Almiro de; Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP, 84:48.
2. idem, RDP, 84:53.
3. Meirelles, Hely Lopes; Direito Administrativo Brasileiro, 13ª edição, SP, ed., Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.
4. Moreira Neto, Diogo de Figueiredo; Curso de Direito Administrativo; 9ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1990, p. 70.
5. Meireles, Hely Lopes; ob. cit., p. 62.
6. Gasparini, Diógenes; Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 07.
7. Faria, Werter R.; Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e de Concorrência, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, p. 147.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM; Arruda. **Código do consumidor comentado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- FARIA, Werter R. **Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre, Fabris Ed., 1990.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13. ed. São Paulo, RT, 1987.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. IV. Coimbra Ed., 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense.
- SILVA, Almiro de Castro e. **Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. *Revista do Direito Público*, nº 84, p. 46/62.

O MANDADO DE INJUNÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA UCHOA

Procurador do Município de Fortaleza
Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza

SUMÁRIO: 1. Mandado de Injunção: considerações preliminares. 2. Enquadramento do Mandado de Injunção no Sistema Jurídico Brasileiro. 3. A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. 4. Mandado de Injunção: aspectos gerais. 5. Conclusão. 6. Referencial Bibliográfico.

1. Mandado de Injunção: considerações preliminares

A carga de inovações contida no atual Texto Constitucional apresenta-se como cerdadeiro desafio que deve ser encarado com firmeza, coragem, responsabilidade e disposição pelo estudioso do direito e por toda a sociedade brasileira. Aquele compete identificar e analisar cientificamente os princípios e institutos embutidos no sistema constitucional, traduzindo-os de forma clara e suficiente para o entendimento e apreensão pela sociedade.

Dentre as muitas novidades disposta o Mandado de Injunção, instituto jurídico sem precedente no direito brasileiro, não encontrável com igual roupagem em nenhum outro ordenamento jurídico, apesar dos assemelhados identificáveis através rápida incursão no direito comparado, conforme constataremos a seguir.

Segundo a ótica eminentemente constitucional, o Mandado de Injunção caracteriza-se como garantia constitucional utilizável pelo particular "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." (Art. 5º, LXXI, CF/88). Conforme se constata, o novel instituto pressupõe omissão de norma que leve a termo o exercício de determinado direito declinado no Texto Maior. O resultado almejado com a utilização da garantia é o suprimento normativo, para casos concretos, pela autoridade judicial viabilizando o exercício de direitos, liberdade e prerrogativas constitucionais.

Assim, é labor improdutivo procurar no direito alienígena instituto jurídico com dimensão semântica e teleológica igual ao nosso Mandado de Injunção. Discrepa este do "writ of injunction" existente no direito inglês, repassado para o

sistema jurídico norte-americano, que corresponde a uma determinação judicial prolatada num caso por equidade, presumindo que uma das partes prive-se ou permaneça em determinada prática sob o risco de causar dano irreparável. Há, inclusive, dicotomia terminológica no direito americano no sentido de identificar a "injunction" como determinações judiciais negativas (não fazer), enquanto que o "Mandamus" corresponde às positivas (um fazer), inexistindo, portanto, unicidade de expressão. (cf., Ivo Dantas, in Mandado de Injunção, Aide Ed., 1989, pág. 68).

Ainda no direito itálico, divisamos a entidade processual da "ingiunzione", que segundo preleciona Roberto Sciacchitano, referenciado pelo festejado Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, "trata-se de um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de prova, em relação aos quais o devedor não teria razão para resistir em prejuízo e poderia fazê-lo, num processo ordinário, somente com finalidade dilatória da condenação." (Verbete na Enciclopédia del Diritto, Giuffrè Ed., vol. XXI, 1971). (In, artigo intitulado "Notas sobre o Mandado de Injunção", publicado no Repertório IOB Jurisprudência, 2ª quinzena de outubro/88).

O eminente constitucionalista José Afonso da Silva, reconhece que o Mandado de Injunção, agora consagrado na vigente Constituição, tem como fonte imediata o Direito Angló-americano, nascido que foi na Inglaterra em fins do Séc. XIV (conf. artigo publicado no jornal do Brasil de 27 de setembro/88 intitulado "Mandado de Injunção, direito do cidadão").

Entendemos que é indiscutível a correspondência terminológica encontrada no Direito estrangeiro, contudo não concluímos que tenha a mesma orientação finalística nem mesma dimensão conceitual que a adotada pelo legislador constituinte de 88. Efetivamente, não corresponde o Mandado de Injunção a medida judicial impositiva de um fazer ou não fazer, tampouco, corresponde em essência a ente processual, mas, é instituto que à falta de norma regulamentadora por inação do poder competente para editá-la, enseja o exercício do direito presente na Constituição. Vê-se, pois que está a mercê da doutrina e jurisprudência pátrias a correta elucidação conceitual do instituto.

2. Enquadramento do Mandado de Injunção no Sistema Jurídico Brasileiro

A preocupação com a tutela dos direitos e garantias no Direito Constitucional brasileiro se fez presente desde o primeiro texto constitucional. Conforme constatamos já na Carta Política do Império, o Título VIII tratava "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros". A Primeira Carta Constitucional Republicana (1891) dedicou o seu Título III, à "Declaração de Direito" (capítulo II); seguida pela Constituição de 1934 que para o mesmo tema reservou espaço intitulado de "Direito e Garantias Individuais". Igual titulação encontramos nas Constituições de 1937, 1945, 1967 e 1969, até deparamo-nos, com o Texto Constitucional em vigor no seu Título II, (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) cujo Capítulo I recebe a denominação "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Apesar do Capítulo I, do Título II, da atual Carta Política sugerir pelo seu próprio rótulo que trata especificamente dos **direitos e deveres** individuais e coletivos é nele, indubitavelmente, que encontramos indicadas as garantias constitucionais como: o Mandado de Segurança, o Habeas-Corpus, o Habeas-data, a Ação Popular e o próprio Mandado de Injunção.

Integrando o rol das garantias aos direitos individuais e coletivos insculpidos na Constituição em vigor, impõe-se que passemos a identificar alguns aspectos pertinentes ao Mandado de Injunção que se prestem a caracterizá-lo, e, ao mesmo tempo, diferenciá-lo dos demais institutos congêneres. Desta forma, é que identificamos ser o Mandado de Injunção aparato jurídico destinado a defesa de direito subjetivo, não tendo sido este idealizado para proteger ou fazer valer direito objetivo; seu acionamento destinam-se a apresentar solução a casos concretos.

Destinam-se o Mandado de Injunção, à tutela do exercício dos direitos e liberdades constitucionais bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, revelando-se como instituto de amplitude material meramente constitucional, neste particular, diferindo do Mandado de Segurança, que se presta a repudiar ofensa a direitos decorrente de qualquer tipo de ilegalidade.

Ademais, seu campo de atuação é também o especificado no Art. 5º, LXXI da Constituição de 88, isto é, não se presta a proteção de toda e qualquer violação a direito por des-

cumprimento de dispositivo constitucional, mas aplicar-se somente aos casos em que os direitos e liberdades constitucionais são maculados, por ter-se omitido o poder competente na edição das normas regulamentares necessárias ao exercício de tais direitos e liberdades.

Relacionando o Mandado de Injunção a ausência normativa que inviabilize a efetivação de preceito constitucional, constatamos que há na Carta Política vigente, outro mecanismo que também se destina a suprir ausência de norma legal. Trata-se da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no § 2º do Art. 103, CF/88, a que procederemos perfunctória análise no tópico seguinte.

3. A Ação de Inconstitucionalidade e o Mandado de Injunção

Cedo o homem manifestou tendências gregárias, vivendo em grupos, em sociedade, submetendo sua conduta a um espectro normativo que com o passar dos tempos integrou o ordenamento jurídico dentro de cada particularidade. Neste, as normas se dispõem sistematicamente hierarquizadas possuindo cada uma delas determinado valor. Em tal organização normativa é a Constituição a norma principal, estruturada em base principiológica que passa a orientar o surgimento de todos os demais atos normativos. Ocupa posição privilegiada, situada no topo de conformação hierárquico-normativa o que lhe confere dentro do ordenamento jurídico uma total autonomia. Assim, todo e qualquer ato normativo deve plena obediência à Constituição, buscando nesta o seu fundamento de validade, devendo quanto à sua produção perfeita observância aos ditames embutidos na norma superior, sob pena de prescindir de validade dentro do ordenamento jurídico considerado, e, portanto, de declinar-se sua inexistência.

A Constituição, desta forma, mune-se de um mecanismo cuja finalidade é ocultar o teor de conformação aos seus princípios, de todo ato normativo que aspire ou que, efetivamente, integre o ordenamento jurídico que esteja sob a sua luz.

Trata-se de um sistema de Controle da Constitucionalidade de atos normativos, montado no sentido de impedir a permanência de norma cuja eficácia venha contrariar a Constituição.

A "Constitucionalidade das leis" pressupõe, como explicado, a existência de ato normativo que se destaca por discordar da orientação constitucional. A adequação de tais

atos aos preceitos constitucionais dá-se através da intervenção do Poder Judiciário (controle repressivo) mediante dois caminhos distintos. O primeiro é através da arguição incidental da Inconstitucionalidade por via de defesa ou de exceção, onde o juiz monocrático poderá declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, à vista de caso concreto posto a sua apreciação. É o conhecido controle difuso da inconstitucionalidade creditando a todos os magistrados com desfecho no STF, por intermédio do recurso extraordinário. O outro caminho é que corresponde ao controle centralizado, por via de ação direta, cujo objetivo é a invalidação da lei em tese, sendo legitimados para a propositura as pessoas e entidades arroladas no Art. 103, da CF/88. Objetiva a ação direta de inconstitucionalidade suprimir do ato normativo inconstitucional a possibilidade de incidir operando, portanto, efeito "erga omnes".

O modelo de Controle da Constitucionalidade, resumidamente, referenciado é o existente na atual Carta Política que em quase nada difere do previsto na Carta de 1969, a não ser quanto a legitimação para a propositura da ação pela via direta que recebeu considerável ampliação (Art. 103, incisos I a IX). Contudo, grande inovação traz a Constituição/88 no Sistema de Controle de atos normativos, materializada na figura da Inconstitucionalidade por Omissão capitulado no § 2º, Art. 103.

Vivenciamos, na prevalência das Constituições passadas, um sem número de direitos previstos constitucionalmente inusufruíveis e, consequentemente, desrespeitados, à falta de normas regulamentadoras do exercício de tais direitos. Foram direitos traçados por norma constitucional que com o passar do tempo, dado o descaso e a omissão legislativa do Poder competente, caracterizaram-se como normas meramente programáticas por não possuírem eficácia plena. Sob a vigência da presente Carta Magna este sombrio quadro poderá ser evitado através da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, que objetiva viabilizar a vontade do legislador constituinte, erradicando a inércia legislativa mediante a expedição de medidas que tornem efetivas as normas constitucionais.

Ao contrário do mecanismo anteriormente analisado, a Inconstitucionalidade por Omissão pressupõe a inexistência de ato regulamentador de direito conferido pela CF. E a observância do Art. 103, § 2º torna clara o cabimento da ação direta — similar a ação direta convencional aplicável à apre-

ciação da constitucionalidade das leis — simplesmente com as amoldações de estilo, ou seja, que o STF decidindo-a favoravelmente adotará a seguinte conduta: dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo terá este o prazo de 30 dias para efetivar o ato administrativo. Não objetiva a Inconstitucionalidade por Omissão a defesa de direito individual ou coletivo, mas, a edição de norma regulamentadora de caráter geral, constituindo-se, por conseguinte, em típica ação de direito objetivo. Note-se que o ato devido pelo Poder Público omisso tem natureza legislativa, o que torna patente o descumprimento do seu dever constitucional de regulamentar disposição da Carta Política, que está à espera de tal regulamentação para ensejar o exercício de direito por ela conferido — neste caso um direito subjetivo constitucional. Não se cogita de ofensa a dispositivo constitucional, nem de execução de ato ilegal, mas de omissão legislativa que inviabiliza a efetividade de direito constitucional.

É competente para apreciar a Inconstitucionalidade por Omissão o STF, indicando o § 3º, do Art. 103 CF/88, que o Advogado Geral da União deverá ser citado para apresentar a defesa que couber ao ato ou texto impugnado. Impõe-se a ouvida prévia do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e demais processos da competência do Supremo. Quanto aos legitimados para a ação são os indicados no Art. 103, inciso I a IX.

Finalmente, convém deixar claro que através da Inconstitucionalidade por Omissão ataca-se a lacuna de lei em tese, não visa esta defesa de direito subjetivo, dando-se este controle pelo método concentrado. As situações de direito subjetivo que necessitem de remédio adequado, quando insatisfeito o interesse decorrente de ato inconstitucional do Poder Público, ocasionado por omissão legislativa regulamentadora, devem ser solvidos pelo Mandado de Injunção. Através deste instrumento é que o Poder Judiciário passará a apreciar, na sua individualização, a inconstitucionalidade por omissão nos casos concretos, legitimando para tal a pessoa ou grupo de pessoas titular do interesse.

4. Mandado de Injunção: aspectos gerais

Não é toda recusa à prática de determinado ato ou sua abstenção, que se enquadra no campo de interesse do sujeito de direito pelo sujeito obrigado, que justifica o interesse pro-

cessual relativamente ao Mandado de Injunção. Também não é ação que careça de fundamentação documental ou testemunhal para fazer valer o pleiteado direito subjetivo. Sua aplicabilidade exige que o abalo ao direito do impetrante tenha sido causado por inexistência de prescrição normativa que regulamente o exercício de direito subjetivo constitucional.

Entendemos ser o Mandado de Injunção instituto que bem se amolda aos procedimentos de jurisdição contenciosa, pois, não vemos como socorrer-se alguém deste instrumento, senão nos casos em que tenha perante outrem formulado um pleito e venha cair em desatendimento. Pressupõe a recusa de alguém frente a uma pretensão formulada, sendo que tal recusa se dá sob a alegação da ausência de norma que regulamente a conduta da pessoa requerida frente ao pretendido. E mais, que tal pretensão tenha por fundamento a própria Constituição.

É inconfundível o Mandado de Injunção com quaisquer medidas judiciais testificadoras de direito; não se presta este a testificar o direito do impetrante, mas é instrumento dinamizador de direito já em plena vitalidade, portanto, existente, sem dúvida. Apenas de exercício obstaculado por ausência de norma que detalhe o modo como o direito constitucional deve ser usufruído, e à constatação da omissão regulamentadora subroga-se o Poder Judiciário na ação legislativa do Poder competente editando a norma para o caso concreto.

Neste particular é irretocável a lição do brilhante professor José Afonso da Silva para quem "O Mandado de Injunção visa a obter o direito em favor do impetrante, quando inexistem normas regulamentadoras do artigo constitucional que outorgue direito, liberdade ou prerrogativas, (artigo citado). Contudo, com a devida venia e respeito à autoridade científica do eminente constitucionalista, afoitamo-nos em não concordar com o seu pensamento quando diz que "O Mandado de Injunção não é instrumento destinado a obter a produção de norma regulamentadora" (artigo citado), atribuindo tal missão, em especial, à Inconstitucionalidade por Omissão. Pois, não enxergamos como poderá o impetrante usufruir de direito Subjetivo Constitucional que lhe seja negado sob o álabe da ausência da esperada regulamentação e, sendo tal quadro submetido a apreciação do Poder Judiciário, venha a autoridade judiciária apresentar-lhe solução, senão através da pertinente edição da norma regulamentadora para o caso em concreto.

Entendemos que a obtenção efetiva e imediata do direito constitucional do impetrante dar-se-á, mediante a indicação (sentença), pela autoridade judicial, da conduta que deve ser adotada pelo impetrado quando argumenta este, que indefere o direito do particular por inexistir a regra legal que especifique o exercício do mesmo; caso contrário, estar-se-á diminuindo a força e o valor do "writ" — e o que é pior, condenando os direitos e prerrogativas constitucionais a meras regras programáticas, a exemplo do que vexatoriamente ocorreu sob a égide das ordens constitucionais anteriores. Mas, em atendimento ao princípio da Separação dos poderes (60, § 4º, III CF/88), observe-se que a Sentença proferida em Mandado de Injunção não terá o condão de suprir a omissão normativa quando a matéria de que ela se constitui, se inclua no campo de apreciação, exclusivo do Poder Executivo e Legislativo nos termos dos Artigos 48, 51, 52 e 61 § 4º III da Constituição Federal.

Na tentativa de analisar com maior aprofundamento os pressupostos do Mandado de Injunção deparamo-nos com a nomeação no Artigo 5º, inciso LXXI da CF, dos "direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", que devem ser convenientemente divisados. Diz o § 1º do Art. 5º da CF que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata. Em torno de tal afirmação, gerou-se um campo de controvérsia doutrinária quanto a indicação de quais, efetivamente, são os dispositivos constitucionais abrangidos por esta regra.

Num primeiro momento, pode-se afirmar que a vigência imediata conferida pelo dispositivo constitucional, aplica-se às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, restritas estas ao arrolado no Art. 5º, dada a situação de dependência do § 1º referentemente ao artigo em causa, posto que, incisos, parágrafos e alíneas não gozam de autonomia, sendo facultado a estes somente o tratamento minudado da matéria insita no "caput" do artigo a que estão atrelados. Observe-se, porém, que o Título II da CF/88 denomina-se "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" desmembrando-se em cinco outros capítulos. Note-se, ainda, que o art. 5º, LXXI assegura a concessão do Mandado de Injunção, entre outras, para garantir o exercício de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; matérias disciplinadas, máxime, nos arts. 12 a 17, CF/88 e, óbvio não no art. 5º,

que aborda especificamente os direitos e deveres individuais e coletivos. Desta forma, tem bom respaldo exegético a afirmação, segundo a qual, todas as normas capituladas no Título II da Constituição têm aplicação imediata — e não apenas as indicadas no art. 5º (capítulo II) — e são possíveis de eventual garantia pela via do Mandado de Injunção.

"Tudo quanto se enumera nos artigos 5º a 17º, quando referíveis a situações subjetivas, são direitos (lato senso) constitucionais. Todas essas prescrições, por força do mandamento escrito nº § 1º do art. 5º da CF (tecnicamente mal situado), são de aplicação imediata, o que equivale a dizer aptas a constituírem concretamente, situações pessoais configuradoras de direitos públicos ou privados". É o que doutrina, com elegância, o jurista J. J. Calmon de Passos (in Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Progresso — Ed. Forense, 1989, pág. 108).

Manuel Gonçalves F. Filho, advogando a tese da restrição do campo de aplicação do Mandado de Injunção, por ser este cabível apenas na "falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; conclusivamente, assim se manifesta: "Disto resulta que, como é óbvio, não alcança outros direitos, por exemplo, inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final "Inerente à nacionalidade, à soberania, à cidadania" restringe o alcance deste mandado... O Mandado de Injunção não é auto-executável, ou, se se preferir a norma que o institui não é de eficácia plena e aplicabilidade imediata... É manifestamente impossível dar aplicação imediata a uma ação para a qual é mister a definição de um processo especial... (artigo citado).

Contudo, algumas outras consideráveis manifestações doutrinárias predicam exatamente o oposto.

É imperativo que se traga a colação a posição do já referenciado mestre José Afonso da Silva, para quem: "... O dispositivo constitucional que assegura o direito de impetrar injunção, como se nota, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Não requer lei que diga o que é Mandado de Injunção, nem lei que o defina. Isso é função da doutrina e da jurisprudência". (Artigo Citado).

No mesmo sentido é a posição do insigne jurista pernambucano, professor Ivo Dantas que reportando-se ao instituto da "injunction", preconiza: "Ademais, tal construção de engenharia constitucional e processual ocupará maior destaque à medida que nos lembramos que embora ainda não regulamentada a matéria pelo Congresso Nacional, seu caráter de auto-aplicabilidade, determinada pelo § 1º do artigo 5º do Texto Constitucional, não poderá deixar de ser cumprido sob a alegação de inexistência da referida regulamentação, que em nosso entender, ao ser elaborada pelo Poder Legislativo, poderá utilizar-se dos ensinamentos colhidos nos pretórios e na doutrina. Em outras palavras: ao invés de ficarmos à espera de uma lei que regulamente o instituto, a doutrina e a jurisprudência devem partir em frente e em cumprimento da determinação constitucional" (Ob. cit., pág. 69).

Para Celso Ribeiro Bastos, "O Mandado de Injunção não depende da norma regulamentadora. Da mesma forma que, no passado, o Mandado de Segurança e a Ação Popular foram utilizados mesmo antes de sua disciplina legal, também ao instituto sob exame deve ser conferido igual tratamento". (in, Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 1989, pág. 222). Diante dessas ponderações e por imposição do entendimento teleológico a que chegamos da análise constitucional (Art. 5º, incisos XXXVI, LXXI e § 1º) inclinamo-nos por aceitar que o Mandado de Injunção inova a ordem jurídica brasileira, com o objetivo de garantir a incontinente aplicação das normas definidoras, dos direitos e garantias individuais, prescindindo a sua própria aplicabilidade de regulamentação específica para ser utilizado desde já.

É competente para conhecer do Mandado de Injunção nos termos dos Arts. 102, I, alínea "q" e 105, I, alínea "h", respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. No primeiro caso, quando a elaboração da norma regulamentadora for da incumbência do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal. A competência será do S.T.J., quando a atribuição quanto a regulamentação competir a entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e

da Justiça Federal. Note-se que não se conferiu competência aos Tribunais Regionais Federais para apreciar o "writ" de modo que, a generalidade dos casos arguíveis no âmbito da Justiça Federal obrigatoriamente serão levados ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça.

Assegura o professor Michel Temer, no seu livro Elementos de Direito Constitucional que "... os Estados poderão estabelecer, nas suas constituições, a competência dos tribunais estaduais para o julgamento do Mandado de Injunção contra autoridades e órgãos estaduais e municipais" (pág. 210). Idêntica a posição de Ivo Dantas, (ob. cit. pág. 82).

Legitimado ativamente para a propositura da ação é o titular do direito obstaculado por ausência de norma regulamentadora. Não se descarta a possibilidade de admitir-se a substituição processual legitimando-se as entidades associativas — desde que devidamente autorizadas na representação judicial dos seus associados (art. 5º, XXI, CF/88). Os sindicatos só estarão credenciados a defender os interesses da própria categoria, ou seja, com os interesses vinculados ao exercício profissional dos filiados (art. 8º, III, CF/88). Não podendo a tutela sindical se estender a matéria que transcenda o campo de atividade laboral, é imprescindível ao órgão de classe, quando aspire enquadrar-se na figura da representação processual, que esteja munido de expressa autorização do sindicalizado, em atendimento ao disposto no art. 5º, XXI.

O impetrado (sujeito passivo) será sempre a pessoa, entidade ou órgão cuja conduta se traduza em impossibilidade do exercício de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas nos termos da CF, art. 5º, LXXI. Alerta J.J. Calmom de Passos, que é perfeitamente cabível "o ajuizamento da injunção por iniciativa do sujeito passivo da relação jurídica substancial, isto é, por aquele obrigado em face do titular do direito constitucional". (ob. cit., pág. 117).

5. Conclusão.

Os artigos conclusivos aqui expostos, como não poderia deixar de ser, tendo em vista o assunto tratado, estão em aberto. Não têm pretensão à imutabilidade, muito menos, chegam perto de esgotar o infinito de idéias, posições e formulações que a "engenharia jurídica" haverá de construir.

Na verdade é cedo para chegarmos a conclusões; necessitamos para isso de amadurecimento científico sobre o tema, no que a própria escassez doutrinária nos desfavorece.

Contudo, alinhamos algumas idéias menos como conclusão, mas, mais a título de resumo daquilo que nas folhas anteriores procuramos retratar:

a) O Mandado de Injunção é garantia constitucional posta à disposição do particular que se declare prejudicado no exercício de direito e liberdade constitucionais e prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania por ausência de norma que os regulamente. Através deste remédio jurídico, busca-se o suprimento normativo para os casos concretos, levado a efeito pela autoridade judicial competente.

b) Destina-se a defesa de direitos subjetivos constitucionais, propiciando o exercício dos direitos e prerrogativas consignados na Carta Magna, maculados por omissão normativa do Estado.

c) Não se confunde com a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, pois a sua prática levará o Poder Judiciário a apreciar a omissão nos casos concretos, enquanto que esta Ação ataca a lacuna de lei em tese.

d) Não é medida que se dedique a testificar o direito do impetrante; ao contrário, é instrumento dinamizador de direito já existente; em pleno vigor, cujo exercício está impedido por ausência de regulamentação legal, cabendo ao Judiciário o suprimento normativo.

e) É instituto previsto em norma constitucional de eficácia plena e de imediata aplicabilidade; neste particular, não necessitando de norma que o regulamente ou o defina, pois sua definição é projeção do próprio Texto Constitucional.

f) Deve ser impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais superiores. A Constituição excluiu os Tribunais Regionais Federais, porém a doutrina se fortalece no sentido de concitar as Constituições Estaduais a deferir competência para conhecer da injunção, aos Tribunais de Justiça dos Estados. Tal orientação foi acatada pela atual Carta Constitucional do Estado do Ceará, "ex VI" do seu Art. 108 VII, alínea "e" e Art. 100.

6. Referencial Bibliográfico.

Ackel, D. Filho

Mandado de Injunção, S. Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1988.

Bastos, Celso Ribeiro

Curso de Direito Constitucional, S. Paulo: Saraiva, 1989.
Comentários à Constituição do Brasil, S. Paulo: Saraiva, 1988.

Cretela Junior, José

A Constituição Brasileira 1988: Interpretações, R. Janeiro: Saraiva Universitária, 1988.

Francisco, Ivo Dantas Cavalcante

Mandado de Injunção, R. Janeiro: Aide Ed., 1989.

Ferreira Filho, Manuel Gonçalves

Notas sobre o Mandado de Injunção, in Repertório IOB Jurisprudência — 2ª quinzena de Out/88, nº 20/88, pág. 297.

Passos, José Joaquim Calmom de

Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas data (Construção e Processo), R. Janeiro: Forense, 1989.

Sidou, J. M. Othon

Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular — As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, R. Janeiro: Forense, 1983.

Silva, José Afonso da

Mandado de Injunção, Direito do Cidadão, in Jornal do Brasil, de 26/09/88.

Temer, Michel

Elementos de Direito Constitucional, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1989.

A AUTONOMIA MUNICIPAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

JUDICIAEL SUDÁRIO DE PINHO

Professor de Direito Constitucional, Coordenador do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial do Estado do Ceará.

SUMÁRIO: I. Preâmbulo. II. O Princípio Federativo. III. A Autonomia Municipal; 1. O Tratamento Constitucional da Matéria; 2. A Natureza Jurídica do Município. IV. A Autonomia Municipal da Constituição de 1988. V. Conclusão. VI Referências Bibliográficas.

I — PREAMBULO

Autonomia, do grego *autós* (= próprio) e *nómos* (= lei), significa, literalmente, o que se rege a si próprio, o que dá leis a si mesmo. É a faculdade de que são dotados alguns entes para se organizarem juridicamente, de criar direito próprio, direito reconhecido pelo próprio Estado e por ele adotado para fazer parte do seu sistema jurídico, obrigatório como as próprias leis e os próprios regulamentos.

Autonomia é, pois, a possibilidade de selecionar, para si mesmo, regras de governo próprio. No dizer de HELY LOPES MEIRELLES,

“Autonomia é prerrogativa política, outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros e Municípios), para compor o seu governo e prover a sua administração segundo o ordenamento jurídico vigente. É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria (...).”¹

Não sendo poder originário, não pode a autonomia ser confundida com soberania. Autonomia é prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal². Daí porque diz ZONOBINI ser “a faculdade que têm alguns entes de se organizarem juridicamente, de criarem um direito próprio, direito que, como tal, é não só reconhecido pelo Estado, mas também por ele adotado para fazer parte do seu próprio sistema jurídico e declarado obrigatório como as próprias leis e os próprios regulamentos. As principais manifestações da autonomia são os ‘estatutos’ de muitos entes não territoriais,

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

como as instituições de beneficência, os consórcios, as associações profissionais, os 'regulamentos' das comunas e das províncias." ³

Em síntese, a autonomia enseja a que cada pessoa política legisle para si, de acordo com as competências que o Texto Máximo lhe atribuiu. Vale dizer: nenhuma lei, que não a emanada de seu órgão legislativo, tem a possibilidade jurídica de se ocupar com assuntos de seu interesse. Os entes políticos, do Estado Federal Brasileiro, por exemplo, têm o direito subjetivo a sua autonomia e, por via de consequência, ao pleno e livre exercício das competências que lhe foram entregues pela Carta Magna. Podem, pois, impugnar judicialmente qualquer ato normativo que tenha sido editado em prejuízo de suas prerrogativas constitucionais. Isto ocorre porque:

"O Estado federal é um Estado que se caracteriza por uma descentralização de forma especial e de grau elevado; que se compõe de coletividades-membros dominadas por ele, mas que possuem autonomia constitucional bem como participam da formação da vontade federal, distinguindo-se desta maneira de todas as demais coletividades públicas inferiores." ⁴

Esse conceito, no entanto, sofreu os impactos da evolução sócio-econômica das Nações, e o federalismo assim entendido, que se tornaria de difícil, talvez impossível, caracterização, na expressão de VICTOR NUNES LEAL, passou a ser conceituado levando em consideração o fator "poder". Com efeito, é o mesmo VICTOR NUNES LEAL quem aponta a dificuldade fundamental dessa caracterização ao afirmar que "a caracterização do Estado federal é um problema tormentoso, pela dificuldade extrema de distingui-lo do Estado unitário descentralizado" ⁵. Em ambos, é possível verificar a coexistência, num mesmo território e sobre os mesmos cidadãos, de, pelo menos, duas esferas governativas: a geral e a local. Por isso mesmo, há de ser completada como esclarecimentos mais detalhados a fórmula de BRYCE, quando diz:

"O que caracteriza o Estado federal é justamente o fato de, sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação política de dois governos distintos, o federal e o estadual." ⁶

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 78/105 Jun. 1992

E o faz, apontando o traço fundamental característico da Federação:

"A essência da descentralização administrativa e política do federalismo consiste em estar essa descentralização fora do alcance do poder legislativo central." ⁷

E completa, citando LINARES QUINTANA, para quem "a base do sistema federativo é a harmonia entre as duas ordens de competência (a federal e a estadual) e que haja meios eficazes para garantir essa harmonia" ⁸, com o seguinte:

"O essencial — insistimos — é que o legislativo federal não possa mutilar a competência estadual configurada no texto da Constituição. O traço apontado por Le Fur ("Précis de Droit International Public", Paris, 1931, nº 198, pág. 89) como característico das Federações, isto é, a existência de um Senado (ou que outro nome tenha) onde os diversos Estados-membros estejam representados como unidades políticas, vale como um controle prévio, uma garantia a priori da autonomia estadual. Como é essencial o acordo desse órgão para a elaboração das leis federais, é de se presumir que os representantes dos Estados-membros não se conformem com as mutilações que a outra casa do parlamento queira fazer na competência estadual privativa." ⁹

Cumpra observar, porém, que, nesse sistema, é característico também que, dentro dos parâmetros traçados pela Constituição, "a nota mais importante do Estado federal é a vontade federal, isto é, o aparecimento de um novo poder com força e efetividade. Força e efetividade arrimadas nas disposições e normas constitucionais, mesmo porque, sendo os Estados autônomos mas não soberanos, têm eles de se submeter a um conjunto de regras, que lhes são impostas, para não romper a harmonia federativa", na precisa observação de ANHAIA MELLO. ¹⁰

II — O PRINCÍPIO FEDERATIVO

O atual ordenamento constitucional brasileiro consagra, como princípio fundamental de sua estrutura sistemática, a forma federativa de Estado. Esse princípio constitucional, como outros contidos no texto da nossa Lei Maior — a forma republicana de governo, a separação de poderes, os direitos

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

e garantias individuais, a legalidade, a moralidade, a igualdade, a universalidade da jurisdição, a autonomia municipal — constitui, em virtude de sua grande generalidade, regra básica e preeminente, vinculadora da interpretação e aplicabilidade de outras normas jurídicas, inclusive constitucionais. A esse propósito, é o seguinte o pensamento de VALMIR PONTES FILHO:

“Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional. Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infra-constitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com tais princípios, verdadeiros vetores para soluções interpretativas, nas palavras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO.”¹¹

O que seria, então o Federalismo?

Primeiramente, é preciso advertir que, no Brasil, a expressão FEDERAÇÃO, é entendida como significado ESTADO FEDERAL, entendimento que não é rigorosamente correto, pois a Federação é um gênero que compreende a **Confederação de Estados** (nascida de um pacto, de nítido e inofismável caráter contratual, sobrevivendo como tal, fazendo com que as regras comuns só possam ser modificadas unanimemente, abrindo-se às coletividades descontentes com sua alteração a possibilidade de secessão) e **Estado Federal** (o pacto, quando é ele que o estabelece, é a sua Constituição e, como tal, pode ser modificado pelo modo que previr, sem possibilidade de secessão).

LE FUR, ao indicar que o Estado Federativo difere do Estado Unitário, começa por distinguir as duas formas que consagra sob a denominação de Estado Federativo *lato sensu* — a Confederação de Estados e o Estado Federal propriamente dito. E afirma textualmente:

“Il y a certes, tant entre l'État fédératif lato sensu et l'État unitaire qu'entre l'État fédéral et la confédération d'États, des différences considérables au point de vue du droit international public; mais l'on verra que ces différences ont leur fondement juridique dans les rapports de coordination ou de subordination qui existent entre

les États particuliers ou entre ces États et le central; c'est la constitution fédérale, et non le droit international public, qu'il faut consulter pour savoir quel pouvoir a le droit de représenter à l'étranger les membres de l'État fédératif et cet État lui-même, pour savoir si l'État fédératif seul ou lui et ses membres à la fois ont les droits de guerre et de légation, celui de conclure des traités, etc.”¹²

Fixada essa idéia, pode-se agora tentar definir Federalismo, ou melhor, Estado Federal. É a forma de Estado em que o poder político é exercido de modo descentralizado por, pelo menos, duas esferas governativas. Num Estado Federal, em virtude mesmo dessa descentralização no exercício do poder político, devem existir, concomitantemente, um Governo federal (ou nacional) e Governos locais, cada um com competências próprias, outorgadas diretamente pela Constituição. Por isso, não se pode falar em hierarquia jurídica do Governo federal (ou da União) sobre os Governos locais (ou dos Estados-membros da Federação), uma vez que cada um exerce funções que a Constituição lhes confere, sendo vedado a um interferir na área de competência do outro.

O Estado Federal pressupõe, consequentemente, a coexistência de, pelo menos duas esferas normativas, daí existirem leis da União e leis dos Estados, que devem versar, respectivamente, sobre matérias que sejam reservadas para elas pela Constituição. Se uma lei federal ou nacional tratar de matéria deferida constitucionalmente à área competencial dos Estados, ou vice-versa, haverá, em ambos os casos, ofensa à Lei Maior, configurando-se, portanto, uma inconstitucionalidade.

LOEWENSTEIN estabelece, com precisão, as características essenciais do Estado Federal:

“el Estado central o 'federacion' tiene una propia soberania estrictamente separada de la soberania de los Estados miembros, estando esta última considerablemente limitada por aquélla. El Estado central ejerce através de sus propios detentadores del poder — los órganos 'federales' — un dominio directo sobre los ciudadanos de todo el territorio nacional, sin intervención de los Estados miembros. La distribución de competencias entre el Estado central e los Estados miembros se hace de manera que permita el funcionamiento del Estado federal independientemente de los Estados miembros y, por otra

parte, otorga a estos últimos el grado de independencia frente al Estado central, que aparece como deseable para la continuación de la personalidad estatal de las regiones. Y, finalmente: los fundamentos esenciales de las relaciones federales están fijados en un documento constitucional formal. Ningun Estado federal puede funcionar sin una constitución escrita; ésta es la encarnación del contrato sobre la 'alianza eterna'. Por medio de este pacto, los Estados miembros, hasta entonces soberanos, prescinden de ciertos derechos inherentes a su soberanía en favor del Estado central, siendo compensados al estar protegida su existencia por todos los otros miembros y gozar de las ventajas que se derivan de la vinculación a una comunidad estatal mayor. La organización federal se basa en la idea de que la constitución federal establece un compromiso entre los intereses de la unidad nacional y de la autonomía regional, creando, por medio de la comprensión racional un equilibrio duradero e beneficioso para todos los participantes." 13

TEMER¹⁴ expõe mais didaticamente quais seriam os traços caracterizadores de um Estado Federal, colocando a questão em termos de requisitos de existência e requisitos de manutenção da forma federativa de Estado. São requisitos essenciais à existência do Estado Federal: (a) **repartição constitucional das competências**, inclusive legislativas, que é a própria descentralização política fixada na Constituição; (b) **participação das entidades federadas na formação da "vontade criadora da ordem jurídica nacional"** (no Brasil, isso acontece por intermédio do Senado); e (c) **possibilidade de auto-constituição dos Estados-membros**, vale dizer, a possibilidade de terem os Estados-membros suas próprias constituições. Além disso, para que se mantenha o Estado Federal, necessário o seguinte: a rigidez da Constituição nacional que houver repartido as competências (significa que a reforma constitucional somente se fará por um processo especial e solene, por ela mesma previsto, com absoluta impossibilidade de qualquer alteração do texto constitucional que implique quebra do princípio federativo) e a existência de um órgão constitucional com a tarefa primordial de exercer o controle da constitucionalidade das leis. Diz o ilustre professor paulista e destacado constituinte de 1988 que, para caracterizar a Federação, em verdade, os dois últimos aspectos são dis-

pensáveis, sendo indispensáveis, no entanto, quando se cuida persistência da forma federal de Estado.

Oportuníssima é a lição de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO sobre a prática federativa brasileira:

"O federalismo brasileiro é de equilíbrio, pressupondo a absoluta igualdade político-jurídica entre as unidades federadas do mesmo nível. Inexiste, entre nós, o federalismo hegemônico, caracterizado pela supremacia de algumas unidades federadas sobre outras, em função de seu maior grau de desenvolvimento econômico e social. O Brasil evoluiu, também, do federalismo dualista (C.F. de 1891: competências estanques entre as unidades federadas e ausência de colaboração mútua) para o modelo cooperativo de federalismo (a partir da C.F. de 1934), que legitima a colaboração recíproca entre as diversas unidades da Federação." 15

Alcançando este ponto, necessário deixar claro que, além da igualdade jurídica, indispensável, no Estado Federal, é a autonomia das pessoas políticas que o compõem.

A autonomia dos Estados-membros na Federação brasileira, "compreendida como governo próprio dentro do círculo de competência traçado pela constituição federal" 16, encontra seu fundamento jurídico-constitucional no art. 25 da Constituição Federal. O alcance concreto da autonomia estadual envolve a capacidade de auto-organização, de auto-legislação, de auto-governo e de auto-administração.

Os Municípios foram guiados, por disposição expressa da Constituição de 1988, à invejável condição de pessoa política integrante da Federação brasileira, o que certamente constitui grande inovação desse texto, embora pense que, entre nós, é indiscutível a autenticidade da autonomia municipal e que a sua formação, ao longo da nossa história se deu de modo absolutamente espontâneo, em contraposição ao caráter abrupto e artificial com que se implantou o Estado Federal. Parece-me que a autonomia municipal, entre nós, mesmo do ângulo estritamente jurídico-formal, já deita raízes relativamente profundas no nosso constitucionalismo, uma vez que a afirmação autônoma dos municípios deu-se antes mesmo da sua afirmação jurídica. 17

A liberdade e autonomia municipais são condições indispensáveis para a efetivação do processo democrático descentralizado. A autonomia do Município é restrita aos assun-

tos localizados no âmbito de sua área territorial, dentro de seu exclusivo e único interesse. A liberdade política concretiza-se pela investidura do cidadão em todas as formas de atividades constitucionalmente garantidas, deixando de existir se não for assegurada a plenitude dos direitos elementares que se resolvem no governo local. O municipalismo há de ser encarado como uma forma primária de atividade social, que, tornando-se efetiva na larga esfera das relações morais e políticas, oferece enorme contributo para o aprimoramento das instituições.

III — A AUTONOMIA MUNICIPAL

1. O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

É da tradição do constitucionalismo brasileiro, com maior ou menor acentuação, como consequência mesma da opção pelo Estado Federal, consagrar o princípio da autonomia do Município.

A Constituição de 1891, a primeira da história republicana de nosso país, fixou a tese da autonomia municipal:

"Art. 68. Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse."

Essa era a regra, excepcionada, no entanto, pelo que continha o artigo anterior da mesma Carta Constitucional. Vejamos:

"Art. 67. Os Estados organizar-se-ão por leis suas, sob o regime municipal, com estas bases:

- 1º. a autonomia do Município, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse;
- 2º. eletividade da administração local."

Absolutamente incompreensível que o Congresso Constituinte tenha eliminado, do elenco de competências municipais, a eletividade da administração municipal, entregando-a aos Estados. Na linguagem jurídica, o que se denominava como administração municipal era principalmente a Câmara Municipal, tida como uma corporação administrativa. O fato de se atribuir ao Município apenas a elaboração das leis, sendo-lhe estranha a execução, motivou de PEDRO LESSA o seguinte e indignado comentário:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 78/105 Jun. 1892

"Resta verificar se nas discussões da Assembléa Constituinte algum subsídio se depara aos que sustentam ter querido aquela assembléa mutilar de modo tão surpreendente a autonomia municipal, entregando o Poder Legislativo ao Município e o Executivo às agentes do Presidente do Estado: isto é, dividindo tudo o que respeita ao peculiar interesse do Município, na linguagem do texto constitucional, em duas partes, para confiar a mais relevante aos funcionários nomeados por um poder estranho." 18

A Constituição de 1934 procurou assegurar aos Municípios a autonomia política, com a eletividade do prefeito e dos vereadores da Câmara Municipal, permitindo a eleição daquele por essa (artigo 13, inciso I), a decretação dos seus impostos e taxas, arrecadação e aplicação de suas rendas (artigo 13, inciso II), a organização dos serviços de sua competência (artigo 13, inciso III). Nas capitais e estâncias hidro-minerais, o prefeito poderia ser nomeado pelo Governo. Aos Estados era permitido criar um órgão de assistência técnica à administração municipal e de fiscalização de suas finanças, medidas que, sem dúvida, viriam a afetar a efetiva autonomia municipal, desde que decorre principalmente da livre organização de seu governo: Prefeito e Câmara Municipal. 19

A Constituição de 1937, principalmente em virtude da política decorrente do movimento implantado pelo Estado Novo, aprofundou seriamente a crise do federalismo brasileiro, com a implantação de um profundo sistema autoritário e centralizador. Apesar disso, a Constituição de 1937 assim determinava:

"Art. 26. Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

- a) a escolha dos vereadores pelo sufrágio direto dos municípios alistados eleitores na forma da lei;
- b) a decretação dos impostos e taxas atribuídas a sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;
- c) a organização dos serviços públicos de caráter local."

Embora tenha conservado a eletividade dos vereadores, a Constituição de 1937 consagrou o princípio da nomeação

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1892

do prefeito. É dessa época o surgimento das chamadas zonas econômicas, instituídas pelo art. 29:

"Art. 29. Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins."

Aqui, dessa nova configuração política esboçada entre o Município e o Estado, surgem talvez os primeiros antecedentes da Região e das Áreas Metropolitanas. De índole totalmente centralizadora, inspirada que foi com o único objetivo de fortalecimento do Poder Executivo, a Constituição de 1937 teve profundos reflexos na organização municipal, transformando os Municípios verdadeiramente nas antigas províncias do Império, principalmente porque, especificamente no respeito aos Municípios, mesmo dando-lhes uma autonomia canhestra, não vigorou, assim como não vigorou em relação à quase totalidade dos assuntos que regulou, pois que havia sido redigida conscientemente para não ser aplicada. Pode-se mesmo afirmar que não havia propriamente Municípios, compreendidos como entes dotados de governos autônomos, mas tão-somente autarquias territoriais, obedientes à estrutura centralizadora do Governo.

Com a queda do autoritarismo implantado em 1937 e a consequente redemocratização do País, a questão do Estado Federal voltou a ocupar o centro dos debates políticos e constitucionais. Desconcentração do poder político, descentralização do sistema administrativo, retração do Poder Executivo Central às suas juntas proporções, recuperação por parte dos Estados-Membros e dos Municípios de sua legítima competência para a constituição de seus poderes legais foram as teses mais discutidas por ocasião dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1946. Essa Carta Constitucional, dita a mais municipalista de todas as constituições brasileiras, fixou normas de fundamental importância para a recuperação do Estado Federal Brasileiro, com intensa repercussão no âmbito da autonomia municipal. A esse propósito, é bem expressiva a lição de MACHADO PAUPÉRIO:

"A Constituição de 1946 é, sem dúvida, a mais municipalista de quantas Constituições já conheceu o Brasil, havendo, por inspiração dos modelos políticos contem-

porâneos, dado ao Município o relevo que, de fato, merecia. Havendo revigorado a autonomia dos Estados-Membros, fê-lo, contudo, com enfraquecimento tributário em prol dos Municípios sobre os quais aqueles já não poderão exercer a mesma faculdade de fiscalização e controle. Aliás, no tocante à organização municipal, não deu a Constituição de 1946 aos Estados-Membros maior liberdade, como o fizera o regime instaurado em 1891. Pelo art. 7º, inciso VII, letra e, facultou-se à União Federal intervir nos Estados, a fim de os compelir à observância do princípio da autonomia municipal. Assim sendo, restabeleceu-se, em sentido amplo, a autonomia dos Municípios, que se fortaleceram economicamente, através da revisão do regime tributário, em detrimento dos Estados. A nova Constituição adotou com felicidade critérios úteis de discriminação dos elementos característicos da autonomia municipal. Isso já se tinha, aliás, concretizado desde 1934, a tal ponto que, desde aquela época, já muitos consideravam a Federação Brasileira como uma verdadeira trilogia, constituída da União, dos Estados e dos Municípios."²⁰

O Golpe de 1964, além de implantar uma crise institucional sem precedentes na história do Brasil, desfigurou, outra vez, o Estado Federal Brasileiro, com evidentes consequências na autonomia municipal. Mesmo tendo permanecido, no plano jurídico-formal, tanto na Constituição de 1967, quanto na Emenda Constitucional nº 01 1969 (verdadeira nova Constituição, uma vez que, em face da decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, ficou estabelecido, expressamente, que a Constituição do Brasil de 1967, foi revogada pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969 — RTJ, 98:952-63), uma Federação, era difícil encontrar a configuração de um Estado Federal no Brasil, principalmente nos últimos anos da evolução do regime político implantado pelo movimento militar de 1964.

Quanto ao Município, a partir de 1967, a perda da autonomia foi crescente, sendo especialmente notável na distribuição das arrecadações tributárias. De toda forma, no que pertine exclusivamente à autonomia municipal, depois de sucessivas reformas constitucionais, a Carta de 1969 fixou-se no seguinte texto:

"Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, realizada simultaneamente em todo o País;

II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

b) à organização dos serviços públicos locais."

Na vigência dessa Constituição, os Municípios, embora considerados pessoas jurídicas de direito público, dotados de competências próprias, não participavam, como integrantes necessários, do pacto federativo (v. art. 19). Isso se constituía em:

"Uma grossa inadequação ou incoerência do nosso Texto Constitucional o erigir o município em uma entidade autônoma, co-participe do exercício da soberania e ao mesmo tempo excluí-la do enunciado descritivo da estrutura federativa brasileira. Até o anterior Texto, a Federação era composta de Estados, ficando, no entanto, sempre no ar a pergunta: mas onde ficariam os municípios, se eles colaboram decisivamente para compor o quadro de nossa organização político-administrativa? Como não aceitá-los como partes integrantes da própria Federação Brasileira? Tratava-se de mero apego fetichista a noções teóricas extraídas de autores estrangeiros refletindo sobre realidades próprias dos seus respectivos Estados. Se o Brasil adotou e pretende preservar a autonomia político-constitucional do município, não há porque deixar de incluí-lo entre os elementos integrantes da Federação Brasileira."²¹

2 — A NATUREZA JURÍDICA DO MUNICÍPIO

Do ponto de vista político, pode-se dizer que há Estados centralizados (com um único centro de produção normativa) e Estados descentralizados, em que a capacidade de edição de normas jurídicas se acha distribuída entre comunidades parciais que os integram. Consagrada tal descentralização política em uma Constituição rígida (cujas normas não possam ser modificadas pelo processo ordinário de elaboração legislativa), estaremos diante de um Estado Federal²², "caracteri-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

zado pela associação parcial de coletividades em vista da realização de interesses comuns e, reciprocamente, pela autonomia parcial dessas mesmas coletividades em vista do atendimento a seus interesses particulares."²³

Entre essas coletividades parciais, integrantes do Estado Federal, não existe nenhuma relação de subordinação hierárquica, sendo cada uma delas competente para dispor sobre certos assuntos ou sobre certos aspectos de um assunto, dentro dos limites territoriais em que se circunscrevem.²⁴ Assim, atributo característico das diversas unidades territoriais que compõem o Estado Federal é a autonomia, do mesmo modo que a soberania caracteriza a Federação, no seu todo considerada.

Não é fácil fixar, com exatidão, o conceito jurídico de autonomia, conquanto isso seja fundamental para a compreensão do Estado Federal. Vários são os aspectos que podem ser por ela indicados: auto-organização, autogoverno, auto-legislação e auto-administração são elementos citados como compreendidos no espectro de abrangência da autonomia.²⁵ O que é certo é que se trata de um conceito de conteúdo variável, como bem aceita a doutrina brasileira, podendo-se ir, em verdade, de um ponto máximo a um ponto mínimo de autonomia. Vale dizer: por mais autonomia que disponham, jamais estarão os entes autônomos totalmente liberados de condicionamentos jurídicos, já que não são soberanos. Minimamente, entende-se compreendidas na autonomia as faculdades de auto-regulação e de auto-administração, com a dotação de recursos financeiros próprios, que custeiem o seu exercício. A autolegislação (autonomia política) é, contudo, o elemento essencial e característico da descentralização política, posto que a autonomia administrativa (auto-administração) e a autonomia financeira (rendas próprias) estão também incluídas no fenômeno jurídico da descentralização administrativa.²⁶

O Município brasileiro, nos termos em que o acolhe a vigente Constituição Federal de 1988, está predicado, indubitavelmente, de autonomia administrativa, financeira e, sobretudo, política, não se admitindo, hoje, mais nenhuma controvérsia a respeito de sua capacidade de auto-organização, a teor do que estatui o art. 29, do Estatuto Maior. Nesse sentido, é a doutrina, valendo destacar a de ALAOR CAFFE ALVES, que expõe, com clareza, a natureza jurídica da entidade, de base territorial, conhecida entre nós por Município:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

"O município brasileiro possui autonomia assegurada constitucionalmente e é por esta que ele se compõe como pessoa jurídica de direito público interno, dotada de poder político.

É o município o resultado da descentralização política que peculiariza nossa federação; tem personalidade jurídica diferenciada da de outros entes políticos e exerce, nos limites de sua esfera privativa de competência, poderes de gerar o direito, agindo em sua conformidade e no âmbito de um determinado território."²⁷

Oportuno, aqui, lembrar a nova posição constitucional dos Municípios. Na ordem constitucional anterior, os Estados formavam a Federação brasileira. Os Municípios, não. O art. 1º da Constituição de 1969 possuía a seguinte redação:

"Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios."

O art. 1º da atual Constituição Federal está assim redigido:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituição em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I — a soberania;
- II — a cidadania;
- III — a dignidade da pessoa humana;
- IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V — o pluralismo político."

Fácil perceber, do exame dos dois dispositivos constitucionais acima transcritos, que os Municípios, hoje, são integrantes necessários da Federação brasileira. Sua autonomia é ampla (ao contrário da ordem constitucional anterior, art. 15, que consagrava uma autonomia apenas relativa), consubstanciada nos arts. 29 a 31, dedicados à sua atuação, assim como uma seção da ordem econômica (reforma urbana) ofertada a seu peculiar interesse. Nessas condições, no exame de questões sobre a competência municipal, não há como permitir invasões de outros entes federativos em sua competência exclusiva. Os Municípios deixaram de ser parte dos

Estados, que compunham a Federação (como ocorre em todas as Federações mais evoluídas), para ganhar densidade e autonomia nunca antes possuídas na experiência constitucional brasileira.

IV — A AUTONOMIA MUNICIPAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988, corrigindo a ambiguidade apontada no texto constitucional anterior, em que o art. 1º parecia contrariar o que estatuiu o art. 15, elevou o Município à mesma dignidade federativa da União e dos Estados-Membros, numa alteração que, espera-se, conduza a um reforço sensível das rendas e das competências municipais. Se isso acontecer, talvez tenhamos iniciado o caminho da superação das nossas maiores dificuldades como Estado Federal, fazendo com que, ao Município, sejam atribuídas muitas competências compatíveis com suas dimensões geográficas, criando aquilo que BASTOS & MARTINS denominaram de "república federativa municipalista", sucedânea da "república federativa estadualista".²⁸

A "regra de ouro" do Estado Federal Brasileiro, na sugestão dos dois ilustrados juristas de São Paulo, poderia ser a seguinte:

"nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isso significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas se não a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União."²⁹

Sem ter chegado ao nível da sugestão de BASTOS & MARTINS, a Constituição de 1988 não permite a divergência frontal encontrada nas manifestações doutrinárias sobre a autonomia municipal na nova ordem constitucional. Entendem uns que o Município foi aniquilado como entidade política; outros afirmam que o Município ganhou efetivamente uma autonomia real e concreta. A Lei Maior hoje em vigor, procurando melhor informar todo o processo de institucionalização do Brasil, deu contornos efetivos à autonomia municipal, tendo traçado as seguintes notas tipificadoras dessa autonomia:

1. Em sua dimensão política, a autonomia municipal é assegurada pela eleição direta do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores (art. 29, inciso I), para mandato de quatro anos (decorrência do princípio republicano), mediante eleição direta e simultânea realizada em todo o País.

2. Na eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito, será adotado o princípio da maioria absoluta para os municípios que contêm mais de duzentos mil eleitores (eleição em dois turnos). A eleição não será, necessariamente, em dois turnos, desde que algum candidato, já no primeiro turno, alcance a maioria absoluta. O segundo turno só ocorrerá onde isso não acontecer, atentando-se para o fato de que, no âmbito municipal, esses dois turnos somente ocorrerão nos Municípios com número de eleitores superior a duzentos mil.

3. Posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição (art. 29, inciso III). Embora pareça despropositado que a Constituição de tenha preocupado em fixar a data da posse do Prefeito e do Vice-Prefeito, na verdade, não o é. É muito importante a coincidência entre o início do exercício do mandato com o início do exercício fiscal, a fim de se evitar aqui que, no passado, se verificava com frequência: na mudança da legislatura, o Prefeito que saía, no mês de janeiro, liquidava o orçamento municipal.

4. Número de vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites (art. 29, inciso IV):

- mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de menos de um milhão de habitantes;
- mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
- mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios com mais de cinco milhões de habitantes.

Importante observar a modificação da vinculação da quantidade de vereadores: não mais ao número de eleitores, mas ao número de habitantes. A antiga vinculação (número de eleitores) tinha uma razão interessante: só podia ser eleitor quem fosse alfabetizado. Havia, então, grande interesse ao município em alfabetizar a fim de que com isso, tivesse aumentado o seu número de vereadores. Hoje, essa vinculação se faz, por uma opção política, ao número de habitantes.

5. Remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura, para a subsequente, observados certos requisitos, que, em verdade, por serem muito tênues, não limitam coisa alguma. Importante aqui observar que a remuneração de Prefeito e Vereadores repercute na remuneração dos funcionários municipais, pois vão funcionar como limite máximo da remuneração de tais funcionários. Outro ponto importante é a proibição de qualquer favor fiscal aos titulares dos mandatos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, especialmente no tocante ao Imposto de Renda, o que evita uma prática indecorosa existente até pouco tempo.

É, ainda, importante destacar que a remuneração dos Prefeitos dependia, no passado, da Lei Orgânica dos Municípios, que era uma lei estadual. E a remuneração dos Vereadores dependia de uma lei federal. Agora, isso fica inteiramente a critério da Câmara Municipal, não havendo um limite no tocante à remuneração de prefeitos e vereadores. É comum a formulação de perguntas a respeito de, se a partir de agora o vereador vai fixar, como remuneração, aquilo que quiser. A resposta é forçosamente afirmativa. Trata-se de uma questão de autonomia, de maturidade, de exercício da cidadania, de responsabilidade, com influência direta sobre o processo eleitoral: o eleitor, ao votar, deve saber que vai pagar o preço do Vereador e do Prefeito que eleger. É assim mesmo que funciona o sistema de autonomia com responsabilidade.

6. Inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, inciso VI). Essa inviolabilidade era realmente necessária e bem andou o constituinte ao garanti-la no texto constitucional, para assegurar a liberdade, a autonomia, enfim, o livre e autêntico exercício do mandato. O Vereador não pode ser estrangido, amedrontado, não pode ser aterrorizado. Não se trata, pois, de inviolabilidade de homenagem à pessoa do Vereador, mas de prerrogativa de função, fundamental para o exercício pleno da representação política. Argumenta-se que essa inviolabilidade levará à impunidade. É preciso, no entanto, não se confundir o preceito com a patologia dele. Abusos nesse tocante acontecem. A imunidade parlamentar transformou-se, entre nós, em impunidade parlamentar por uma questão de corporativismo exacerbado. De qualquer sorte, não é isso que a Constituição

Federal assegura. A inviolabilidade diz respeito tão somente às palavras, opiniões e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

7. Proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto na Constituição Federal para os membros do Congresso Nacional e, na Constituição Estadual, para os membros da Assembléia Legislativa (art. 29, inciso VII). Essas vedações, proibições e incompatibilidades têm um único propósito: evitar que o Vereador, pelo exercício de determinadas funções, possa ficar subordinado, numa situação de submissão a certas autoridades, ao Executivo Municipal, Estadual ou qualquer outra vinculação desse tipo. O objetivo é sempre assegurar o pleno exercício do mandato.

8. Julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça (artigo 29, inciso VIII). De se indagar, aqui, se seria o julgamento do Prefeito efetivado pelo Tribunal de Justiça em qualquer ação que o Prefeito seja parte? Por exemplo: um mandado de segurança contra ato atribuído ao Prefeito seria processado e julgado pelo Tribunal de Justiça? O texto constitucional enfoca o julgamento da pessoa do Prefeito, quando acusado do cometimento de crime comum. Assim, o julgamento pelo Tribunal de Justiça ocorrerá quando estiver em jogo a pessoa do Prefeito, e não atos municipais. Vale dizer: a interpretação desse inciso restringe o julgamento pelo Tribunal de Justiça à pessoa do Prefeito, quando o interesse do Prefeito na condição de mandatário político estiver em jogo.

Por outro lado, cumpre ressaltar que, de acordo com a nossa sistemática constitucional, os crimes de responsabilidade, por não serem infrações penais, mas infrações políticas, sujeitos a julgamento político, não são julgados pelo Poder Judiciário, mas, sim, pelo Poder Legislativo (Câmara Municipal).

9. A Lei Orgânica do Município cuidará da organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal (art. 29, inciso IX). Dispositivo inteiramente desnecessário. Se a Lei Orgânica do Município disso não cuidar, vai cuidar de quê? Talvez pudesse ser enxergado aqui que a Câmara Municipal, obrigatoriamente, terá funções legislativas e fiscalizadoras. Vale dizer: a Câmara Municipal não pode ter apenas uma dessas funções, mas sim, necessariamente, as duas.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

10. A Lei Orgânica do Município cuidará da cooperação das associações representativas do planejamento municipal (art. 29, inciso X). A Carta Política de 1988 não mais admite, na Administração Pública, o empirismo e a improvisação, e elegeu o planejamento como um valor de nível constitucional. A Administração Pública, e também a municipal, por disposição constitucional expressa, há de se reger pelas técnicas de planejamento, por um processo lógico, técnico, objetivo de escolha das ações a serem empreendidas pelo governo municipal. O planejamento é obrigatório para o Município. Esse planejamento municipal, também por expressa disposição constitucional, tem que contar com a cooperação de associações, representativas das várias categorias sociais no âmbito municipal. Assim, o planejamento municipal deve contar com a participação da comunidade, através das suas organizações, por intermédio dos órgãos da sociedade civil.

11. O inciso XI, do art. 29, traz para o âmbito municipal a questão da iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado. A Lei Orgânica do Município, ao cuidar do processo legislativo, não pode deixar de contemplar a iniciativa popular, que já é prevista na Constituição Federal e que deverá ser obrigatoriamente encampada pelo Município.

12. Perda do mandato do Prefeito, nos termos do art. 28, parágrafo único (art. 29, inciso XII). O parágrafo único, do art. 28, da Constituição Federal, diz o seguinte: "Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V". Por semelhança, o Prefeito Municipal também perderá o mandato se assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, exceto a posse em cargo em virtude de concurso público.

13. Ainda no âmbito da autonomia municipal, importante observar as seguintes possibilidades:

a) competência do município para legislar sobre assuntos de interesse local, além de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, incisos I e II);

b) competência no Município para instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

publicar balancetes nos prazos fixados em lei (art. 30, inciso III);

c) competência do Município para criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual (art. 30, inciso IV);

d) o município pode organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de permissão ou concessão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter de essencialidade (art. 30, inciso V);

e) ao Município compete manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (art. 30, inciso VI) e prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, inciso VII);

f) ao Município é permitido promover, no que couber; adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII), assim como promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (art. 30, inciso IX).

14. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver; além disso, essa fiscalização poderá ser feita pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei (art. 31, *caput* e parágrafo primeiro). O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (parágrafo segundo). Importante é a previsão do parágrafo terceiro, segundo a qual as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Mais importante do que tudo isso é a possibilidade de auto-organização municipal prevista expressamente no texto constitucional:

"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes princípios:"

Ideal seria que essa lei orgânica, na medida em que constitui o Município, seguindo os princípios das Constituições federais e estaduais, pudesse gozar de superioridade formal em relação aos demais diplomas legislativos municipais, bastando, para tanto, que, nessa lei de organização política do Município, constasse, seguidos os parâmetros indicados pelo art. 60, da Constituição Federal, um processo legislativo próprio, especial e solene, que possibilitasse a edição de emendas à lei orgânica municipal, bem como o processo legislativo referente à elaboração de leis complementares à lei orgânica, de leis ordinárias, de decretos, etc.

Há, no entanto, uma firme oposição doutrinária ao regime de leis orgânicas próprias, isto porque se permitiria a cada município editar uma lei orgânica diferente. Há mesmo quem diga ser inútil e prejudicial essa multiplicidade de legislação orgânica municipal, pois que, além de dificultar o conhecimento da lei local, o sistema tem reduzida aceitação no Brasil.³⁰ Inteira e impropriedades são os argumentos contrários à permissão constitucional de os municípios elaborarem suas próprias leis orgânicas. Num país da extensão territorial do Brasil, da diversidade ecológica, social, populacional e econômica dos municípios brasileiros, seria absolutamente incompreensível que uma pequena comunidade interiorana, com poucos problemas e poucas rendas, fosse obrigada a se constituir pelo mesmo regime administrativo dos municípios populosos, de numerosos e variados problemas, de dispendiosas obras e serviços públicos.

Seria de toda a conveniência que as Constituições estaduais tivessem previsto um regime de administração especial para as Capitais e municípios de população e renda tributária superiores a determinados parâmetros, liberando desses critérios, ou mesmo fixando outros mais consentâneos com a realidade local, os municípios de menores população e renda tributária.

V — CONCLUSÃO

CELSO BASTOS³¹ é um dos autores que mais clamam por uma mudança no federalismo brasileiro. Assim, depois de indicar várias propostas que conduziram inapelavelmente a

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 79/105 Jun. 1992

uma nova Federação no Brasil, clama por que sejam observadas as profundas diferenças existentes entre as unidades federativas do Brasil, expondo opinião contrária ao fato de serem tratadas igualmente. o que, segundo o festejado constitucionalista, conduz a não poucos desvios, ineficiências e formalismos, inúteis e desprezíveis. Por isso, em conclusão, no referente aos Municípios e sua autonomia, sugere que:

"A isonomia deve ser rompida, também, no que diz respeito ao modelo do municipalismo brasileiro. Não se vê porque municípios tão diferentes tenham de estar submetidos a uma mesma camisa-de-força jurídica na medida em que as regras que definem a autonomia municipal são, hoje, idênticas, quer o município seja uma unidade pouco populosa e igualmente pouco desenvolvida do ângulo econômico e social, quer se trate de uma megalópole, como acontece com algumas grandes cidades brasileiras. É óbvio que é necessário dar-se um tratamento desparaficado aos municípios emprestando-lhes mais força à medida que suas condições políticas, culturais, sociais e econômicas o permitam."³²

Esse rompimento da isonomia municipalista brasileira certamente será conseguido com a edição, pelos Municípios, de suas próprias leis orgânicas, conforme a previsão constitucional do artigo 29, da Carta vigente. Só assim o Município gozará efetivamente da autonomia constitucionalmente assegurada, com a mesma dignidade constitucional das demais ordens jurídicas do Estado Federal Brasileiro, fazendo com que a Federação Brasileira assuma feições próprias, que a tornarão diferente e liberada do protótipo federativo mundial. E isso será possível exatamente porque a Constituição em vigor permitiu que os Municípios, diferentemente do que ocorria na ordem constitucional anterior, definissem a sua própria organização política. Aqui está a grande mudança.

Por organização política entenda-se a possibilidade de estruturação dos poderes, do Executivo e do Legislativo, e no relacionamento entre eles, muito especialmente na questão do processo legislativo. No âmbito legislativo é que vamos deixar de ter, como no dizer de **Celso Bastos**, essa camisa-de-força tratando igualmente todos os municípios. Temos agora um tratamento diferenciado em cada Município. Não se pense, no entanto, que essa organização política seja inteiramente livre, que cada Município vai-se organizar, vai organizar os

seus poderes, os seus governos, os seus órgãos de governo, os seus segmentos de poder, da forma como quiser. Existem limitações que decorrem diretamente da Constituição. A parte final do art. 29 deixa claro que os limites aos assuntos que são tratados pela lei orgânica são de duas ordens: já aqueles que decorrem dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição do Estado e outros que são, em seguida, expressamente enumerados. Tem-se, então, dois tipos de limitações: **as implícitas, decorrentes dos princípios constitucionais, as expressas, que são elencadas nos incisos do art. 29.**

Os princípios implícitos seriam de longuíssima enumeração. Os mais significativos são: o princípio republicano, o princípio da separação de poderes, o princípio democrático. Esses são os grandes princípios ou, pelo menos, um exemplo dos princípios que condicionam as leis orgânicas municipais.

Ao final deste artigo, cumpre destacar três aspectos:

1. Estamos longe do federalismo cooperativo do passado, que provocava, deliberadamente, uma situação de submissão, de pauperismo do Município. Em verdade, nesse tipo de federalismo, inaceitável por todos os títulos, o Município não tinha autonomia (o repasse dos recursos ao Município era sempre condicionado, todos os vícios estruturais eram males municipais).

2. Por outro lado, devemos afastar a idéia de uma soberanização dos Municípios: O Município tem autonomia, mas não soberania, atributo do Estado Federal Brasileiro como um todo, e não de qualquer de suas comunidades jurídicas parciais. O respeito à autonomia não pode jamais levar ao entendimento de que o Município pode fazer o que quiser e bem entender, ignorando por completo o conjunto nacional.

3. É de se buscar, hoje, o verdadeiro federalismo, em tudo o que ele tem de fundamental e essencial. E a essência e fundamento da idéia federalista são a conciliação entre o todo e a parte, a manutenção da unidade nacional convivendo com a autonomia local. Hoje, como demonstrado, está assegurada a autonomia das entidades locais. O povo é, sem dúvida, agente e sujeito da sua história, já que pode decidir sobre os rumos do Município, sobre a orientação do governo municipal de acordo com as suas peculiaridades sem se afrontar e se chocar com os interesses maiores da região e de todo o conjunto da Nação.

Os Municípios são instrumentos institucionais essenciais ao processo de democratização e possibilitam, pela aproximação, maior vivência coletiva local, com repercussões em outros níveis da estrutura governamental. O Estado Federal autêntico assenta-se no fortalecimento político dos Estados e dos Municípios como meio fundamental para a racionalização democrática do poder, ao mesmo tempo que permite reunir em um sistema de cooperação as unidades político-administrativas, com a finalidade de atingir o bem-estar da comunidade nacional.

VI — REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1985, p. 57.
- (2) SILVA, Carlos Medeiros. **Parecer**. RDA, 48/474.
- (3) ZANOBINI, Guido. **L'amministrazione locale**. 3ª ed., 1936, pp. 137/138, apud CRETELLA JÚNIOR, José, **Direito Administrativo Municipal**. Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 102/103.
- (4) MOUSKHELY. **Teoria Jurídica del Estado Federal**, apud MUKAY, Toshio. **O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas**. São Paulo, Sugestões Literárias, 1ª ed., 1976, p. 15.
- (5) LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed., 1960, p. 109.
- (6) citado por QUEIRÓS LIMA, **Teoria do Estado**. 4ª ed., 1943, p. 240.
- (7) LEAL, Victor Nunes, op. cit., p. 112.
- (8) QUINTANA, Linares. **Federalismo y Centralización Política**, apud LEAL, Victor Nunes, op. cit., p. 112.
- (9) LEAL, Victor Nunes, op. cit., pp. 112/113.
- (10) ANHAIA MELLO, José Luiz de. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**, p. 92, apud MUKAI, Toshio. **O Regime Jurídico Municipal e as Regiões Metropolitanas**. São Paulo, Sugestões Literárias, 1ª ed., 1976, p. 19.
- (11) PONTES FILHO, Valmir. "Federalismo e Autonomia Municipal", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 85, jan./mar. 1985, pp. 139/150.
- (12) LE FUR, Louis. **État Fédéral et Confédération d'États**. Paris, Machal et Billard, 1986, pp. 351/352.
- (13) LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ed. Ariel, 1965, pp. 355/356.
- (14) TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983, pp. 48/54.
- (15) MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Saraiva, 1986, p. 25.

- (16) SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 49.
- (17) TEMER, Michel. Op. cit., p. 111.
- (18) LESSA, Pedro. **Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Brasileira Lux, 1925, pp. 72/73.
- (19) Cf. CARVALHO, Orlando M. **Problemas Fundamentais do Município**. São Paulo, Brasillana, 1937, pp. 96/99.
- (20) PAUPÉRIO, A. Machado. **O Município e seu Regime Jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro, Distribuidora Record Editora, 1959, pp. 69/70.
- (21) BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil — 1º Volume**. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 419.
- (22) BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1982, pp. 100/101.
- (23) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1983, p. 49.
- (24) DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 1972, p. 225.
- (25) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-Membro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 54.
- (26) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968, pp. 37/38.
- (27) ALVES, Alaôr Caffé. **Planejamento Metropolitano e Autonomia Municipal no Direito Brasileiro**. São Paulo, Busfiatsky, 1981, pp. 261/262.
- (28) BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 419.
- (29) BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 416.
- (30) Nesse sentido é a observação de HELY LOPES MEIRELLES, no seu **Direito Municipal Brasileiro** (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 53), para quem a dificuldade de conhecimento da legislação local é fato tão freqüente entre nós, que o próprio legislador federal já o teria sentido, a ponto de dispensar os juízes do conhecimento obrigatório da

legislação municipal, autorizando-os a exigir, da parte que a invoca, prova de seu teor e vigência (CPC, art. 212).

- (31) BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., Tomo II, p. 259.
- (32) Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. "A Federação no Brasil", in **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política — Número Especial**, Rio de Janeiro, Forense, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1987, pp. 223/224.

PARECER Nº 010/90

PROCESSO Nº: 2460/90-PGM

INTERESSADO: ZENETE FREIRE DUARTE

ASSUNTO: REVISÃO DE PROCESSO SOBRE RETIFICAÇÃO DE ATO DE APOSENTADORIA.

EMENTA: APOSENTADORIA. Proventos da inatividade regulados pela lei vigente ao tempo da concretização do ato administrativo que a conceder.

Vem ter a esta Procuradoria processo de nº 4563/90-SAM, apensado ao processo de nº 7929/89-SAM, de interesse de **ZENETE FREIRE DUARTE**, dirigidos ao Exmº Sr. Prefeito Municipal de Fortaleza e, seguidamente, encaminhados à Secretaria de Administração do Município, onde a interessada pleiteia, na qualidade de aposentada, o auxílio para diferença de caixa, que percebia no desempenho de suas atividades como tesoureira da Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Em sua proemial — processo nº 7929/89-SAM, alega a peticionante que, durante sua vida funcional, percebeu o auxílio para diferença de caixa, deixando o mesmo de constar dos seus proventos. Entende a servidora que tem direito a incorporar aos seus proventos o referido auxílio, baseada na Lei nº 932, de 06 de janeiro de 1955 e respaldada no instituto do direito adquirido, o que a leva a pedir a retificação do seu ato de aposentadoria.

Instada a pronunciar-se, a Assessoria Jurídica da SAM encaminhou os autos à CODAF, ao Arquivo Geral do Município e ao Setor de Aposentados da Pasta, a fim de que fosse instruído o processo, anexando-se inclusive cópia da certidão de tempo de serviço da interessada.

Às fls. 17 e 18 está o parecer do Dr. **FRANCISCO LANDIM NOGUEIRA**, onde, após análise do pedido, conclui que a suplicante faz jus à vantagem pleiteada na inicial. Este é também o entendimento da Coordenadora da Assessoria Jurídica, que, em seu despacho, concorda com o parecer exarado pelo Assessor Jurídico.

O Exmº Sr. Secretário de Administração submete o feito à consideração do Exmº Sr. Prefeito de Fortaleza, que indefere a postulação.

Inconformada com o indeferimento de seu pleito, vem novamente a suplicante à presença do Exmº Sr. Prefeito Mu-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 108/116 Jun. 1992

cipal de Fortaleza (Processo nº 4563/90-SAM), requerer que este reformule o despacho exarado no processo de nº 7929/89-SAM.

Novamente chamada a pronunciar-se, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Administração sugere o encaminhamento do feito à Procuradoria Geral do Município por entender tratar-se de recurso.

O Exmº Sr. Secretário de Administração do Município solicitou então o pronunciamento desta Procuradoria.

Examinado inicialmente o ato de aposentadoria, constata-se que **ZENETE FREIRE DUARTE** foi aposentada em outubro de 1985, no cargo de Agente Financeiro — Classe D, Nível 18, com base no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza, com os proventos correspondentes aos vencimentos integrais do cargo que ocupava, acrescidos da gratificação adicional por tempo de serviço paga no valor percebido na atividade e sobre a gratificação de exercício, e mais a gratificação de exercício, com base na Lei nº 5.177, de 31.08.79.

Com o fito de exarar parecer com maior segurança, o presente processo foi novamente encaminhado ao Arquivo Geral do Município, que atendeu solicitamente o pedido e anexou cópias do Decreto-Lei nº 234, de 26.08.47 e Lei nº 617, de 10.04.53. Mencionados dispositivos legais dão direito ao auxílio, para compensar as diferenças de caixa, aos ocupantes dos cargos de Tesoureiro; e foram recepcionados pelo atual Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza.

Preliminarmente vale salientar que a Lei nº 932, na qual a peticionante baseia seu pedido, é de 06 de janeiro de 1955 e traça normas para aposentadoria dos ocupantes dos cargos de Tesoureiro da Prefeitura Municipal de Fortaleza, dando o direito de incorporação, no ato da aposentadoria, do auxílio para compensar as diferenças de caixa.

Entretanto, a servidora aposentou-se em 25 de setembro de 1985, e teve o seu ato de aposentadoria publicado no Diário Oficial do Município de 30 de outubro de 1985. Note-se que nesta data já estava em vigor o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza (Lei nº 3174, de 31.12.65, com a nova redação dada pela Lei nº 4058, de 02.10.72). Assim, a aposentadoria da servidora efetuou-se, como de direito, com base neste dispositivo legal. Neste sentido transcreve-se a Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 109/116 Jun. 1992.

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

O Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza, em seu art. 184, II, prevê o auxílio para diferença de caixa, e o art. 186 assim dispõe: **“A diferença de caixa é o auxílio concedido aos tesoureiros e caixas que no desempenho de suas atribuições, paguem ou recebam em moeda corrente, podendo ser concedido nos períodos de exercícios, auxílio fixado em 10% (dez por cento) do vencimento, a título de compensação da diferença da caixa”** (grifamos).

Ora, se a servidora **ZENETE FREIRE DUARTE** aposentou-se no ano de 1985, foi sob a égide do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza, e não mais sob a regulamentação da Lei nº 932, de 06 de janeiro de 1955, esta já então revogada pelo mencionado Estatuto, no que se refere às normas de aposentadoria dos ocupantes dos cargos de Tesoureiro da Prefeitura de Fortaleza.

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) traça as normas de cessação da obrigatoriedade da Lei. A revogação é expressa quando a lei nova diz quais são os textos revogados. A revogação é tácita quando a lei nova é incompatível com a lei anterior, ou quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Portanto, a Lei nº 932/55 foi tacitamente revogada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza.

O já exaustivamente citado Estatuto dispõe que o auxílio para diferença de caixa pode ser concedido nos períodos de exercícios, e, se está na lei que é nos períodos de exercícios, a Administração Pública não pode ir além do que preceitua a legislação. É lição de Hely Lopes Meirelles que, **“Na Administração Pública não há liberdade, nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”**. (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 78).

A servidora apóia-se, ainda, no instituto do direito adquirido para sedimentar o seu pedido. O indeferimento do seu pleito não fere direito da servidora, já que ela não chegou nem a ter esse direito, ou seja, o de incorporar o auxílio para diferença de caixa aos seus proventos, como já foi explicitado acima.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 109/116 Jun. 1992.

Ante o exposto, e em face ao vasto exame da legislação apresentada, somos pelos indeferimento do pleito.
É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 01 de novembro de 1990.

Maria Goretti Brito de Moraes
Procurador do Município

De pleno acordo com o Parecer supra. A consideração do Exmº Procurador Geral.

Fortaleza, 12 de novembro de 1990.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De acordo com o Parecer.
A consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 13 de novembro de 1990.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o processo e o despacho.

PARECER Nº 131/92

PROCESSO Nº: 1313/91-PGM

INTERESSADO: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA SUDEF
ASSUNTO: LIBERAÇÃO DE FREQUÊNCIA E DISPENSA DO PUNTO DE SERVIDORES.

EMENTA: Lei 6112/86 insubsistente perante princípios constitucionais.
Dispensa de assinatura de ponto e expediente limitadas a dirigente sindical.

Esta Procuradoria foi provocada para manifestar-se acerca de suposto direito albergado pela Lei 6112 de 04/08/1986, resultante do projeto de lei municipal 6084/86, que dispôs em seu artigo 1.º:

“ficam dispensados do expediente e assinatura do ponto obrigatório os servidores e funcionários públicos municipais da Administração Direta e Indireta, ocupantes das Diretorias das Associações e os dos Sindicatos das categorias profissionais liberais”. (grifamos)

Suscitou-se em favor da tese da dispensa de ponto e liberação de expediente ao artigo 100-III da atual Lei Orgânica do Município, de 24/04/1990:

“São assegurados aos servidor:

(...)

III - quando investido nas funções de direção executiva de entidades representativas de classe ou conselheiros de fiscalização do exercício das profissões liberais, o exercício de suas funções nestas entidades, sem prejuízos nos seus salários e demais vantagens na sua instituição de origem”. (grifamos)

A questão resume-se, basicamente, a saber se a prerrogativa da Lei 6112 é compatível com a atual Lei Orgânica (e não o contrário, frise-se bem).

Os princípios delineados na Constituição Federal sobre administração pública erguem-se como orientadores de todas as entidades federativas brasileiras. Neste sentido, e no tópico que nos interessa aqui, verificamos no artigo 5.º — XVIII da Constituição Federal:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 109/116 Jun. 1992

"a criação de associações e, na forma da lei, as cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento". (grifamos)

Mais adiante, o artigo 37-VI garante ao servidor público o direito à livre associação sindical, que fora afirmada para o conjunto dos trabalhadores no artigo 8.

Vemos, portanto, contrapostos os conceitos de associação sindical e sindicato, que não se confundem. Associação é uma forma de agrupamento social que não obedece a critérios de enquadramento e demarcação econômica e social como o faz o sindicato. A associação tem natureza mais informal do que o sindicato, e pode ser até considerada como estágio anterior a ele:

"essas associações (as associações profissionais) estão para os sindicatos assim como a crisálida para a borboleta. São estágios sucessivos, mas, agora, não mais necessários."

(Mozart Victor Russomano, *Comentários à CLT*, 13. Ed., Forense, RJ, 1990, vol. II, pg. 623).

O direito de associação *strictu sensu* está elencado no capítulo dos direitos individuais e coletivos. Em relação a seu funcionamento o dever do Estado é de não intervir — seja **favoravelmente** ou **contra**. Quanto ao sindicato, como direito **social**, desempenha papel mais determinante no plano geral da sociedade. Ao Estado entende-se, por inferência, ser possível interferir (excepcionalmente) em seu funcionamento, embora seja vedado fazê-lo quanto à organização do sindicato (art. 8 — I, *in fine* da Constituição Federal). Essa possibilidade de interferência daria-se para preservar a observância de princípios e mandamentos tidos como basilares: base territorial, obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações coletivas, responsabilização por excessos decorrentes do exercício do direito de greve etc. E em razão dessa interação com os agentes econômicos e políticos que se dá a proteção em torno dos dirigentes sindicais, de forma a não só protegê-los de pressões ilegítimas, revides ou perseguições do mais variado gênero, mas também de proporcionar-lhes condições econômicas em caráter "para-profissional", e possibilidade de racionalização do tempo a favor do desempenho dessa representação da categoria.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 109/116 Jun. 1992

No que se refere ao sindicato no serviço público a matéria ainda se ressentir de normas ordinárias para o seu disciplinamento:

"É preciso lembrar que existem diferenças fundamentais entre a administração direta e indireta, a partir do regime de seu pessoal. Questões como categoria profissional ou econômica, convenção coletiva, base territorial, contribuição sindical, sindicato patronal etc. apresentam peculiaridades em certos setores da administração pública que vão exigir a edição de normas ordinárias específicas".
(Dalmo de Abreu Dallari, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2. Edição, Ed. RT, SP, 1990, 148).

Com essas observações não se quer, obviamente, negar o direito concreto de sindicalização do servidor público, mas simplesmente chamar a atenção para as diferenças de tratamento conferidas à associação *strictu sensu* e o sindicato propriamente dito.

A dispensa de ponto e liberação de expediente, constituindo exceção à observância dos deveres do servidor, são compatíveis com motivo relevante de ordem social, qual seja, o direito de toda categoria profissional ou econômica de organizar-se para sua promoção. Se entendemos que essa prerrogativa devesse ser estendida também às associações, veríamos a deturpação não só do princípio da organização de uma categoria, atomizada em dezenas de entidades, mas também, o desperdício dos recursos humanos da administração (recorde-se que a Lei 6112 fala da dispensa de **membros da diretoria**, portanto, número variável, tendente à ampliação).

Enquanto o critério de organização da associação é a proximidade entre os membros, o sindicato é grupo social que se destaca pela relação de similitude (vide Evaristo de Moraes Filho, *O problema do sindicato único no Brasil*, 2. Edição, Editora Alfa-omega, SP, 1978), de auto-representação perante outros grupos econômicos. Daí o prescrito no artigo 100 — III da Lei Orgânica referir-se de maneira indicativa (mas obrigatória sua observação) a favor da atitude de não-tolhimento que a administração deve ter para como o servidor que exerce a função de conselheiro de entidades de fiscalização do exercício de profissões liberais; quanto aos dirigentes de entidades representativas de classe, se se tratar de **sindicato**, estará garantida sua liberação, sob pena de violação

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 109/116 Jun. 1992

do direito à associação sindical (ato de fazer parte de sindicato), o qual exige como consequência lógica a disponibilidade dos dirigentes para atuarem profissionalmente a favor da entidade e da categoria.

Quanto às associações, a atitude da administração deve ser apenas de abstenção, compatibilizando-se o cumprimento do serviço com a existência da associação, agilizando o próprio diálogo administrativo, e portanto gerando a obrigação de respeito recíproco entre representantes da associação e autoridades administrativas.

Isto posto, somos contrários ao pedido de dispensa de ponto e liberação de frequência ao expediente, no que se refere às associações de servidores, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 5 de dezembro de 1991

Paulo Antonio de M. Albuquerque
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.

A consideração do Exmº Sr. Prefeito M., digo, Procurador Geral.

Fortaleza, 29 de janeiro de 1992

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De pleno acordo com o Parecer.

Fortaleza, 30 de janeiro de 1992

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

Juraci Vieira Magalhães
Prefeito de Fortaleza

por esta PGM. Este último entretanto, foi trazido aos autos a título tão somente contributivo, posto que atinente a situação outra, apenas assemelhada a esta sobre a qual ora se trata.

5. Expostas as bases do pedido que instaura este processo, de nº 3349/90-PGM, passa-se à discussão de seus argumentos, para dizer no final do convencimento alcançado.

6. De princípio, interessa salientar — por ser aspecto decisivo no problema estudado — que a questão ora posta em discussão gira em torno da participação de servidor em associação de classe e das possíveis prerrogativas que tal atividade gera para seu titular.

7. Sabe-se que a organização deste tipo de entidade é sem dúvida lícita, desde que não haja nela caráter paramilitar (art. 5º, XVII, Constituição Federal). Assim sendo, resulta sua composição formal do direito individual de coligarem-se umas pessoas com a outras (no caso de servidores públicos), de modo estável para, mediante direção unificadora, criar uma **pessoa jurídica**. (cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 1989, 17ª Ed., São Paulo, p. 259).

8. O direito de associação por isso — já comentou CELSO RIBEIRO BASTOS — **“é daqueles que podem ser tidos como de natureza negativa, é dizer: o Estado o satisfaz, não interferindo na formação das organizações, quer para proibí-las, quer para dificultar seu funcionamento, quer ainda para determinar a sua dissolução”** (cf. in **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 96).

9. Assim sendo, quando alguns servidores do município reúnem-se sob a liderança de um grupo especial eleito, diz-se que se pode estar diante de uma ASSOCIAÇÃO ou apenas de um mero agrupamento organizado de pessoas. É que a ASSOCIAÇÃO mesma só existirá se obedecidas forem previamente todos os condicionantes legais que se fazem anteriores à definição formal de sua existência, pelo menos como ente regular de direito. — E aí de certo se inclui a inscrição de seus estatutos no registro peculiar (lei nº 6.015, de 31.12.1973 e Código Civil, art. 21).

10. Aliás, a propósito da distinção entre uma simples reunião e uma ASSOCIAÇÃO, observa CRETELLA JÚNIOR que **“não em essência, mas em estabilidade, a reunião difere da associação, porque se aquela tem indubitavelmente o traço da estabilidade, mais forte que o da simples aglomeração, a associação se apresenta, por sua vez, com extraordinária**

estabilidade e organização e, quando tem em vista finalidade econômica ou de caráter político, para os associados que a integram, constitui-se, normalmente, em pessoa jurídica” (apud AMAURI MASCARO NASCIMENTO, in **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**, Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 228).

11. Pois bem. No caso in comento não há dificuldade em perceber que a associação da qual faz parte o servidor requerente é daquelas constituída nos moldes formais de que há pouco se tratou. A prova disso inclusive resulta do registro a que foi levada a ata de posse da diretoria dela, providência esta adotada regularmente no Cartório de Pessoas Jurídicas competente. (Vide documento de fls. 03 a 05).

12. Daí então se conclui que a entidade em apreço, por ser especialmente dos **“Fazendários do Município de Fortaleza”**, deve ser deles presumivelmente representativa (art. 5º, XXI CF), pelo que admite-se que tem por finalidade precípua defender os interesses do grupo que representa.

13. Entretanto, há aí um ponto a considerar. Apesar do reconhecimento de que a Associação, em tese, está para seus filiados como uma instituição formalizada para defesa de seus interesses comuns, o certo é que os limites de atuação dela para esta finalidade não se afiguram tão largos quanto os que são conferidos pela lei dos SINDICATOS (art. 8º e alneas da Constituição Federal), para desenvolvimento dos fins a que se propõem.

14. De fato, **“o direito de associação é apenas um dos tipos que a organização coletiva dos cidadãos pode assumir. Outras muito importantes são: os sindicatos e os partidos políticos”** (CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 96).

15. E a especificidade do direito à sindicalização ante o direito à associação — observaram J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira — está em que **“a liberdade sindical é uma forma particular da liberdade de associação, mas constitui um tipo autônomo. Na verdade, o sindicato é uma associação específica de trabalhadores assalariados, ou equiparados, destinada a defender os seus interesses desde logo e fundamentalmente perante o patronato. A diferencia específica do sindicato em relação ao restante das associações está, pois, no seu caráter de associação de classe, de associação de defesa de interesses de classe, contrapostos aos interesses da outra classe”** (apud CELSO RIBEIRO BASTOS, na ob. cit., p. 509).

16. Em face portanto de tais razões, o trato que a lei confere a cada uma dessas espécies de organização é distinto. Com efeito, ambas são associações profissionais. Mas o sindicato tem prerrogativas especiais, como bem sugere JOSÉ AFONSO DA SILVA. E estas são as de **"defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até em questões judiciais e administrativas; participar de negociações coletivas de trabalho e celebrar convenções e acordos coletivos; eleger ou designar representantes da respectiva categoria; impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais de seus associados"** (cf. in, *Curso de Direito Constitucional Positivo*; 6ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 265).

17. Trazidas que sejam estas considerações para o campo do serviço público, no entanto, a questão muda um pouco de figura, uma vez que se faz antes necessário adaptá-las às particularidades da Administração Pública e do regime (estatutário) de seu pessoal. Desde que não há mais relação de trabalho ou contrato de trabalho no município, (Lei Complementar nº 002, de 17.09.1990), não se pode falar do servidor como empregado, nem do Poder Público como empregador. Do mesmo modo, considerado o fato de que a atuação da Administração está adstrita ao princípio da legalidade, torna-se forçosa a dedução de que as questões relativas a funcionários dependem sobretudo de lei. E assim sendo, não se mostra possível a formalização de **"negociações coletivas"** ou **"convenções"** visando a soluções das pendências porventura existentes entre servidor/Administração Pública. — Estas algumas das razões pelas quais não se mostra perfeito o **"puro transplante ou absorção das normas sobre sindicatos no setor privado, para o setor público"**. (ADILSON ABREU DALLARI, in *Régime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 148).

18. De todo modo, certo é que o direito à sindicalização resulta para o servidor público civil de garantia expressa da Constituição (art. 37, VI). E apesar de o legislador constituinte não haver estabelecido normas específicas para o servidor no tocante a esse direito (à semelhança do que fez para o trabalhador, no art. 8º), a doutrina é acorde no sentido de entender que para eles as normas são as mesmas, até porque **"perfeitamente compatíveis"** (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, São Paulo, 1990, p. 320). — Não havia realmente de ser diferente, já que o

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 117/124 Jun. 1992

princípio participativo está previsto no art. 1º, § único da lei maior do País, sendo portanto de compreensão intuitiva que deve abranger a todos, sem qualquer distinção.

19. Em se tratando então de servidores públicos, é imprescindível que contem com meios de participar do processo de tomada de decisões de seu interesse. E isso, eles poderão fazê-lo eficazmente através do sindicato representativo de sua classe. Nesse tocante, a propósito, são lúcidas as observações do jurista ADILSON ABREU DALLARI, quando assevera: **"importa que a associação sindical de servidores tenha representatividade, independência, autonomia financeira e segurança jurídica para postular melhores condições de trabalho, evolução funcional, remuneração adequada, etc., de maneira eficaz, com pertinente capacidade de pressão junto a quem efetivamente vai decidir, sem perder de vista a necessária e indispensável salvaguarda do interesse público"**. (leia-se a ob. cit. do autor, à pág. 150).

20. Talvez tenha sido em função dessa linha de compromissos que preferiu a lei maior adotar o sistema da unidade sindical na mesma base territorial (art. 8º, II CF). Certamente com isso, pretendeu o legislador constituinte evitar enfraquecimentos na classe sindicalizada posto que, qualquer que fosse ela, estaria sempre sujeita à pulverização dos interesses através de entidades concorrentes, se adotado fosse o pluralismo sindical.

21. De sua vez, em respeito à ordem estabelecida, a Lei Orgânica do Município de Fortaleza prescreveu regras sobre a questão do servidor investido em posição de direção de órgãos de sua classe representativa, determinando que:

"Art. 100. É assegurado ao servidor:

I — afastamento de seu emprego ou função, quando eleito para diretoria de sua entidade sindical, durante o período de seu mandato, sem prejuízo de seus direitos;

...

III — quando investido nas funções de direção executiva de entidades representativas de classe ou **conselho de entidades de fiscalização do exercício de profissões liberais**, não poderá ser impedido de exercer suas funções nestas entidades, nem sofrerá prejuízos nos seus salários e demais vantagens na sua instituição de origem". (grifou-se).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 117/124 Jun. 1992

22. Do que resulta da clara interpretação do texto legal pode-se facilmente depreender que usou o legislador de **critérios diversos** para encarar a situação do servidor que é eleito para **diretoria de entidade sindical**, daquele que é investido nas **funções de direção de entidades representativas de classe**. E assim fê-lo de certo levado pela necessidade de diferenciar o **sindicato** da **associação**. Se, por motivos óbvios (já alhures apontados), o representante sindical talvez sempre necessite estar de fato afastado do exercício de suas atividades funcionais, o mesmo não se pode dizer daquele que é membro de associação.

— Este poderá normalmente desempenhar suas atribuições de serviço, sem prejuízo da assistência que deva prestar à entidade que ajuda a dirigir.

23. Mas, ao que se pode intuir, não foi só essa a justificativa da Lei para conceder tratamento diferenciado aos membros de direção de sindicato e associação, no que diz respeito à sua vida funcional. Outra boa razão para isso parece ter sido o hábil cuidado que teve o legislador com a previsão das consequências práticas possivelmente advindas dos fatores **unicidade sindical** (art. 8º, II CF) e **ampla liberdade associativa** (art. 5º, XXI CF). Isso porque, como se viu, enquanto há expressa vedação constitucional impeditiva da criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial, prevalece como norma geral o direito à livre associação. E tal contingência, é claro, na área da Administração Pública pelo menos, pode conduzir indiscutivelmente a que se prolifere em grande número a constituição de diversas associações de servidores, até mesmo numa só repartição. Desso modo, a prevalecer para todos os dirigentes destas o mesmo direito ao **"afastamento da função"** assegurado à diretoria do sindicato, seria como que admitir-se (e ser conveniente com) o risco do caos no funcionamento do serviço público, por motivos evidentes. Afinal, não seria pequena a quantidade de servidores que poderia tentar aproximar-se das associações (ou grupo de direção delas) com a finalidade única de prevalecer-se individualmente da benevolência da lei maior municipal.

24. Diante então dessa lúcida compreensão dos fatos e buscando a salvaguarda da conveniência e do superior interesse público foi que o Executivo Municipal decidiu **VETAR**, integralmente, a letra e, do inciso I, do art. 82 do novo Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza, objeto da

lei nº 6.794, de 27.12.1990. Nesta regra se continha que **"o servidor poderá se afastar do exercício funcional, sem prejuízo da remuneração, quando: para atividade sindical ou associativa, uma vez eleito pelos servidores, conforme estabelecido em lei"**.

25. As razões para tanto invocadas foram as de que **"a Lei Orgânica do Município — que é norma jurídica de superior hierarquia em relação ao Estatuto —, já prevê o afastamento quando o servidor integre a diretoria de entidade sindical ou de representação de classe. Em tais casos, presupõe-se necessariamente a unicidade do sindicato ou da entidade de representação de classe. (OAB, CREA, etc.). Assim, o objetivo que se pretendia alcançar por meio de tal dispositivo já o foi pela própria norma contida na Lei Orgânica"**.

26. Perfeito. De fato, quando a Lei Orgânica do Município garantiu expressamente para o servidor que seja investido em função de direção executiva de entidade representativa de classe o **"não impedimento de exercício de suas funções nestas entidades"** (art. 100, III), manteve respeito absoluto ao dever constitucional do Servidor de não dificultar o funcionamento deste tipo de organização (veja-se o item 8 deste parecer, retro). Na verdade, com a liberalidade adotada, o legislador possibilitou francamente o desempenho pelo servidor de atividade ligadas à entidade, desde que estas sejam razoáveis, dentro do limite da necessidade de também prestar ele o cumprimento de suas obrigações funcionais na repartição. — Deverá haver assim uma espécie de **composição harmoniosa de interesses entre o servidor e a Administração**, em prol da satisfação de ambos. Nesse sentido foi que a mesma Lei deixou assegurada a percepção, por esse mesmo servidor, da integralidade de seus salários e vantagens, apesar do direito ao exercício de atividade paralela às atribuições funcionais. O que no entanto não está de certo aí prevista é a garantia do total afastamento da função. Tal hipótese não há de prevalecer, a não ser como prerrogativa especial daquele servidor que faça parte de entidade sindical ou entidade representativa de classe — sempre únicas, sem dúvida. (Volte-se à leitura dos nºs 23 a 25, retro).

27. Ademais, não se deve esquecer do fato de que a **"dispensa do ponto"** para o servidor cabe à iniciativa exclusiva da Chefia do Poder Executivo Municipal, por atribuição que lhe é garantida pela mesma Lei Orgânica, no art. 76, inciso IX.

28. Ante todo o exposto, opina-se pelo indeferimento da súplica trazida os autos. Parece mesmo razoável que, com o beneplácito legal, possa o servidor requerente distribuir seus respectivos trabalhos no seio da associação da qual faz parte e na sua repartição de origem, sem qualquer prejuízo para o desempenho de suas atividades no serviço público.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 04 de março de 1991.

Maria José F. Barreira Araújo
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.

A consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 11 de março de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De pleno acordo com o Parecer, por seus próprios fundamentos.

A consideração do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 11 de março de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

PARECER Nº 062/91

PROCESSO Nº: 3349/90-PGM

INTERESSADO: ASSOCIAÇÃO DOS FAZENDÁRIOS DO MUNICÍPIO – JOSÉ DE CARVALHO MELO FILHO

ASSUNTO: AFASTAMENTO DO CARGO DE AG. ESPECIAL FAZENDÁRIO

EMENTA: DO DIREITO AO AFASTAMENTO DOS SERVIÇOS. Não prevalece para o servidor ocupante de função de direção executiva em associação representativa de classe o direito ao total afastamento dos serviços na repartição de origem. Segundo estabelecido pelo art. 100, III da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, é garantido ao mesmo servidor apenas o não impedimento da prestação de atividades ligadas à associação. Tal prerrogativa, há de ser exercida pelo interessado com a percepção integral dos salários e demais vantagens a que fizer jus, mas sem prejuízo do cumprimento pessoal das obrigações funcionais que tenha de desenvolver, a bem do serviço público.

1. Apresenta-se para exame da PGM o caso de interesse do servidor JOSÉ DE CARVALHO MELO FILHO, lotado na Secretaria de Finanças do Município, onde tem exercício na condição funcional de Agente Especial Fazendário, com matrícula nº 4.249.

2. Através dos termos em que aduz seu requerimento, deixa ver o peticionário ser hoje Tesoureiro Geral da Associação dos Fazendários do Município de Fortaleza, "cargo" que ocupa por força de eleição processada entre seus pares, em junho de 1990 (veja-se a cópia da ata de posse anexada às fls. 03 a 05 do Processo).

3. É exatamente com base nessa sua posição de membro componente da Diretoria da Associação da qual faz parte, solicita ele o afastamento do cargo de Agente Especial Fazendário que ocupa na SEFIN, bem como a manutenção da percepção dos salários e vantagens inerentes ao mesmo cargo, requerendo que o direito lhe seja concedido para durar enquanto permanecer ele no exercício de seu mandato, que vai de 1990 a 1993 — isto com esteio no art. 100, n. III, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza.

4. No processo são acostados dois pareceres. Um exarado pelo ilustre Sr. Assessor Jurídico da SEFIN — sobre o caso específico do servidor postulante (fls. 06/07) e outro

por esta PGM. Este último entretanto, foi trazido aos autos a título tão somente contributivo, posto que atinente a situação outra, apenas assemelhada a esta sobre a qual ora se trata.

5. Expostas as bases do pedido que instaura este processo, de nº 3349/90-PGM, passa-se à discussão de seus argumentos, para dizer no final do convencimento alcançado.

6. De princípio, interessa salientar — por ser aspecto decisivo no problema estudado — que a questão ora posta em discussão gira em torno da participação de servidor em associação de classe e das possíveis prerrogativas que tal atividade gera para seu titular.

7. Sabe-se que a organização deste tipo de entidade é sem dúvida lícita, desde que não haja nela caráter paramilitar (art. 5º, XVII, Constituição Federal). Assim sendo, resulta sua composição formal do direito individual de coligarem-se umas pessoas com a outras (no caso de servidores públicos), de modo estável para, mediante direção unificante, criar uma **pessoa jurídica**. (cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 1989, 17ª Ed., São Paulo, p. 259).

8. O direito de associação por isso — já comentou CELSO RIBEIRO BASTOS — “é daqueles que podem ser tidos como de natureza negativa, é dizer: o Estado o satisfaz, não interferindo na formação das organizações, quer para proibí-las, quer para dificultar seu funcionamento, quer ainda para determinar a sua dissolução” (cf. in **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º vol., Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 96).

9. Assim sendo, quando alguns servidores do município reúnem-se sob a liderança de um grupo especial eleito, diz-se que se pode estar diante de uma ASSOCIAÇÃO ou apenas de um mero agrupamento organizado de pessoas. É que a ASSOCIAÇÃO mesma só existirá se obedecidas forem previamente todos os condicionantes legais que se fazem anteriores à definição formal de sua existência, pelo menos como ente regular de direito. — E aí de certo se inclui a inscrição de seus estatutos no registro peculiar (lei nº 6.015, de 31.12.1973 e Código Civil, art. 21).

10. Aliás, a propósito da distinção entre uma simples reunião e uma ASSOCIAÇÃO, observa CRETELLA JÚNIOR que “não em essência, mas em estabilidade, a reunião difere da associação, porque se aquela tem indubitavelmente o traço da estabilidade, mais forte que o de simples aglomeração, a associação se apresenta, por sua vez, com extraordinária

estabilidade e organização e, quando tem em vista finalidade econômica ou de caráter político, para os associados que a integram, constitui-se, normalmente, em pessoa jurídica” (apud AMAURI MASCARO NASCIMENTO, in **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**, Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 228).

11. Pois bem. No caso in comento não há dificuldade em perceber que a associação da qual faz parte o servidor requerente é daquelas constituída nos moldes formais de que há pouco se tratou. A prova disso inclusive resulta do registro a que foi levada a ata de posse da diretoria dela, providência esta adotada regularmente no Cartório de Pessoas Jurídicas competente. (Vide documento de fls. 03 a 05).

12. Daí então se conclui que a entidade em apreço, por ser especialmente dos “Fazendários do Município de Fortaleza”, deve ser deles presumivelmente representativa (art. 5º, XXI CF), pelo que admite-se que tem por finalidade precípua defender os interesses do grupo que representa.

13. Entretanto, há aí um ponto a considerar. Apesar do reconhecimento de que a Associação, em tese, está para seus filiados como uma instituição formalizada para defesa de seus interesses comuns, o certo é que os limites de atuação dela para esta finalidade não se afiguram tão largos quanto os que são conferidos pela lei dos SINDICATOS (art. 8º e alíneas da Constituição Federal), para desenvolvimento dos fins a que se propõem.

14. De fato, “o direito de associação é apenas um dos tipos que a organização coletiva dos cidadãos pode assumir. Outras muito importantes são: os sindicatos e os partidos políticos” (CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 96).

15. E a especificidade do direito à sindicalização ante o direito à associação — observaram J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira — está em que “a liberdade sindical é uma forma particular da liberdade de associação, mas constitui um tipo autônomo. Na verdade, o sindicato é uma associação específica de trabalhadores assalariados, ou equiparados, destinada a defender os seus interesses desde logo e fundamentalmente perante o patronato. A diferencia específica do sindicato em relação ao restante das associações está, pois, no seu caráter de associação de classe, de associação de defesa de interesses de classe, contrapostos aos interesses da outra classe” (apud CELSO RIBEIRO BASTOS, na ob. cit., p. 509).

16. Em face portanto de tais razões, o trato que a lei confere a cada uma dessas espécies de organização é distinto. Com efeito, ambas são associações profissionais. Mas o sindicato tem prerrogativas especiais, como bem sugere JOSÉ AFONSO DA SILVA. E estas são as de **"defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até em questões judiciais e administrativas; participar de negociações coletivas de trabalho e celebrar convenções e acordos coletivos; eleger ou designar representantes da respectiva categoria; impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais de seus associados"** (cf. in, *Curso de Direito Constitucional Positivo*; 6ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 265).

17. Trazidas que sejam estas considerações para o campo do serviço público, no entanto, a questão muda um pouco de figura, uma vez que se faz antes necessário adaptá-las às particularidades da Administração Pública e do regime (estatutário) de seu pessoal. Desde que não há mais relação de trabalho ou contrato de trabalho no município, (Lei Complementar nº 002, de 17.09.1990), não se pode falar do servidor como **empregado**, nem do Poder Público como **empregador**. Do mesmo modo, considerado o fato de que a atuação da Administração está adstrita ao princípio da **legalidade**, torna-se forçosa a dedução de que as questões relativas a funcionários dependem sobretudo de **lei**. E assim sendo, não se mostra possível a formalização de **"negociações coletivas"** ou **"convenções"** visando a soluções das pendências porventura existentes entre servidor/Administração Pública. — Estas algumas das razões pelas quais não se mostra perfeito o **"puro transplante ou absorção das normas sobre sindicatos no setor privado, para o setor público"**. (ADILSON ABREU DALLARI, in *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 148).

18. De todo modo, certo é que o direito à sindicalização resulta para o servidor público civil de garantia expressa da Constituição (art. 37, VI). E apesar de o legislador constituinte não haver estabelecido normas específicas para o servidor no tocante a esse direito (à semelhança do que fez para o trabalhador, no art. 8º), a doutrina é acorde no sentido de entender que para eles as normas são as mesmas, até porque **"perfeitamente compatíveis"** (cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, São Paulo, 1990, p. 320). — Não havia realmente de ser diferente, já que o

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 117/124 Jun. 1992

princípio participativo está previsto no art. 1º, § único da lei maior do País, sendo portanto de compreensão intuitiva que deve abranger a todos, sem qualquer distinção.

19. Em se tratando então de servidores públicos, é imprescindível que contem com meios de participar do processo de tomada de decisões de seu interesse. E isso, eles poderão fazê-lo eficazmente através do sindicato representativo de sua classe. Nesse tocante, a propósito, são lúcidas as observações do jurista ADILSON ABREU DALLARI, quando assevera: **"importa que a associação sindical de servidores tenha representatividade, independência, autonomia financeira e segurança jurídica para postular melhores condições de trabalho, evolução funcional, remuneração adequada, etc., de maneira eficaz, com pertinente capacidade de pressão junto a quem efetivamente vai decidir, sem perder de vista a necessária e indispensável salvaguarda do interesse público"**. (leia-se a ob. cit. do autor, à pág. 150).

20. Talvez tenha sido em função dessa linha de compromissos que preferiu a lei maior adotar o sistema da unicidade sindical na mesma base territorial (art. 8º. II CF). Certamente com isso, pretendeu o legislador constituinte evitar enfraquecimentos na classe sindicalizada posto que, qualquer que fosse ela, estaria sempre sujeita à pulverização dos interesses através de entidades concorrentes, se adotado fosse o pluralismo sindical.

21. De sua vez, em respeito à ordem estabelecida, a Lei Orgânica do Município de Fortaleza prescreveu regras sobre a questão do servidor investido em posição de direção de órgãos de sua classe representativa, determinando que:

"Art. 100. É assegurado ao servidor:

I — afastamento de seu emprego ou função, quando eleito para diretoria de sua entidade sindical, durante o período de seu mandato, sem prejuízo de seus direitos;

...

III — quando investido nas funções de direção executiva de entidades representativas de classe ou **conselheiro de entidades de fiscalização do exercício de profissões liberais**, não poderá ser impedido de exercer suas funções nestas entidades, nem sofrerá prejuízos nos seus salários e demais vantagens na sua instituição de origem".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 117/124 Jun. 1992

22. Do que resulta da clara interpretação do texto legal pode-se facilmente depreender que usou o legislador de critérios diversos para encarar a situação do servidor que é eleito para diretoria de entidade sindical, daquele que é investido nas funções de direção de entidades representativas de classe. E assim fê-lo de certo levado pela necessidade de diferenciar o sindicato da associação. Se, por motivos óbvios (já alhures apontados), o representante sindical talvez sempre necessite estar de fato afastado do exercício de suas atividades funcionais, o mesmo não se pode dizer daquele que é membro de associação.

— Este poderá normalmente desempenhar suas atribuições de serviço, sem prejuízo da assistência que deva prestar à entidade que ajuda a dirigir.

23. Mas, ao que se pode intuir, não foi só essa a justificativa da Lei para conceder tratamento diferenciado aos membros de direção de sindicato e associação, no que diz respeito à sua vida funcional. Outra boa razão para isso parece ter sido o hábil cuidado que teve o legislador com a previsão das consequências práticas possivelmente advindas dos fatores unicidade sindical (art. 8º, II CF) e ampla liberdade associativa (art. 5º, XXI CF). Isso porque, como se viu, enquanto há expressa vedação constitucional impeditiva da criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial, prevalece como norma geral o direito à livre associação. E tal contingência, é claro, na área da Administração Pública pelo menos, pode conduzir indiscutivelmente a que se prolifere em grande número a constituição de diversas associações de servidores, até mesmo numa só repartição. Desso modo, a prevalecer para todos os dirigentes destas o mesmo direito ao "afastamento da função" assegurado à diretoria do sindicato, seria como que admitir-se (e ser conveniente com) o risco do caos no funcionamento do serviço público, por motivos evidentes. Afinal, não seria pequena a quantidade de servidores que poderia tentar aproximar-se das associações (ou grupo de direção delas) com a finalidade única de prevalecer-se individualmente da benevolência da lei maior municipal.

24. Diante então dessa lúcida compreensão dos fatos e buscando a salvaguarda da conveniência e do superior interesse público foi que o Executivo Municipal decidiu VETAR, integralmente, a letra e, do inciso I, do art. 82 do novo Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza, objeto da

lei nº 6.794, de 27.12.1990. Nesta regra se continha que "o servidor poderá se afastar do exercício funcional, sem prejuízo da remuneração, quando: para atividade sindical ou associativa, uma vez eleito pelos servidores, conforme estabelecido em lei".

25. As razões para tanto invocadas foram as de que "a Lei Orgânica do Município — que é norma jurídica de superior hierarquia em relação ao Estatuto —, já prevê o afastamento quando o servidor integre a diretoria de entidade sindical ou de representação de classe. Em tais casos, presuppõe-se necessariamente a unicidade do sindicato ou da entidade de representação de classe. (OAB, CREA, etc.). Assim, o objetivo que se pretendia alcançar por meio de tal dispositivo já o foi pela própria norma contida na Lei Orgânica".

26. Perfeito. De fato, quando a Lei Orgânica do Município garantiu expressamente para o servidor que seja investido em função de direção executiva de entidade representativa de classe o "não impedimento de exercício de suas funções nestas entidades" (art. 100, III), manteve respeito absoluto ao dever constitucional do Servidor de não dificultar o funcionamento deste tipo de organização (veja-se o item 8 deste parecer, retro). Na verdade, com a liberalidade adotada, o legislador possibilitou francamente o desempenho pelo servidor de atividade ligadas à entidade, desde que estas sejam razoáveis, dentro do limite da necessidade de também prestar ele o cumprimento de suas obrigações funcionais na repartição. — Deverá haver assim uma espécie de composição harmoniosa de interesses entre o servidor e a Administração, em prol da satisfação de ambos. Nesse sentido foi que a mesma Lei deixou assegurada a percepção, por esse mesmo servidor, da integralidade de seus salários e vantagens, apesar do direito ao exercício de atividade paralela às atribuições funcionais. O que no entanto não está de certo aí prevista é a garantia do total afastamento da função. Tal hipótese não há de prevalecer, a não ser como prerrogativa especial daquele servidor que faça parte de entidade sindical ou entidade representativa de classe — sempre únicas, sem dúvida. (Volte-se à leitura dos nºs 23 a 25, retro).

27. Ademais, não se deve esquecer do fato de que a "dispensa do ponto" para o servidor cabe à iniciativa exclusiva da Chefia do Poder Executivo Municipal, por atribuição que lhe é garantida pela mesma Lei Orgânica, no art. 76, inciso IX.

28. Ante todo o exposto, opina-se pelo indeferimento da súplica trazida os autos. Parece mesmo razoável que, com o beneplácito legal, possa o servidor requerente distribuir seus respectivos trabalhos no seio da associação da qual faz parte e na sua repartição de origem, sem qualquer prejuízo para o desempenho de suas atividades no serviço público.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 04 de março de 1991.

Maria José F. Barreira Araújo
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.
À consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 11 de março de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De pleno acordo com o Parecer, por seus próprios fundamentos.

À consideração do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 11 de março de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

PARECER Nº 09/91

PROCESSO Nº: 0452/91-PGM

INTERESSADO: PRESIDÊNCIA DA EMLURB

ASSUNTO: COMPATIBILIDADE DA COBRANÇA DA TARIFA
PELA REMOÇÃO DE LIXO EXTRAORDINÁRIO
COM A TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA.

A cobrança da Tarifa ou Preço Público pela remoção do chamado lixo extraordinário, que se faz, mediante contrato entre o Município e o particular interessado e provocação espontânea deste, é perfeitamente compatível com a cobrança da Taxa de Limpeza Pública, tributo que tem seu fato gerador definido no art. 1º da Lei nº 6750/90, como sendo os serviços municipais de coleta, transporte e destinação do lixo domiciliar, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

01. Solicita-nos o Exmº Sr. Dr. Procurador Geral do Município, em face de provocação da Presidência da Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização — EMLURB, análise do parecer da Procuradoria Jurídica daquela empresa, referente à compatibilidade da cobrança da Tarifa pela remoção de lixo extraordinário, com a Taxa de Limpeza Pública, de modo a dar-se decisão definitiva sobre o assunto.

02. A solicitação da Presidência da EMLURB justifica-se apenas no sentido de que o Parecer emitido pelo ilustre Assessor Jurídico daquela empresa pública seja recepcionado oficialmente por esta Procuradoria Geral, porquanto a este órgão cabe a prerrogativa de ter afinal considerados como "normativos" os pareceres aprovados pelo Sr. Dr. Procurador Geral do Município e em grau máximo pelo Prefeito Municipal, por força do que dispõe a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 0001 de 13.09.1990, em seu art. 26, parágrafo 1º e 2º).

03. Com efeito, somente sob esse aspecto se entende a apreciação solicitada, pois de todo perfeito o longo e minucioso estudo já constante do processo e do labor do Dr. Urias Teodoro Aguiar.

Referido Parecer demonstrou com largueza e precisão a diferença entre as duas figuras postas à análise: o preço público ou tarifa cobrados pela remoção do chamado lixo extraordinário e a taxa de limpeza pública instituída pela Lei Municipal nº 6750, de 29.11.90, a qual se caracteriza plenamente como tributo e tem como fato gerador a utilização

efetiva ou potencial dos serviços municipais de coleta, transporte e destinação do **lixo domiciliar**, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Respaldou o Parecer suas seguras alegações em citações de Doutrina e Jurisprudência bem como na Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal.

04. Indubitavelmente, justificam a coexistência da taxa de limpeza pública e da tarifa pela remoção de **lixo extraordinário**, a natureza jurídica das duas espécies legais e o seu objeto.

05. Sob o primeiro aspecto, tem-se o caráter **compulsório** da taxa, que a apresenta como obrigação **ex lege** relativamente a todos aqueles a quem o **serviço público** é efetivamente prestado ou posto à disposição. O pagamento da taxa é compulsório, desde que o serviço exista posto à disposição do contribuinte, ainda que não ocorra efetivamente sua utilização. Se o contribuinte está em condições de poder utilizar o serviço, ainda que não o faça, é devedor da taxa. Se o particular não é atingível pela atividade do Estado, ou se o serviço não está à sua disposição, não está ele sujeito ao pagamento da Taxa. Mas isso não significa dizer que a Taxa não é obrigatória, pois, como espécie do gênero tributo, por definição, se caracteriza como **prestação compulsória** (CTN, art. 3º).

JOAQUIM CASTRO AGUIAR ensina:

“Como todo tributo, a taxa sempre representa uma prestação compulsória, que o contribuinte paga, independentemente de sua vontade. É, pois, **coativa**, resulta de uma obrigação legal, e não voluntária. Aliás, não existem tributos facultativos, inclusive porque tal noção não se concilia com o princípio de que todo tributo é uma imposição coercitiva, do poder público. Não são poucos os que sustentam que a taxa não é compulsória, depende da vontade do particular. A sustentação é insubsistente. Ocorrido o fato gerador, a taxa será sempre devida, haja ou não utilização, pelo contribuinte, dos serviços postos ao seu alcance. Lembra RUY DE SOUZA que o seu fundamento está na soberania política do Estado e que sua Base Impositiva, coativa, obriga em todos os casos (RDA 39, p. 5)”.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 125/135 Jun. 1992

O pagamento da tarifa, ao contrário, é facultativo, eventual, e a relação jurídica nasce da vontade das partes que acordam a prestação do serviço e o respectivo preço. Há aí a autonomia da vontade das partes, que mediante o contrato, dá origem às obrigações recíprocas: a da prestação do serviço pelo Poder Público e a de pagamento do preço pelo usuário desse serviço.

06. De outro lado, há de se considerar o objeto das duas figuras legais. Com efeito, a Taxa tem por objeto remuneração de atividade que se caracteriza como serviço público por sua própria natureza. A essencialidade e amplitude dos serviços de coleta, transporte e destinação do **lixo domiciliar** emprestam, por certo, o caráter de serviço público a tal atividade municipal. Trata-se de serviço prestado à coletividade como um todo, sendo a Taxa respectiva, devida pelo proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de unidade imobiliária autônoma, tais como: casas, apartamentos, salas, estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços, clubes sociais, colégios, hospitais ou qualquer espécie de construção ou instalação autônoma, ou prédio de qualquer natureza ou destinação.

Como diz **HUGO DE BRITO MACHADO**,

“Para o efeito de situar o problema da cobrança de taxas, podemos entender por **serviço público** toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas. Não se confunde com o poder de polícia porque é sempre atividade prestacional de natureza material” (HUGO DE BRITO MACHADO, in “Curso de Direito Tributário” pág. 258).

JOAQUIM CASTRO AGUIAR, em seu Sistema Tributário Municipal, diz:

“Serviço público é todo aquele que é executado pelo Estado, direta ou indiretamente, tendo em vista a satisfação dos seus fins e das necessidades coletivas. Usando expressão de C. MARTINS SILVA, “são os que se apresentam como inerentes ou consubstanciais à própria atividade do Estado, ou que o Estado não poderia deixar de manter ou organizar, sem falhar aos seus fins, políticos ou sociais” Direito Público Municipal e Administração dos Municípios, p. 146).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 125/135 Jun. 1992

Na definição de VILLEGAS BASAVILBASO, "Serviço público é toda atividade direta ou indireta da administração pública, cujo objeto é a satisfação das necessidades coletivas por um procedimento de direito público". (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1951, Vol. III, p. 49 e 228).

Os serviços públicos procuram atender sempre ao interesse público e, quando executados indiretamente (por delegados do Estado), o poder público impõe condições de sua execução. (JOAQUIM CASTRO AGUIAR, in "sistema tributário municipal" pág. 96).

07 Além disso, há de se considerar que os serviços municipais de coleta, transportes e destinação do lixo domiciliar devem ser entendidos como serviços públicos gerais, pois "provêm às necessidades de caráter geral, atendendo à coletividade como um todo, objetivando a satisfação dos cidadãos indistintamente". Enquadram-se perfeitamente na definição de BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

"Serviços públicos gerais, também denominados universais, são aqueles que proporcionam vantagem à coletividade como tal, ou provêm às necessidades de gerações futuras. São serviços que objetivam o interesse comum, e só indiretamente interessam ao indivíduo (uti singuli). Os serviços públicos gerais interessam aos cidadãos indistintamente, sem que se possa determinar o grau de interesse que cada um tenha individualmente na existência do respectivo serviço".

"Serviços públicos especiais, também denominados específicos ou particulares, são aqueles que proporcionam vantagem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos. São serviços que objetivam o interesse de pessoas ou grupos de pessoas, que gozam deles uti singuli, não uti universi. FRANCISCO D'AURIA denomina tais serviços "serviços de utilidade individual", porque satisfazem necessidades individuais". (A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro, 1968, p. 97).

Trata-se do lixo costumeiramente produzido pelas unidades imobiliárias autônomas enumeradas no § 1º do art. 1º da Lei nº 6750/90.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 125/135 Jun. 1992

08. A remoção de "containers", de entulhos de obras, de bens móveis imprestáveis, de animais mortos, de veículos abandonados, de capinação ou limpeza de terrenos, de limpeza de prédios, ou de destruição ou incineração de material ou usina, é de responsabilidade do próprio particular que produziu esse lixo extraordinário e, como fez notar o Parecer do Assessor Jurídico da EMLURB, pode ser realizada, opcionalmente, utilizando serviços privados ou o serviço especial tarifado mantido pela Prefeitura Municipal de Fortaleza.

09. Em suma, a Taxa tem por objeto uma atividade especificamente estatal, que somente poderá ser prestada por particulares pela via da delegação.

Com efeito, assim dispõe o § 2º do art. 1º da Lei nº 6750/90 de que se cogita:

"§ 2º os serviços de que trata o caput deste artigo serão prestados diretamente pelo Município ou mediante delegação".

10. O pagamento da Tarifa ou Preço Público, ao contrário, tem por objeto serviço de natureza comercial, eventualmente exercido pelo Município, mediante contrato com a parte interessada.

Lucidamente assim se pronunciou o Parecer constante do processo:

"A Lei 5530/81 — Código de Obras e Postura de Fortaleza, em seus artigos 545 e segts. e a Lei 6750/90, arts. 1º e 6º consideraram como atividade específica do Município a remoção e transporte do lixo domiciliar e excetuaram dessa atividade o lixo residual com produção diária superior a 100 litros por dia, os entulhos, terras, e sobras de materiais de construção, podação de jardins e outros, deixando a remoção desses materiais sob a responsabilidade das pessoas, quer físicas, quer jurídicas, que os produzissem.

Assim, essas pessoas podem promover a remoção e transporte desses materiais utilizando serviços privados ou o serviço especial tarifado mantido pela Prefeitura Municipal de Fortaleza. A verdade é que elas são responsáveis pela remoção desses materiais e, caso não o façam, ficam sujeitas às penalidades legais cabíveis, podendo ser autuadas regularmente".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 125/135 Jun. 1992

11. Demais disso, há de levar-se em conta que à lei tributária cabe definir o que é Taxa e o que é Preço Público. É ainda HUGO DE BRITO MACHADO quem explica:

Não é fácil, nos domínios da Ciência das Finanças, estabelecer a diferença entre a taxa e preço. No âmbito jurídico, porém, a questão se resolve em admitir-se que a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares há de ser formulada no plano político, vale dizer, há de ser fixada pelo Legislativo. Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como taxa por definição legal. Assim temos que:

- a) Se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico do Estado, a receita que a ela se liga é uma taxa.
- b) Se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um preço.
- c) Havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço.

O importante é entender-se que se a lei denominou a receita como taxa, vinculou esta ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente".

12. A Lei Municipal nº 6750/90 deixou evidenciada em seu próprio texto essa distinção, quando, em seu artigo 1º, definiu o fato gerador da Taxa de Limpeza Pública e em seu artigo 6º, estabeleceu que o pagamento da Taxa não exclui o pagamento da Tarifa pelo serviço contratado da remoção do chamado lixo extraordinário, o qual ficou claramente delimitado:

"Art. 1º — A taxa de limpeza pública tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, dos serviços municipais de coleta, transporte e destinação do lixo domiciliar prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. § 1º — Considera-se lixo domiciliar o proveniente da unidade imobiliária autônoma, constituída por lotes ou terrenos vagos ou com construções, tais como: casa, apartamento sala, estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços,

clubes sociais colégios, hospitais ou qualquer espécie de construção ou instalação autônoma ou prédio de qualquer natureza ou destinação."

"Art. 6º — O pagamento da taxa e de acréscimo a ela referentes não exclui:

1 — o pagamento:

a) de preço ou tarifa pela prestação de serviços especiais, tais como: remoção de "containers", de entulhos de obras, de bens móveis imprestáveis, de lixo extraordinário, de animais mortos, de veículos abandonados, de capinação e limpeza de terrenos, de limpeza de prédios, ou de destruição ou incineração de material em aterro ou usina."

13. Desse modo, a Lei Municipal definiu o que é Taxa de Limpeza Pública e o que é Preço Público pela remoção do lixo extraordinário. E o fez corretamente, porque a distinção entre taxa e preço se faz em função da natureza do serviço, como se disse.

14. Demais disso, está a estabelecer essa distinção, também, o quantum da remuneração dos serviços objeto da taxa e o da remuneração dos serviços objeto da Tarifa. No primeiro caso, (da Taxa), o valor que o Município cobra pela remoção do lixo domiciliar não é o valor de mercado desse serviço.

No caso da Tarifa, ao contrário, o valor cobrado é aquele que o serviço tem no mercado ou, pelo menos, o valor correspondente ao custo do serviço, que nesse caso, pode ser avaliado.

RENATO AGOSTINI XAVIER, citado por JOAQUIM CASTRO AGUIAR, assim se expressa a respeito:

Quando não for possível a obtenção do valor que o serviço tem no mercado, em virtude de a prefeitura possuir monopólio da prestação, a fixação far-se-á levando-se em consideração o custo total do serviço verificado no último exercício encerrado, a flutuação nos preços de aquisição dos fatores de produção do serviço e o volume de serviço prestado no exercício encerrado e a prestar no exercício considerado. Não se quer dizer com isso que o preço deva necessariamente coincidir com o custo. O preço pode estar abaixo, no mesmo nível, ou acima do custo unitário, dependendo da decisão tomada pela administração. Ter-se-á, então, respectivamente, o que EINAUDI cha-

mo de preço político, preço público e preço privado (Principii di Scienza della Finanza). O custo unitário do serviço ou o valor de mercado representam critérios para determinação do preço. Nada disso acontece em relação às taxas, porquanto: primeiro, os serviços que a taxa remunera não possuem valor no mercado; segundo, não é possível determinar seu custo unitário.

14. Vê-se, pois, que há um conjunto de elementos que estabelecem a distinção entre Taxa e Preço: a) a natureza jurídica de cada uma dessas espécies legais; b) a natureza do serviço prestado; c) a natureza do valor exigido pela prestação dos serviços; d) a efetiva utilização do serviço no caso do preço e a mera prestação do serviço no caso da Taxa, mesmo sem sua efetiva utilização; e) a natureza da receita: a Taxa produz receita derivada, enquanto o Preço obtém receita originária (de natureza não tributária); f) a Taxa está sujeita ao princípio da anterioridade e anualidade, não podendo ser instituída ou majorada senão por lei somente terá eficácia no exercício seguinte; o Preço pode ser instituído e majorado a qualquer tempo; g) é contribuinte da Taxa todo aquele a quem a atividade estatal de prestação de serviço é dirigida, ainda que não utilize esse serviço. O preço somente é devido por quem, livremente, contrate o serviço e efetivamente o utilize; h) Na Taxa, a relação jurídica se rege pelo direito público e decorre da lei, enquanto no Preço, a relação jurídica está sujeita ao direito privado e nasce do contrato; i) É de competência do Prefeito a fixação e revisão das Tarifas dos serviços Municipais, embora caiba à Câmara Municipal instituir, por lei, o sistema de preços públicos e estabelecer os critérios de sua fixação.

HAROLDO VALADÃO, citado por JOAQUIM CASTRO AGUIAR, escreveu:

É por isso que não se compreende a exigência de uma lei para fixar o preço de uma passagem, de um frete ou de uma consumação numa estrada de ferro ou estação, exploradas diretamente ou arrendadas ou concedidas pelo Estado, como, também, não se exigiria uma lei fixando valor do aluguel de um imóvel do mesmo Estado.

Poderá a lei instituir as bases gerais, estabelecer as diretrizes, mais a fixação em pormenor, a determinação da cifra específica, compete, de regra, ao Poder

Executivo, através de atos administrativos gerais, regulamentos, instruções, portarias ou, nos contratos de concessão, nos atos de autorização, não raro, face à audiência ou decisões de comissões especiais para o assunto". (RDA 20, p. 351) ob. cit. p. 107.

j) Poderíamos, ainda, acrescentar que os serviços de coleta, transporte e destinação do lixo domiciliar, além de ser serviço público geral, se caracteriza também como serviço público próprio, assim, entendido aquele a respeito do qual o Município não se pode omitir. SACHA CALMON NAVARRO COELHO, em seu "Comentários à Constituição de 1988" mostra que o conceito de serviço próprio é político, relativo, varia no tempo e no espaço. De fato, o que faz com que a coleta, transporte e destinação do lixo domiciliar se caracterize como serviço público próprio são as circunstâncias locais. Em passado recente, uma administração Municipal, por motivos que não vem ao caso assinalar, deixou de recolher por meses seguidos o lixo domiciliar tornando-se o caso verdadeira calamidade pública. Essa circunstância evidencia que esse serviço se caracteriza como serviço público próprio, isto é, que cabe obrigatoriamente ao Município sua prestação, por si mesmo, ou por delegação. Por isso, politicamente, deve assumi-lo, como faz a Administração de Fortaleza.

Já quanto a remoção de entulhos de obras, de bens imprestáveis, de poda de árvores ou capinação de terrenos, entendemos não estar o Município obrigado a assumir a prestação desse serviço como geral e próprio. E o particular é livre para contratar esse serviço com prestador privado.

l) Poderíamos concluir com SACHA CALMON NAVARRO COELHO que "no preço de origem sempre contratual, haveria a possibilidade do "desfazimento do pactuado" e, ainda, antes disso, a recusa da cobrança, se possível, após a acordância do usuário. Na Taxa, ao revés, predomina a vontade da lei e a obrigação, às vezes existindo apenas a simples disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado."

É desse autor o seguinte trecho:

"A realidade está em que os serviços públicos de utilidades, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de direito público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário

das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista e sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitas e só têm eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista cujo objeto primordial é o direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual. O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela lei. O primeiro parte da autonomia da verdade. A segunda é heterônoma. O contrato de prestação de serviço público mediante a contraprestação em pecúnia, pode ser rescindido e só o fornecimento efetivo dá lugar ao pagamento. A prestação de serviços, pelo pagamento de taxas inadmite recisão e a só disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização. Se específico e divisível, autoriza a tributação. Os regimes são diversos. O nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas. Certa feita ALIOMAR BALEEIRO, quando Ministro da Suprema Corte averbou, com felicidade, que "preço compulsório" é taxa e "taxa facultativa" é preço. SACHA COELHO, in Comentários à Constituição de 1988, pág. 52/53.

A manifestação seguinte é de CAIO TACITO:

"Podemos concluir, conseqüentemente, que no plano da elaboração legislativa, como no da exegese jurídica, a noção de preços públicos já adquiriu foros de autonomia, Inconfundindo-se com o conteúdo das taxas. Ambas correspondem à propriedade de bens ou serviços divisíveis e caracterizados. Mas, enquanto as taxas pressupõem a obrigatoriedade e dispensam a utilização efetiva (é necessário, apenas, que os serviços se encontrem à disposição dos usuários), os

preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude do ato direto de uso ou aquisição.

Não é suficiente a fisionomia teórica da contribuição o nome com que a tenha revestido o legislador. A função do intérprete desce à intimidade das relações jurídicas e econômicas, de modo a possibilitar o diagnóstico intrínseco da finalidade da prestação financeira". (J. C. Aguiar, ob. cit. 105).

Em face ao exposto, somos de opinião que é plenamente compatível a cobrança da Taxa de Limpeza Pública instituída pela Lei nº 6750, de 23 de novembro de 1990, com a contratação pelo Município da remoção do chamado "lixo extraordinário", tal como discriminado no art. 6º, inciso I, alínea "a" da mesma lei, mediante a cobrança de Preço Público.

S. M. J. é o nosso parecer.

COORDENADORIA DA PROCURADORIA FISCAL, em 07 de março de 1991.

Tarcisio Carvalho S. de Lima
Coord. Procuradoria Fiscal

Irrespondíveis são os argumentos aludidos neste excelente Parecer, com o qual estou de pleno acordo. Determino, aliás, a sua publicação na íntegra.

A consideração do Exmº Sr. Prefeito Municipal.

Fortaleza, 08 de março de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

PARECER Nº 15/91

PROCESSO Nº: 3.861/S.F.M.

ORIGEM: SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO.

INTERESSADO(A): ASSOCIAÇÃO CULTURAL FRANCO-BRASILEIRA.

EMENTA: Imunidade — ITBI "inter vivos". Quando da aquisição de terreno por instituição de educação, sem fins lucrativos para construção de estacionamento a ser utilizado por alunos e professores é de se reconhecer a imunidade. Inteligência dos arts. 150, VI, c, da Constituição Federal, 7ª da Lei Municipal 6.421/89.

Submete-se à apreciação desta Procuradoria Geral/Coordenadoria Fiscal, o processo em epígrafe em que ASSOCIAÇÃO CULTURAL FRANCO-BRASILEIRA, solicita o reconhecimento de imunidade tributária quanto ao Imposto sobre Transmissão "inter vivos" de Bens Imóveis e Direitos a eles relativos — ITBI —, fundando-se no disposto no art. 150, IV, c, da Constituição Federal.

O imóvel cuja aquisição ensejou o pedido de reconhecimento de imunidade tributária destinar-se-á a edificação de "estacionamento para melhor se poder acomodar os alunos frequentadores dos cursos nela (instituição) ministrados".

Manifestando-se a Divisão de Arrecadação da Secretaria de Finanças do Município, concluiu pelo indeferimento do pleito.

A Assessoria Jurídica do Exmº Sr. Secretário de Finanças opinou no sentido do reconhecimento da imunidade requerida.

As fls. 06, solicitou o Exmº Sr. Secretário de Finanças o pronunciamento desta Procuradoria Geral.

Quando em trâmite nesta procuradoria o processo, juntou a requerente petição, datada de 24 de setembro do corrente, em que explicita a destinação a ser dada ao imóvel objeto do pedido de reconhecimento de que se trata, bem como cópias de seu Estatuto e de Autorização de Demolição expedida pela Secretaria Municipal do Controle Urbano e Meio Ambiente — SPLAN —, e Declaração que não distribui parcela de seu patrimônio ou rendas, a título de lucro ou participação, e que aplica no país, integralmente, seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais.

É o relatório.

PARECER:

— I —

Para fundamentar sua decisão, arrola a Divisão de Arrecadação da SEFIN os seguintes argumentos:

a) o imóvel objeto do pedido não integra o patrimônio da entidade requerente.

b) a imunidade de que se trata alcança, exclusivamente, o patrimônio, a renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais da instituição de educação, nos termos do parágrafo 4º, art. 150, da Constituição Federal.

c) para o gozo da imunidade requerida necessário seria que o imóvel de que se trata compusesse o patrimônio da entidade requerente e estivesse relacionado com algumas de suas finalidades essenciais.

d) a requerente não pode gozar da imunidade pois o bem objeto da transmissão não foi, ainda, incorporado ao seu patrimônio.

Nos termos do entendimento da Divisão de Arrecadação da SEFIN, o imóvel objeto do reconhecimento de que se trata, por não integrar o patrimônio da requerente, e tampouco vincular-se, ainda, com suas finalidades essenciais, exclui-se da hipótese de incidência da imunidade prevista no art. 150, IV, c, da Constituição Federal.

Não há de prevalecer o entendimento daquela Divisão de Arrecadação, pois incompatível com a interpretação teleológica a que se presta a norma instituidora da imunidade de que se trata.

A imunidade consagrada no art. 150, VI, c, da CF, deve ser entendida como corolário da liberdade de idéias e de formas quanto a sua transmissão, vedando-se constitucionalmente a incidência de normas instituidoras de impostos. Assim, em que pese dever-se interpretar dispositivos instituidores de imunidade (bem como de isenção) de forma restritiva, pelo caráter excepcional que possuem, não se pode desconsiderar a finalidade a que se propõe.

No caso em comento importa saber se a interpretação adotada pela Divisão de Arrecadação da SEFIN não se traduz, na prática, em supressão da imunidade das instituições de educação, no tocante ao ITBI "inter vivos".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 137/141 Jun. 1992

O Imposto sobre transmissão "inter vivos" de bens imóveis e de direitos reais a ele relativos foi instituído no âmbito do Município de Fortaleza pela Lei nº 6.421 de 30 de janeiro de 1989, publicada no DOM de 31 de janeiro de 1989.

No que se refere ao sujeito passivo, com os interesses voltados mais para a questão prática dirigida à garantia do recebimento e inspirados nas antigas legislações estaduais relativas ao ITBI, têm os Municípios eleito o adquirente como sujeito passivo do imposto de transmissão imobiliária "inter vivos". De forma diversa não agiu o legislador municipal, pois, nos termos do art. 7º da supracitada lei, contribuinte do do imposto "é o adquirente ou cessionário do bem ou direito."

A requerente adquiriu o imóvel supracitado, logo apresenta-se como contribuinte do ITBI "inter vivos". Esta condição de adquirente/sujeito passivo, por sua vez, enseja o benefício da imunidade de que trata o art. 150, VI, c, da CF.

Como a Lei Municipal 6.421/89 elegeu como sujeito passivo o adquirente, somente será viável a materialização da imunidade se entender-se ser a condição de bem futuramente destinado, direta ou indiretamente, às finalidades específicas da instituição suficiente ao reconhecimento da não incidência do ITBI. Entendendo-se de forma diversa ter-se-á a situação de imunidade, exclusivamente, quando uma instituição de educação alienar seus bens a uma outra entidade também de cunho educacional. Ora, este entendimento confronta-se, inegavelmente, com a finalidade da imunidade em comento, nos termos anteriormente afirmados.

— II —

A alegação de que não seria possível o reconhecimento da imunidade à requerente pelo fato do imóvel não integrar seu patrimônio apresenta-se formulada de modo equivocado.

O ITBI "inter vivos" tem como elemento essencial de sua hipótese de incidência a transmissão jurídica da propriedade (através da transcrição do título aquisitivo no registro próprio e pela forma prevista em lei) entre vivos, por ato oneroso.

Quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência, o momento somente pode ser o da inscrição da transmissão na circunscrição imobiliária competente, jamais previamente à formalização do ato jurídico, ou ainda, à lavratura da escritura, como inconstitucionalmente preve o art. 9º da Lei nº 6.421/89.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 137/141 Jun. 1992

Apenas pode-se falar em ITBI "inter vivos" quando se tiver transferência de imóveis entre patrimônios. Deste modo, surge a obrigação de pagar o imposto quando tem o adquirente incorporado ao seu patrimônio o bem imóvel adquirido.

No caso em espécie, o imóvel de que se trata deve ser considerado já transferido, para efeito de atendimento à exigência do parágrafo 4º do art. 150, da CF, vez que somente por impropriedade da Lei Municipal instituidora do ITBI "inter vivos" fica o adquirente impossibilitado de lavrar o instrumento de transmissão até o pagamento antecipado do imposto.

Portanto, considerado o imóvel adquirido integrante do patrimônio da requerente, encontra-se este, quanto aos impostos, albergado pela imunidade.

Eis, assim, como se não bastasse o anterior argumento apresentado, mais um silogismo a ratificar a necessidade de reconhecimento da situação de imunidade da requerente.

— III —

Finalmente, é de se destacar o perfeito atendimento ao requisito constitucional de relacionar-se o bem com as finalidades essenciais da requerente.

O centro da cidade, como é sabido, sofre de crônico problema de espaço para estacionamento. Não se pode negar a conveniência para alunos e professores da requerente de terem à sua disposição espaço privativo para estacionarem seus veículos. Se diretamente não se vincula à atividade essencial da requerente, qual seja o ensino da língua francesa, o futuro estacionamento, na medida que proporciona conforto e segurança, a esta vincula-se de forma indireta.

Poder-se-ia argumentar que reconhecida a imunidade no presente processo, caso posteriormente deixasse a requerente de observar a destinação que ora anuncia, traduzir-se-ia tal reconhecimento em prejuízo para o Município de Fortaleza.

Improcedente tal conjectura. Deixando a requerente de edificar no terreno o estacionamento a que ora se propõe, não mais existentes estarão os requisitos que justificam o reconhecimento da imunidade, devendo ela recolher o imposto devido.

Compete à SEFIN, através de sua Divisão de Fiscalização, acompanhar a perfeita observância do requisito edificação de estacionamento, por prazo razoável, atentando-se, porém, para o prazo decadencial quanto à constituição do crédito tributário.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 137/141 Jun. 1992

— VI —

De tudo quanto se expôs, opinamos pelo reconhecimento da imunidade da Associação Cultural recorrente.

É o parecer, S.M.J.

Fortaleza, 03 de outubro de 1991.

Alcides Saldanha Lima
Procurador Fiscal

DESPACHO

De acordo com o parecer retro. À superior consolidação do Exmº Dr. Procurador Geral.

Fortaleza, 07 de outubro de 1991.

Empedocles da Silva de Aguiar
Coord. da Procuradoria Fiscal

De pleno acordo com o Parecer, por seus próprios fundamentos. De efeito, é de reconhecer-se a imunidade, desde que se mantenha a vinculação indireta do imóvel, a que se alude, no item III, 2º parágrafo, do Parecer.

À decisão do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 07 de outubro de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer e o despacho.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 137/141 Jun. 1992

PARECER Nº 265/91

PROCESSO Nº: 2594/91-PGM

INTERESSADO: IOLANDA DE MOURA CAVALCANTE

ASSUNTO: DIREITOS RESCISÓRIOS

EMENTA: Prazo prescricional de créditos trabalhistas. Dois anos após a extinção do contrato. Indeferimento.

Trata o presente processo de solicitação por parte da servidora **IOLANDA DE MOURA CAVALCANTE**, de verbas trabalhistas oriundas da rescisão do seu contato de trabalho efetivada em 09 de junho de 1987, através do Termo nº 204/87.

Percebe-se, contudo, que o prazo prescricional das ações trabalhistas foi ampliado para cinco anos, no caso dos trabalhadores urbanos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato (art. 7º, XXIX, a da Constituição Federal).

Na verdade, a dúvida do intérprete surge na aplicação do novo prazo prescricional nos processos pendentes ao tempo da promulgação da Carta Magna (09.10.88).

Ensina Paul Robier que "a base fundamental da ciência do conflito das leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato", argumentando que o primeiro "é a aplicação no passado e outro é a aplicação no presente" (Les Conflits de Lois dans de temps — 1/371).

Pois bem, a questão se põe, singularmente, em face dos fatos pendentes quando sobrevém a lei nova, necessitando-se estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação e as partes posteriores em relação às quais a lei nova atingirá.

Como se sabe, a vedação da retroatividade das leis repousa em uma elementar exigência de segurança e estabilidade nas relações jurídicas. No nosso ordenamento, contudo, a lei só pode retroagir se respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (princípio da irretroatividade relativa).

Desta forma, temos que trazer a lume o conceito de direito adquirido, para uma solução completa do problema:

Afirma a Lei de Introdução ao Código Civil:

"Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular ou alguém por ele, pode exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem" (§ 2º do art. 6º).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 143/145 Jun. 1992

R. Limongi França, referindo-se à definição clássica de Pacifici — Mazzoni, esclarece:

"Direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei e do tempo, no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da nova lei entrou a fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita embora não tenha podido fazer-se valer, ou parte dela, por falta de ocasião".

A prescrição, na terminologia de Limongi França é um "direito de aquisição sucessiva", ou seja, um direito que se alcança após o fluxo de um certo lapso de tempo.

Assim, inadmissível se tem a retroação da lei nova de eficácia imediata de maneira a ignorar a patrimonialidade da prescrição extintiva já consumada, uma vez que se estaria atingindo direito adquirido.

Nesse sentido afirma Washington de Barros Monteiro:

"...se a prescrição já se consumou, segundo a regra da lei anterior, não há que se cuidar da lei nova (Curso de Direito Civil — 1º vol., Saraiva, 1977, p. 33).

Da mesma opinião é o Prof. Galeno Lacerda, no que se refere a prazos processuais:

"Claro está que os prazos já terminados sob a lei antiga não podem, hipótese alguma, ser reabertos. O efeito já se produziu sob aquela lei. O problema de direito transitório só se apresenta, é claro, quanto à incidência da lei nova sobre prazos que ainda não acabaram". (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, p. 91).

De outra forma, contudo, ocorre quando a lei nova apanha a prescrição em curso, reduzindo-a ou aumentando-a. Nesse caso a aplicação imediata da nova lei não afeta nenhum direito adquirido, uma vez que ainda não perfeito, tratando-se, no caso, de uma mera expectativa de direito.

Essa é a conclusão de Câmara Leal:

"Ora, na prescrição, enquanto esta não se consuma pela expiração do prazo prescricional, não há para o prescribente um direito adquirido, porque, antes dessa consumação, ele não pode invocá-lo, nem fazer reconhecê-lo. Portanto, a nova lei, publicada antes da expiração do prazo prescricional, vem surpreender a prescrição em curso, quando ela não constitui

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 143/145 Jun. 1992

ainda um direito adquirido, mas mera expectativa, cuja realização depende do decurso do tempo fixado pelo legislador, e deve, pois, exercer sobre ela toda sua autoridade, subordinando-a ao seu novo império". (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1992, p. 88).

Essa a opinião dominante já há muito, tendo Planiol afirmado que:

"Quando uma lei modifica o tempo da prescrição, quer para aumentá-lo, quer para diminuí-lo, as prescrições já ultimadas não são atingidas, mas as que estão em curso sofrem o efeito da alteração". (Droit. Civil 1 nº 248).

O caso em apreço parece-nos bem simples, no que se refere aos créditos trabalhistas pleiteados pela suplicante.

Sua rescisão contratual é datada de 09.06.1987, sendo que seu pedido ora apreciado é de 23 de janeiro de 1991.

O prazo prescricional das ações trabalhistas foi inovado na Constituição de 88 apenas no que diz respeito ao prazo de aferição dos créditos trabalhistas que, de dois anos passou para cinco; continuou, contudo, sendo o prazo de dois anos para o autor entrar com referida ação.

Assim, parece-nos claro a ocorrência da prescrição da ação trabalhista a ser porventura interposta pela suplicante (e conseqüentemente seus créditos), sendo desnecessário o exame do mérito da presente questão.

Somos, portanto, pelo indeferimento da súplica.
Salvo melhor julzo.

Fortaleza, 24 de outubro de 1991.

Danilo Fontenele Sampaio
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.

À consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 06 de novembro de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De acordo com o Parecer, que submeto à decisão do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 06 de novembro de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 143/145 Jun. 1992

PARECER Nº 160/91

PROCESSO Nº: 0918/91-PGM

INTERESSADO: EDMO LEITE FERNANDES DE ASSIS

ASSUNTO: PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO

EMENTA: A GRATIFICAÇÃO DE SERVIÇO E SUA PRECARIIDADE FACE A COMPOSIÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR. A percepção das gratificações ligadas estritamente ao serviço prestado impõem-se para percepção para o servidor que é delas beneficiário apenas em caráter precário, a menos que a lei resolva diferentemente. Afigura-se portanto lícita — e obediente ao direito — toda espécie de supressão que seja feita pela Administração quanto ao pagamento destas gratificações de serviço, tidas assim como "modais" ou "condicionais", pelo que respeitados serão sempre, no caso, os princípios maiores estabelecidos pelo art. 7º, VI e art. 37, XV da Constituição Federal de 1988.

1. EDMO LEITE FERNANDES DE ASSIS, médico do quadro de pessoal do IJF, solicita beneficiar-se do "pagamento da gratificação de plantão retirado por iniciativa da Administração em julho de 1990". Aos termos do pedido aduz de logo que a "gratificação foi motivada e paga continuamente", desde o seu ingresso no hospital, desde julho de 1975. É também parte do pleito do interessado o "pagamento retroativo do período". — Período esse certamente atinente à retirada da gratificação, até os dias de hoje.

2. Ao processo são trazidas informações prestadas pelo Departamento de Pessoal do IJF, onde se encontra afirmado o fato de que o servidor "vinha percebendo a gratificação de plantão desde agosto de 1975 e até maio de 1990, sem interrupção, deixando de recebê-la a partir de junho de 1990". (Fis. 04 dos autos). A prova disso está atestada por algumas fichas de controle financeiro do IJF, juntadas para reforçar o caráter de habitualidade com o qual as gratificações eram pagas ao servidor.

3. São também partes integrantes do processo pareceres jurídicos exarados por Assistentes Jurídicos do IJF, nos quais é flagrante o entendimento favorável ao atendimento da súplica do servidor, precisamente em face do fator "habitualidade" com que se fizeram processar reiteradamente os pagamentos da gratificação aludida, por providência do IJF. (Fis. 12 a 16).

4. Ocorre no entanto que, com a devida *venia*, ousa-se discordar da compreensão ali adotada para o fim colimado, pelas seguintes razões, reveladas a partir do esclarecimento prévio que se impõe na espécie, pelo questionamento irrecusável: **assiste ao servidor direito a percepção continuada da gratificação de plantão a que a um tempo fez jus, mesmo a despeito da efetiva prestação do trabalho correspondente e apenas em face da habitualidade com que a ele foi paga, durante largo período (desde 1975 e até 1990), dentro do qual, entretanto, correspondeu sempre o pagamento recebido ao respectivo trabalho prestado?**

5. Não parece que sim. Nem mesmo se considerado for que a percepção reiterada da gratificação de que se trata se deu para o servidor sob a égide da legislação trabalhista, que era a ele aplicável, para disciplina de seus relações funcionais com o município, até o advento da lei complementar nº 0002, de 17.09.1990.

6. E isso se justifica. É sabido que, na órbita trabalhista, as gratificações pagas com habitualidade pelo empregador ao empregado assumem a feição de salário, pelo que, em tese, associam-se a ele (salário), para todos os fins de direito. (art. 7º, VI, CF/88). Mas, mesmo sob a influência protetiva da legislação trabalhista, tal regra não é (ou era) de todo absoluta.

7. É que não são todas as gratificações (ou adicionais) que se podem reputar integradas no rol daquelas havidas como irredutíveis. E entre estas, estão incluídas, sem dúvida, a gratificação de plantão antigamente paga ao pessoal do IJF.

8. A princípio, é certo, as **gratificações de plantão** afiguraram-se, como as outras que lhe são assemelhadas, em "**parcelas acessórias adicionais à remuneração principal dos servidores, pelo que costumam denominar-se vantagens**" pecuniárias acessórias (Cf. IVAN BARBOSA RIGOLIN, in **O Servidor Público na Constituição de 1988**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 150).

9. Em representando então **vantagens pecuniárias** que são concedidas a quem de direito, deverão sê-lo na conformidade das leis que as estabelecem. — No caso do IJF, considerado que se trata de uma Autarquia Municipal, vê-se que a instituição da gratificação **in comento** (de plantão) foi feita através de Decreto, de nº 4218, de 21.12.1973 (sugere-se de logo seja descurado o aspecto da constitucionalidade em si desta

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 147/154 Jun. 1992

medida, face às normas dos art. 61, § 1º, II, a e 63, I, CF/88, cujo exame transborda de muito os imprescindíveis limites que tem este parecer).

10. Pois bem. A este citado Decreto de nº 4218, de 21.12.1973, coube estabelecer e definir a prestação dos serviços que, no IJF, seriam compatíveis com a percepção das vantagens acessórias que admitia para os servidores ali lotados, nestes termos:

"Art. 139 — É mantida a gratificação pela prestação de serviço em regime de plantões diurnos e noturnos, para os ocupantes de cargos e funções do Instituto, cuja natureza do serviço exija a prestação do trabalho durante (12) doze horas ininterruptas, no expediente diurno e noturno".

...

"Art. 141 — A concessão de qualquer das gratificações mencionadas nos art. 139 e 140 (gratificação pela prestação de serviço em regime de sobreaviso permanente) exclui a outra e as demais de idêntica natureza, inclusive o adicional noturno".

11. E mais. Ficou também estabelecida, na mesma oportunidade, a **natureza precária** da percepção das gratificações então permitidas, para o recebimento das quais era imposto o seguinte princípio inarredável, constante do Decreto nº 4218/73:

"Art. 145 — A concessão das gratificações mencionadas nos arts. 139 e 140 deste Decreto não terá caráter compulsório e poderá ser retirada desde que o ocupante do cargo ou da função deixe de preencher as condições para sua obtenção, seja por mudança de horário, por motivo de afastamento ou qualquer outra coisa correlata".

12. Não era de estranhar que assim fosse. É que as gratificações de plantão, como tantas outras, bem podem considerar-se como sendo daquelas que têm sua concessão necessariamente presa a um **motivo gerador** delas, qual seja, o **trabalho correspondente**. Nesse exato sentido colocou-se a doutrina autorizada de HELY LOPES MEIRELLES. As vantagens acessórias, quando acrescidas ao estipêndio do servidor, deixou ele afirmado, são "**concebidas a título definitivo ou**

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 147/154 Jun. 1992

transitório, pela decorrência do tempo de serviço (extacto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem) ou finalmente em razão das condições pessoais do servidor (propter personam). As duas primeiras constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função); as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero (retribuição secundária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e a Administração". (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., Ed. RT, São Paulo, 396).

13. Assim é que umas "se incorporam automaticamente ao vencimento e o acompanham por todas as suas mutações, inclusive quando se convertem em proventos de inatividade", ao passo que outras "apenas são pagas com o vencimento, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor" (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 396).

14. Dentro desta conjuntura, impõe-se de logo a compreensão de que a gratificação de plantão afigura-se como sendo do tipo modal ou condicional, posto que dependente, para existir, do implemento de uma condição, que é a prestação do trabalho em plantão. Isto é certo, na medida em que coube ao mesmo insigne HELY LOPES MEIRELLES classificar as gratificações vendo-as como as que são devidas desde logo e para sempre, diferenciando-se das que são modais ou condicionais, assim sejam ligadas à ocorrência de certos fatores ou ao preenchimento de determinadas condições para serem efetivamente impostas, como encargos da Administração.

15. Devidas desde logo e para sempre são, por exemplo, as vantagens devidas ao funcionário em razão do tempo de serviço público (adicional de anuênio, biênio, triênio, quinquênio, etc.). Condicionais, por outro lado, são todas aquelas ligadas a uma condição específica do trabalho do servidor, tais como a que significa compensação pelo trabalho com dedicação exclusiva, com risco de vida, em regime de plantão, etc.

16. Certo é que, quando a gratificação é dependente do serviço, "mesmo que auferida por longo tempo e em razão do preenchimento dos requisitos estabelecidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser que quando essa integração for determinada pela lei". É que estas vantagens são devidas estritamente "pelo trabalho que está sendo

feito (pro labore faciendo), motivo pelo qual quando cessa o trabalho, ou quando desapareça o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens". (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 397/398).

17. Tal justificativa é bastante para ter-se como obediente ao Direito toda espécie de supressão que seja feita pela Administração quanto ao pagamento destas "gratificações modais". Afinal, "a lei é que define as condições em que cada uma destas vantagens é devida, bem como à lei cabe estabelecer as hipóteses de incorporação". Por isso, é evidente que "no silêncio da lei, tem-se que entender que a gratificação de serviço somente é devida enquanto perdurarem as condições especiais de sua execução, não havendo intransigência ao princípio da irredutibilidade de vencimento na retirada da vantagem, quando o servidor deixa de desempenhar a função que lhe conferiu o acréscimo". — É o lúcido ensinamento da MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 1990, São Paulo, p. 333).

18. No que toca especificamente à situação daqueles servidores que, no âmbito do IJF, percebiam (ou perceberam), por anos a fio, a gratificação de plantão, tem-se a considerar que a lei não foi omissa acerca do interesse deles. Ao contrário. Tomou de fato o legislador municipal como admissível a incorporação ventilada (torne-se à leitura do item 17, retro, onde se lê a lição da respeitável Profª paulista MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), mesmo a despeito da prestação do trabalho referente à percepção da vantagem. E para tanto, firmou regra específica, que se fez processar na ocasião dentro da integral obediência aos condicionamentos jurídicos que deviam nortear a edição da fonte legal da qual deveria a incorporação necessariamente emanar, quer dizer, para o alcance dos fins de "incorporação" admitidos, estabeleceu o legislador municipal, no § 2º do art. 8º da Lei nº 6.697, de 19.07.1990, o seguinte:

"Ficam extintas as gratificações de plantão, especial de plantão e pela prestação de serviços em regime de sobreaviso permanente, até então percebidas pelos servidores alcançados por este artigo, revogadas as respectivas normas instituidoras, cujos valores, exceto quanto à gratificação especial de plantão, foram incorporadas ao salário-base ou vencimento-base constantes dos anexos referidos no caput deste artigo".

19. Quando decretou o legislador a extinção das gratificações até então devidas aos profissionais da área da saúde do IJF (art. 8º, **caput**, Decreto nº 4218/73), procedeu com absoluta cautela, para eles imediatamente criando medida benéfica, que se fez valer através da **incorporação** sobre a qual foi explícito (gratificação de plantão, especial de plantão e pela prestação de serviços em regime de sobreaviso permanente). — O que daí se depreende então é que, extinguindo umas, paralelamente criou o legislador **outra vantagem** para os servidores do IJF, consubstanciada esta no direito de perceberem eles dali para frente o seu vencimento-base integrado pelo valor até então devido por conta das gratificações por cada um deles percebidas, no curso do trabalho desempenhado.

20. Compreenda-se pois a questão nos termos precisos em que se coloca: a lei nº 6.697/90 veio a determinar, na verdade, a **integração** daquelas gratificações que nomeou no cômputo do salário-base ou vencimento-base dos respectivos beneficiários, isso fazendo por conta da **extinção** das vantagens que era então adotada. Para isso cuidou o legislador de concretizar a **"incorporação"** propugnada através da inclusão do valor das gratificações então nomeadas nos próprios valores financeiros que, na mesma oportunidade, definia como sendo a partir daquela data devidos a cada servidor, por conta do reajuste nos valores vencimentais naquela mesma oportunidade decretados (volte-se à leitura do § 2º do art. 8º da lei citada de nº 6.697/90, no item 18, retro, para confirmação da idéia aqui sustentada, através da interpretação lógica do texto legal **in comento**).

21. Se assim foi, nem bem se pode falar de **"incorporação de gratificação"**, para perfeita adequação da iniciativa legal à doutrina paulista de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PRIETO e HELY LOPES MEIRELLES (nºs 12 e 13, 17 e 18, retro). Isto porque se, enquanto extinguia uma vantagem financeira, correlatamente criava o legislador outra vantagem, melhor obrou aqui a lei nº 6.697/90, ao conceder ao pessoal do IJF, sob o pretexto de **"mera incorporação de gratificação"**, verdadeiro **aumento de vencimento**, por motivos evidentes...

22. Por tal razão, até ilegal mesmo seria voltar a falar em nova **"incorporação"** ainda por conta das mesmas vantagens sobre a qual já versou a Lei nº 6.697/90. Permitir isso seria como que admitir o início de uma **reação de cadeia** verificável na **incidência recíproca de vantagens**, acarretando força-

samente o chamado **"repique dos beneficiários que produziam um extraordinário efeito multiplicador sobre a remuneração"**. (Cf. ADILSON ABREU DALLARI, *In Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, Ed. RT, São Paulo, 2ª ed., 1990, p. 62). Esta hipótese afinal, é alvo de franca investida proibitória de ordem constitucional (art. 37, XVI, CF/88).

23. Afastada está pois, qualquer possibilidade de nova incorporação da gratificação de plantão, nos moldes em que ora é formulada. O que se há de ter como certo é que, a partir do advento da lei municipal nº 6.697/90, aos servidores que trabalhem em regime especial de plantão será devido sempre o pagamento da gratificação correspondente, calculada esta nos limites propostos pela citada lei nº 6.697/90. Com efeito, coube a esta lei extinguir a gratificação de plantão antes regulamentada pelo Decreto nº 4218/73 e novamente editá-la, apenas com base de cálculo diferenciada, embora submetida sua concessão aos mesmos requisitos de efetividade dos serviços correspondentes. Ficou então agora sendo esta a hipótese de ganho da gratificação, por quem de direito:

"art. 8º — ...

§ 1º — os servidores a que alude o caput deste artigo farão jus às seguintes gratificações, a serem calculadas sobre o respectivo vencimento-base ou salário-base: I ... II — Gratificação de plantão, àqueles que estejam efetivamente submetidos ao regime de plantão, de 25% (vinte e cinco por cento)".

24. Esta a situação de direito a considerar, sem qualquer dúvida. Nada contra ela se pode opor, nem mesmo um **suposto direito adquirido**, uma vez que, no trato da matéria, reputa-se direito adquirido para o pessoal do IJF apenas aquele que resulta da prescrição constante do § 2º do art. 8º da lei municipal nº 6.697/90. No mais, mostra-se a gratificação de plantão como uma gratificação que tem caráter precário, só cabendo sobre ela falar, quando a propósito do trabalho correspondente. (Decreto nº 4218/73). — Estas as razões pelas quais sugere-se **indeferimento** para o pedido trazido a exame através destes autos: é que ele carece de qualquer apoio legal.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 25 de junho de 1991.

María José F. Barreira Araújo
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.
À consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 28 de junho de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

De acordo com o Parecer, por seus próprios fundamentos.
À decisão do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 1º de julho de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

PARECER Nº 188/92

PROCESSO Nº: 3100/90 E 2785/90-PGM
INTERESSADO: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA E INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO
ASSUNTO: REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FUNCIONAL DE SERVIDOR

EMENTA: Configura-se situação excepcional, não prevista pela letra da lei. No caso, condenação criminal não implica em falta administrativa por parte do servidor. A "força normativa do fático" deve corresponder providência lógica por parte da administração: retirar o servidor da folha de pagamento até seu retorno ao serviço.

O Instituto de Previdência do Município (IPM) e o Instituto Dr. José Frota (IJF), através dos processos de números respectivos 2875/90 e 3100/90-PGM, encaminhados a esta Procuradoria pela Secretaria de Administração, solicitam parecer a respeito do servidor **HÉLIO DE MORAIS PINHO**, que foi condenado por sentença da Juíza Presidente do 1º Tribunal do Júri a 15 (quinze) anos de reclusão por delito de homicídio, com sentença transitada em julgado na data de 29/04/1987, encontrando-se desde 01/10/1990 recolhido ao Hospital Geral e Sanatório Dr. Otávio Lobo. Informa-nos o IPM, às fls. 2 do processo 2875/90, estar o servidor desde 12/04/1989 no gozo **licença para tratamento de saúde** (art. 130-I da Lei 3174/65), renovada até 2/11/1990, e às fls. 12 há a notícia de **licenças médicas** de 02/11/90 até, pelo menos, 18/06/1991. Nos autos do processo 3100/90 encontramos parecer da lavra da Procuradoria Jurídica do IJF, no qual se expõem os termos do problema: a definição da situação funcional do servidor. São enumerados dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 482-d) e Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza, vigente à época (art. 236-III, II e § 1º), com o pronunciamento final a favor da demissão por abandono de cargo.

Com as vênias de praxe, discordamos dessa análise. O artigo 482-d da CLT enuncia em seu **caput** os fatores que constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador; em momento algum, porém, menciona a lei que o empregador deverá demitir o empregado por conta de algum daqueles comportamentos ou circunstâncias. Tal iniciativa dependerá do exame da conveniência para o empregador.

No caso, além de à época do parecer (14/11/90) não ter ainda transcorrido 30 dias do encerramento da licença para tratamento de saúde, que findara dia 2/11/1990, havia uma razão ditada pela imperatividade dos acontecimentos, que configurava mais do que uma razão justa para a ausência do servidor: o servidor estava cumprindo pena, ditada em razão de ato (e circunstâncias) desligado da atividade profissional que exerce e não previsto em lei como crime contra a administração pública. Não repercutindo em sua atividade profissional nem no ambiente de trabalho de forma direta, não haveria como puni-lo no âmbito do direito administrativo. Seria seguir lógica absurda, querer contrariar a lei da física de que um corpo não pode senão ocupar um lugar de cada vez no espaço: se está no instituto onde cumpre pena, não pode vir ao trabalho, não havendo liberalidade para tanto no regime penintencional.

Por outro lado, embora fosse o servidor à época celetista, em relação a medidas disciplinares não poderia a administração agir de forma diferenciada em relação a ele, e não seguir determinadas diretrizes. Isto porque a administração é uma só, não podendo tratar fatos da mesma natureza de forma desigual.

A pena de demissão para o funcionário, tem sido reservada, quanto à prática de crimes, exclusivamente para crimes contra a administração pública ou praticados na situação de funcionário, conforme dispunha o antigo Estatuto:

“art. 225 — A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário nessa qualidade”.

Obviamente, o crime do art. 121 do Código Penal não se encontra nesse campo, e nem pode a administração incluí-lo sem ferir o princípio da prévia tipificação legal.

Quanto às penas disciplinares, o artigo 232 do mesmo Estatuto previa:

“Na aplicação das penas disciplinares, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que deles provierem para o serviço público municipal.” (grifamos)

Mais adiante, o artigo 236 dispunha acerca dos casos de aplicação de pena de demissão:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 155/158 Jun. 1992

**“I — nos crimes contra a administração pública;
II — abandono de cargo ou falta de assiduidade;
III — incontinência pública e conduta escandalosa habitual.**

(...)

§ 1º — Considera-se abandono de cargo a ausência do serviço sem justa causa, por mais de trinta dias úteis consecutivos”.

Descartada a hipótese do inciso I, reafirmamos a inaplicabilidade do conceito de abandono de cargo/função (sem apelar para a literalidade do termo referente somente a cargo), reforçada pela expressa menção à ausência de justa causa para a configuração do abandono.

O novo Estatuto é mais claro ainda para a configuração do princípio:

“art. 181 — Entende-se por abandono de cargo a deliberada ausência ao serviço, sem justa causa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos.” (grifamos)

Está portanto a figura do abandono na dependência da vontade dirigida conscientemente para a realização do fim ausência do serviço. Sem mais comentários, portanto.

Por mais que possa atingir nossa consciência ética e/ou religiosa, o ato praticado pelo servidor e que motivou sua condenação pela justiça criminal, não podemos julgar o mesmo fato e circunstâncias duas vezes. O pronunciamento oficial a respeito já se deu, pela instância do júri popular, e não cabe usurpar essa função. Mesmo a hipótese do inciso III do artigo 236 do antigo Estatuto resta improcedente, já que “incontinência pública” e “conduta escandalosa habitual” são manifestações que dizem respeito à credibilidade e discrição como guia de comportamento para o exercício de cargo ou função. Para o exame da tragédia que em si representou o fato da morte de outra pessoa, transborda-se essa medida singular, e exige-se outros padrões: o auferimento dos mais altos valores da sociedade (a vida) de que o núcleo do poder estatal tem a delegação para efetuar. E este núcleo é o Judiciário.

Isto posto, consideramos que o fato é atípico, como soem os fatos determinantes em geral. Como negar o fato não é a melhor solução, entendemos que o devido equilíbrio entre o histórico regular exercício profissional e a impossibilidade

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 155/158 Jun. 1992

física de exercê-lo atualmente se dá pelo ajuste do controle administrativo a esta realidade. Por isto, sugerimos que seja efetuada a retirada do servidor da folha de pagamento — o que equivalerá, na prática; a uma licença para trato de interesse particular — até que ele volte a exercer suas atividades profissionais normais, como processo de reintegração à sociedade de que o cumprimento da pena é somente uma parte.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 11 de novembro de 1991.

Paulo Antonio de M. Albuquerque
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.
À consideração do Exm^o Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 1992.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

DESPACHO

Demorado não só pelo acúmulo de serviço mas, é forçoso confessar, pelo ineditismo da situação *sub occultis*.

O servidor, no presente caso, foi condenado à pena de reclusão (de 15 anos), pela prática de crime de homicídio. Vigente ainda fosse a antiga legislação penal, a sentença certamente decretaria a consequente perda do cargo público.

Tal não pode mais ocorrer. A teor do que dispõe o art. 92. I, do Código Penal em vigor, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo só ocorre nas hipóteses de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

O crime praticado pelo suplicante, como é evidente, não se enquadra na previsão normativa supra aludida. E, pelo mesmo delito, ninguém há de receber duas penas.

Incorre, também — como bem salientado no brilhante Parecer de fls. — o abandono de cargo, de vez que falta, *in casu*, o ânimo do servidor de deixar suas atividades funcionais.

Mesmo diante, portanto, de um caso típico de lacuna técnica da norma — já que o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza não prevê expressamente solução para situação que tal — não pode o aplicador quedar-se inerte, deixando de dar solução ao problema.

Recorrendo à equidade — como o permite o sistema jurídico posto — entendo que o servidor **Hélio de Moraes Pinho**, mantendo íntegro seu vínculo funcional (sob a égide, hoje, do regime de direito público administrativo) com o IJF, pode continuar a perceber seus vencimentos, desde que:

a) mediante sua expressa aquiescência e da direção do presídio no qual se acha recolhido, preste, na condição de médico e respeitada a sua especialidade, atendimento aos demais presidiários, cumprindo, em tal mister, a carga horária a que se acha obrigado;

b) a Superintendência do IJF tenha efetivas condições de averiguar o cumprimento da condição referida no item a, retro, o que será possível mediante entendimento com a direção do estabelecimento carcerário.

Tal solução, parece-me, atende à exigência da função social e pedagógica da pena.
A decisão do Exmº Sr. Prefeito.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 1992.

Valmir Pontes Filho

APROVO O PARECER EM PARTE, FEITO O ADENDO DO
DESPACHO DO PROCURADOR GERAL.

Juraci Vieira de Magalhães
Prefeito de Fortaleza

PARECER Nº 051/90

PROCESSO Nº: 2588/90-PGM

INTERESSADO: MARIA DAS GRAÇAS GADELHA DA FROTA

ASSUNTO: RESTAURAÇÃO DE BENEFÍCIO

EMENTA: Em face do princípio da hierarquia das leis e considerada a estrutura escalonada da ordem jurídica, adota-se a compreensão de que existe "validade decrescente" entre as normas jurídicas. A lei complementar é pois superior face a lei ordinária, quando tenha tratado de matéria de sua exclusiva competência, não podendo assim ser revogada por qualquer lei ordinária, apenas.

No caso da gratificação "de exercício" mantida para os servidores administrativos da procuradoria Geral do Município através da Lei Complementar nº 0001/90, tem-se que deve ser auferida nas bases originais de sua concessão, (Lei municipal nº 5.479/81), uma vez que, na espécie, o benefício está garantido por forma superior através da Lei Orgânica de PGM (de natureza complementar), fato que, nos limites de sua competência, a torna imodificável por meio de simples lei ordinária.

1. Através do processo de nº 2588/90-PGM, **MARIA DAS GRAÇAS GADELHA DA FROTA**, na condição de Agente Especial de Serviços Jurídicos, CP. 17; com lotação nesta Procuradoria Geral do Município, formula requerimento objetivando obter restauração da gratificação de exercício (G.E) que ora percebe no exercício de suas atribuições funcionais, a fim de que seja a mesma contida nas bases originais firmadas pelo art. 7º da Lei municipal nº 5.479, de 23.11.1981, em respeito ao que dispõe o art. 105 da Lei Complementar nº 0001, de 13.09.1990.

2. Diz a postulante que percebe, desde janeiro de 1982, esta gratificação "de exercício" instituída pela lei municipal nº 5479/81, sendo que a referida vantagem era correspondente a 100% (cem por cento) do seu salário. — De acordo com o que determinava o art. 7º da lei apontada.

3. Esclarece que a referida gratificação foi concedida a todos os servidores lotados na PGM e que sua base de cálculo tinha como referencial o vencimento básico do beneficiário, motivo pelo qual integrava a remuneração global de cada servidor, inclusive para efeito de cálculo de quinquênio, nos termos do que permitia a lei nº 6.025, de 21.11.1985.

R. Proc. Geral Mun. - Fortaleza, 1 (1): 161/168 Jun. 1992

4. Esclarece ainda que, por força da Lei Complementar nº 0001/90, de 20.09.90 (LOPGM), foi preservada, na "sua inteireza, a manutenção da gratificação de que tratava o art. 5º da Lei nº 5.479/81", que era exatamente esta G. E.

5. E segundo alega, ocorreu que uma lei ordinária, de nº 6.712/90, procedeu recentemente à transformação da mesma gratificação em "Vantagem Pessoal Reajustável" (VPR), fato que teria provocado abalo na constância da regra que servia de base de cálculo à G. E. Isto porque teria-se tornado "congelada" a gratificação nas bases de sua concessão, antes conferida em 100% (cem por cento) do salário e agora concedida para majoração "por ocasião dos ajustes remuneratórios dos servidores públicos, no mesmo percentual do vencimento base".

6. Diante do que expõe, pede então a interessada seja restaurada a percepção da gratificação de exercício anteriormente garantida por via de lei complementar, de modo que se faça valer "a hierarquia de normas apontada no art. 39 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza". — Em aditamento ao pedido que faz, requer também a possível extensão do direito solicitado para todos aqueles servidores que, na PGM, igualmente auferiam a gratificação nas bases referidas.

7. Antes do mais, interessa afirmar que as alegações da requerente são correspondentes, no campo fático, àquilo que efetivamente ocorreu acerca da concessão da gratificação de que ela trata.

8. Realmente, com o advento da lei municipal nº 5.479, de 23.11.1981, art. 5º), passaram os servidores em geral da PGM a fazer jus a uma gratificação "de exercício", que foi instituída, àquela época, em substituição à gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva (veja-se a lei municipal nº 4.058, de 02.10.1972, em seu art. 205, VII).

9. Esta tal gratificação foi então concedida no percentual fixado pela lei (de 100% sobre o vencimento ou salário do beneficiário), ficando condicionada sua concessão à prestação de 40 h semanais na PGM, além do impedimento de cumprimento de qualquer outra atividade de trabalho que pudesse implicar em incompatibilidade de horário com os serviços prestados ao Município. (art. 7º).

10. Posteriormente, já agora por ocasião da organização da nova estrutura e competências da PGM, através da Lei Complementar nº 0001/90, (VER ART. 45, VII da Lei Orgânica do Município), cuidou o legislador de deliberar por deixar

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 161/168 Jun. 1992

"mantida para os servidores administrativos da Procuradoria Geral a gratificação de que trata o art. 5º da Lei nº 5.479, de 23 de novembro de 1981".

11. E mais recentemente, por via de lei ordinária, resultou a alteração da estrutura daquela gratificação, por força do que estatuiu a lei municipal nº 6.712, de 24.09.1990. Com isso, passou a G. E. a ser identificada como VPR (Vantagem Pessoal Reajustável), passando assim a obter reajustes desligados de qualquer índice pré-fixado, diferentemente do que antes ocorria.

12. Identificada a questão, resta saber se há adequação de seus limites à ordem jurídica. E isto deve ser verificado, ao que parece, a partir do ponto que, no problema, é fundamental: visto que a G. E. foi mantida por meio de lei complementar (nº 0001/90), interessa saber se pode ser alterada ou transformada por disposição de lei ordinária, àquela posterior.

13. A discussão na verdade se impõe. Dela de fato resulta a elucidação de uma pendência doutrinária que diz respeito à investigação sobre uma possível hierarquia entre as espécies normativas previstas no ordenamento jurídico. É que admitindo-se tal hierarquia, lógico é que não seria dado à lei ordinária impor qualquer modificação a direito concedido por via de lei complementar, já que, na gradação do ordenamento jurídico, seria de entender-se que a lei complementar deveria "valer mais" que a lei ordinária.

14. A princípio, não parece seguro afirmar que a hierarquia admitida é perfeita. Isto pelo menos em relação à lei delegada face à lei ordinária, por exemplo. — Acerca delas note-se que o campo de atuação da lei delegada é próprio — diferente do da lei ordinária — uma vez que há previsão constitucional específica nesse sentido, segundo prevê o art. 68 da Constituição Federal. Tal aspecto, no entanto, não caracteriza qualquer superioridade de uma pela outra. O que não pode haver apenas é invasão de competência entre elas, sob pena de serem inconstitucionais. (Cf. Celso Ribeiro Bastos, in **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 1990, 12ª ed., São Paulo, p. 380 e 310/311). Do mesmo modo, não há hierarquia entre o decreto legislativo e a lei, já que decretos legislativos, segundo observa PONTES DE MIRANDA, são as "leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (Promulgação ou veto)". (Apud MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in **Processo Legis-**

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 161/168 Jun. 1992

lativo, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 61, Ed. Saraiva, 1980, p. 420). Assim também, em relação às leis e as medidas provisórias e os antigos decretos-lei.

15. Por outro lado, não se duvida que o princípio da hierarquia das leis justifica a compreensão de que, no processo legislativo a que alude a Lei Maior no seu art. 59, existe relação de superioridade valorativa, a partir das emendas à constituição e até as leis ordinárias. Na verdade, toda a produção normativa que dele decorre tem antes como pressuposto básico a total obediência à lei fundamental.

16. E essa compreensão tem apoio na lição de HANS Kelsen, quando aborda a estrutura escalonada da ordem jurídica. Assim, ensina o grande mestre que "a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto de conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora" (Cf. Hans Kelsen in *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Batista Machado, Arménio Amado — Editora Coimbra, 1980, p. 310).

17. Tal lúcido ensinamento do insigne jurista austríaco, pareceu justificadamente relevante a PINTO FERREIRA, que dele valeu-se para sustentar a "validez decrescente" das normas jurídicas, afirmando que "constituem uma unidade formulada em diferentes níveis ou capas de profundidade, com uma validade decrescente e ocupando todas elas uma posição hierárquica". Sobre seu próprio pensamento, adiantou PINTO FERREIRA mais que "na gradação da ordem jurídica as leis complementares situam-se entre as leis constitucionais e as leis ordinárias. Abaixo das leis constitucionais situam-se as leis complementares; abaixo das leis complementares colocam-se as leis ordinárias. Daí a posição intermediária, intermediária ou intercalar das chamadas leis complementares. Tem assim a lei constitucional, do sistema de gradação das normas jurídicas, uma superioridade evidente sobre as leis comple-

mentares e estas, por sua vez, sobre as leis ordinárias". (Cf. PINTO FERREIRA, in *Lei Complementar*, loc. cit., p. 497).

18. Realmente, não deve ser mesmo sem propósito que a lei complementar ocupa posição intercalar no ordenamento constitucional. Aliás, quando a doutrina a ela se refere, o faz sempre tratando-a como sendo lei intercalar, isto é, lei situada entre as emendas à constituição e as leis ordinárias (Cf. PONTES DE MIRANDA, in *Comentários à Constituição de 1967*, tomo II, Ed. RT, São Paulo, 1967, p. 136) e ainda como lei ordinária paraconstitucional, como faz MIGUEL REALE (apud PINTO FERREIRA, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 48, Ed. Saraiva, 1977, São Paulo, p. 497). — Isso certamente para significar que a lei complementar vale menos que a lei constitucional, mas vale mais que a lei ordinária (Cf. PINTO FERREIRA, ob. cit., p. 497).

19. E se assim é, não é de ser desprezada a autorizada opinião de MIGUEL REALE, ao asseverar que tais leis são um "tertium genus" de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente" (apud PINTO FERREIRA, *Lei Complementar*, ob. cit., p. 498).

20. A idéia afigura-se mesmo acertada e coerente. De fato, não cabe à lei ordinária revogar lei complementar, essencialmente naquilo sobre o qual tenha tratado a lei complementar como matéria de sua exclusiva competência. Aí haverá sem dúvida franca e indiscutível superioridade de uma sobre a outra. E a lei ordinária decisivamente não poderá revogar a lei complementar, "sendo nula toda a lei ordinária ou parte dela que contrastar com a lei complementar. A maneira inversa, a lei complementar, por força de sua posição hierárquica, revoga as leis ordinárias, impondo-lhes homogeneidade e integração à sua letra e a seu espírito". — É afinal o que sustenta PINTO FERREIRA no seu seguro Magistério (Cf. seu *Lei Complementar*, cit., p. 497).

21. De tudo isso decorre por fim que a superioridade — ou distinção — da lei complementar face à lei ordinária, pode ser identificada em dois aspectos. O primeiro, diz respeito ao seu processo especial de elaboração, para cuja aprovação é exigida maioria absoluta dos votos dos membros das duas casas do Congresso Nacional (art. 69 CF). O segundo, se refere à sua área estrita de competência, definida em lei, do que resulta desfrutar ela de matéria própria, subtraída da

competência das demais normas. Daí ser imodificável pelas leis em geral, pois nenhuma outra pode cuidar de assuntos que a ela são afetos. (veja-se o comentário de Celso Ribeiro Bastos, in **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 12ª ed., São Paulo, p. 309).

22. Ora, se, indiscutivelmente, o **quorum** especial de aprovação da lei complementar a ela confere maior rigidez e estabilidade do que a atribuída às leis ordinárias, já que só nas mesmas condições poderão ser alteradas, substituídas ou revogadas (Cf. MARCELO CAETANO, in **Direito Constitucional**, vol. II, Ed. Forense, Rio, 1978, p. 293), certo é no entanto que sua superioridade está afirmada mesmo é no seu sentido jurídico — positivo. Ou seja: a nenhuma norma é dado contrariar um preceito contido em lei complementar, se a previsão daquele é resultado do trato de matéria reservada exclusivamente à lei complementar. Até porque “fora desse campo específico, a lei editada não é complementar e, consequentemente, não está dotada de nenhuma superioridade jurídica sobre a lei ordinária, mas ao contrário, com esta se nivela”. — É a importante advertência que faz PINTO FERREIRA, que ainda prossegue dizendo que: “O campo específico da incidência das leis complementares não pode ser invadido por outras normas jurídicas, exceto uma emenda à Constituição. Assim sendo, as leis ordinárias, as leis delegadas, os decretos legislativos e as resoluções não têm força para invalidar as leis complementares no campo específico das ordenações que elas regulam constitucionalmente. Se a lei complementar extravasar a matéria específica do seu campo, delimitado em **numerus clausus** pelo legislador constituinte, tem a norma evidentemente validade, mas neste caso pode ser revogada por norma ordinária, não havendo necessidade de norma complementar para o dito fim, Editada fora do seu campo específico, ainda que se lhe dê o nome de lei complementar, a lei assim editada é apenas e nada mais que lei ordinária” (Cf. PINTO FERREIRA, **Lei Complementar**, loc., cit., p. 499/500).

23. Na espécie trazida a exame desta Consultoria vê-se que a situação reclamada — das bases de concessão da G.E. — resulta de direito assegurado aos servidores da PGM por via de lei complementar. E era natural que assim o fosse, desde que a própria Lei Orgânica Municipal (que alguns até chegam a denominar de “Constituição do Município”), cuidou especificamente de arrolar, como sendo matéria de Lei Com-

plementar, a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Município (veja-se seu art. 45). Desse modo, como a lei da PGM é de fato — formal e materialmente — lei complementar, com campo de incidência especificamente definido pela Lei Orgânica do Município têm-se que, in casu, não houve transbordamento do campo compreendedor de sua autoridade.

24. Ao dispor sobre a PGM, como se sabe, previu a Lei Complementar nº 0001/90, dentre outras disposições, a concessão de vantagens e garantias aos servidores lotados no órgão principal de defesa do Município (art. 105). Isso fez o legislador valendo-se das prerrogativas que então detinha para dispor inclusive sobre a vida funcional do pessoal da Procuradoria, nesse processo evidentemente incluindo o trato de situações que diziam (ou dizem) respeito também aos servidores do corpo administrativo da repartição, além dos procuradores da Casa. Para todos, enfim, criou o legislador direitos e obrigações entendidos na época como sendo lícitos e justos, pelo que agora parecem todos perfeitos, não havendo como sustentar extravazamento da matéria específica do campo da lei de que se trata. — Se a lei da PGM, de natureza complementar, (de nº 0001/90) conferiu direitos específicos aos servidores do órgão, fê-lo apenas nos limites de sua competência, afigurando-se assim na espécie superior face à lei ordinária (de nº 6.712/90) que, posteriormente impôs modificações àquela situação anterior, em absoluta e indevida revogação aos preceitos contidos na outra (Lei Complementar). — O mesmo não se daria, é certo, caso houvesse a mesma lei da PGM estendido qualquer de suas normas a outros órgãos ou terceiros não relacionados com a Procuradoria Geral. É que, neste caso, essa norma então se nivelaria com a lei ordinária, podendo por ela ser naturalmente revogada.

25. Face ao exposto, o parecer é no sentido de que possam os servidores da PGM voltar a auferir a gratificação “de exercício” nas bases originalmente firmadas pela lei nº 5.479/81, em razão de ter sido este benefício garantido, por forma superior, através de Lei Complementar, fato que o torna inalcancável por meio de qualquer lei ordinária, apenas.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 27 de novembro de 1990.

Maria José F. Barreira Araújo
Procurador do Município

De acordo com o Parecer supra.
A consideração do Exmº Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 27 de novembro de 1990.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Coordenador da Consultoria

DESPACHO

A matéria posta ao exame da douta Consultoria pode ser resumida ao seguinte:

a) os servidores administrativos da Procuradoria Geral do Município faziam jús à denominada "gratificação de exercício", instituída pela Lei nº 5479/81, correspondendo ela a um percentual de 100% sobre o salário-base respectivo";

b) a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Município (Lei Complementar nº 0001/90), por sua vez, manteve a aludida "gratificação de exercício", criada pelo art. 5º da citada Lei nº 5479/81, fazendo-o por disposição expressa do seu art. 105;

c) posteriormente, a Lei ordinária nº 6712, de 24 de setembro de 1990 — posterior à Lei Orgânica da PGM — transformou a dita "gratificação de exercício" em "Vantagem Pessoal Reajustável-VPR", a teor do seu art. 10;

d) alega a suplicante, além de uma suposta ofensa a direito adquirido, que a lei ordinária não poderia revogar disposição de lei complementar, esta sendo, no seu entender, "hierarquicamente superior à lei ordinária", razão pela qual deveria reconhecer-se o seu direito à percepção da gratificação de exercício, já mencionada.

O Parecer, da lavra da ilustre e brilhante Procuradora MARIA JOSÉ BARREIRA ARAÚJO — sem embargo da argumentação que alberga — se nos mostra insuficiente ao convencimento e contrário, *data venia*, à melhor doutrina constitucional.

Em primeiro lugar, não há falar em ofensa a direito adquirido, quando da transformação, por lei, da gratificação de exercício em Vantagem Pessoal Reajustável. Isso porque, como é de farta sabença, o servidor público não adquire direito a tal ou qual gratificação, mas, sim, apenas não pode ter reduzido o *quantum* final de sua remuneração. E tal não ocorreu, nem foi alegado.

Ademais, inexistente, definitivamente, hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária. Tal entendimento, por inteiro superado, não encontra respaldo em interpretação lógico-sistemática que se faça do texto da Constituição da República. Com efeito — e assim o afirmam os mais respeitados constitucionalistas pátrios — há dois critérios para distinguir-se a lei complementar da lei ordinária.

O primeiro é puramente formal, de importância secundária, e reside no **quorum** de aprovação: a lei complementar há de ser aprovada por maioria absoluta, enquanto a ordinária por maioria simples. Mas esse critério não é suficiente. Se o fosse, ter-se-ia que admitir o absurdo jurídico de um projeto de lei ordinária, porventura aprovado pela maioria absoluta ou mesmo pela unanimidade dos votos dos parlamentares, vir a ser transformado, por tal circunstância, em lei complementar. . . O segundo, essencialíssimo, é o **material**: a LEX MAGNA reserva, de modo expresse, **matérias** que só poderão ser versadas por lei complementar, vedada à norma ordinária invadir tal campo competencial. Assim, se a lei de natureza complementar regulamenta assunto que lhe é privativo (por disposição constitucional, obviamente), a lei ordinária não pode revogá-la. Mas, por outro lado, se uma lei complementar disciplina assunto que não lhe é próprio, a lei ordinária posterior tem o absoluto condão de revogá-la, exatamente porque, normalmente, aquele dado assunto **não estava reservado à lei complementar!**

E, se é verdade que a organização e definição das competências da Procuradoria Geral do Município são matérias de trato exclusivo da lei complementar — insuscetíveis, pois, de modificação pela via ordinária — também é seguro e infismável que a fixação da remuneração dos servidores da Procuradoria **NÃO É MATÉRIA RESERVADA A LEI COMPLEMENTAR**. Ao reverso, trata-se de assunto a ser cuidado pela **LEI ORDINÁRIA**.

Daí resulta a evidente conclusão de que, no que toca aos vencimentos (vencimento-base e gratificações) dos servidores desta Casa, o procedimento legislativo comum é apropriado e o competente, razão pela qual, nesse particular, a Lei nº 6712/90, **por ser posterior à Lei Orgânica da PGM**, revogou a Lei Complementar nº 0001/90. Não fosse de assim ser, e forçosamente os futuros reajustes remuneratórios dos servidores administrativos e dos Procuradores da PGM haveriam de ser dados por lei complementar, o que seria um despau-tério.

Permito-me observar, neste lanço, que a lição de HANS KELSEN é a de que a norma inferior realmente busca o seu fundamento de validade (é dizer, a sua **juridicidade**) na norma superior, e assim sucessivamente, até que se chegue à norma **SUPREMA E FUNDAMENTANTE** do ordenamento: a **CONSTITUIÇÃO**. O engano reside exatamente em imaginar-se que a

norma ordinária, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, se fundamenta na norma complementar. Em verdade, **TANTO A LEI ORDINÁRIA QUANTO A LEI COMPLEMENTAR** encontram fundamento de validade diretamente na Constituição, sendo que cada uma tem seu próprio campo de validade material.

Pelo exposto — e o faço não sem lamentar — discordo do Parecer proferido, dando pela improcedência do pleito.

À superior consideração do Exmº Sr. Prefeito Municipal.

Fortaleza, 16 de janeiro de 1991.

Valmir Pontes Filho
Procurador Geral

APROVO O DESPACHO DO PROCURADOR GERAL, INDEFERINDO O PEDIDO.

Juraci Vieira de Magalhães
Prefeito de Fortaleza

TOMBAMENTO — REPERCUSSÕES JURÍDICAS — INSTITUIÇÃO POR LEI — LEI 6.119/86 — RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL NA CONSERVAÇÃO DO PRÉDIO EM QUE SE LOCALIZA O RESTAURANTE "ESTORIL" — EXAME DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO AO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL, NA ESPÉCIE.

ILMA. Sra. Dra.

COORDENADORA DA PROCURADORIA PATRIMONIAL

No último dia 31, os jornais desta Capital divulgaram extensas matérias tratando de virtual despejo que alcançaria o bar e restaurante "Estoril". No articulado, veio a lume que efetivamente de um lado postava-se a família que explora o estabelecimento, há cerca de 40 anos, e do outro membros da família proprietária do lugar, dando-se o conflito em decorrência destes últimos entenderem que a conservação do imóvel é precária, necessitando de reparos urgentes, razão do despejo que se processava. A família que reside no prédio sob referência, por sua vez, alegava que ante o teor da Lei 6.119/86, cabe à Prefeitura Municipal de Fortaleza, através de seus órgãos técnicos, promover a conservação do imóvel, obrigação essa expressamente prevista no texto legal. Informa também, a matéria em evidência, sobre circunstâncias outras, tais como o declarado ideal familiar, dito por um dos integrantes da família proprietária, de transformar o local de um "arranha-céu", ao qual seria dado o nome de um dos integrantes da família, com notórios serviços prestados à comunidade. Outro aspecto enfocado na notícia sob a alusão diz respeito a que teriam faltado determinados atos administrativos para consubstanciar-se o tombamento derivado da Lei 6.119/86, dentre os quais o pagamento de indenização pelo Poder Público Municipal aos proprietários do imóvel tombado.

Vindo a público conflito que envolve o destino de imóvel tombado através de lei municipal, em decorrência de sua expressão arquitetônica e histórica, cogitando-se mesmo de obrigação decorrente de lei a que a Prefeitura de Fortaleza se teria furtado, óbvio que a matéria passou a ser do interesse da Procuradoria Geral do Município, à luz de sua competência inscrita no art. 2º da Lei Complementar 01, de 13 de setembro de 1990, sobretudo nos seus incisos I, V, XII, e XIII. De outro modo, o detentor do direito de exploração do estabelecimento comercial em si, Sr. JOSÉ ALVES ARRU-

DA, provocou esta Procuradoria Geral, através do processo nº 02386/91-PGM, indagando da referida obrigação da Prefeitura de Fortaleza, expressamente prevista no art. 3º da Lei 6.119/86, alegando, na oportunidade, que fora demandado em ação de despejo motivada sobretudo pela precária conservação do prédio tombado. Eis, então, a configuração da matéria que se tem, que passaremos a examinar segundo suas implicações jurídicas;

A INSTITUIÇÃO DO TOMBAMENTO

2) Tombar é "inscrever, registrar, inventariar, cadastrar", enquanto tombamento é "inscrição do bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo", consoante observa José Cretella Júnior (1). Vê-se que o autor aborda o tombamento enquanto ato administrativo, destacando a forma com que se configura. Quanto aos efeitos que produz, pode-se destacar em Hely Lopes Meirelles (2) que tombamento "é a declaração, pelo Poder Público, do valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico de coisas que, por essa razão, devem ser preservadas de acordo com a inscrição do livro próprio". Elastecendo o conteúdo jurídico de tal instituto, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto (3) que se trata de "uma intervenção ordenadora concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico".

Nota-se de tais conceitos, sobretudo naquele construído por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que é o tombamento ação estatal tendo como objeto bens sujeitos ao domínio privado, tanto móveis quanto imóveis, buscando a preservação dos mesmos, sendo, portanto, "limitativa de exercício de direitos de utilização". É de recair sobre "os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos" (Constituição Federal, art. 23, III). Visa a impedir a "evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural". (Constituição Federal, art. 23, IV).

Admitindo que o tombamento limita o exercício de direitos sobre o bem em que recai, Celso Antônio Bandeira de Melo (4) situa-o como "um sacrifício de direito", diferente que

é das limitações administrativas, fazendo-o nos seguintes termos: "(...) é da essência das limitações administrativas o serem genéricas e provirem da lei. Toda vez que seja necessário um ato concreto especificador, ou seja, uma providência administrativa que individualize a algum imóvel, especificando-o e destacando-o do regime genérico que abstratamente incide sobre o conjunto deles, obviamente não se estará perante uma limitação, mas diante de um sacrifício de direito". Intervenção do Poder Público na órbita privada que carrega em seu bojo o efeito de limitar ou comprimir — como prefere o insigne mestre autor do arguto comentário acima — o exercício de direitos, indubitável ensejar ato administrativo específico para que se consolide. Segundo Hely Lopes Meirelles, "o tombamento em si é ato administrativo da autoridade competente e não função abstrata de lei, que estabelece apenas as regras para sua efetivação" (2 "a"). Paulo Afonso Leme Machado (5), discorrendo sobre o tema entende, em enfoque distinto, que "não há nenhuma vedação constitucional de que o tombamento seja realizado diretamente por ato legislativo federal, estadual ou municipal", advertindo, ademais, que "o tombamento concreto de um bem oriundo diretamente da lei pode ficar subordinado somente ao conteúdo desta lei ou às normas já estabelecidas genericamente para a proteção dos bens culturais". Aduz em favor de seu entendimento, o autor em evidência, a primorosa sentença de Pontes de Miranda: "basta para que o ato estatal protetivo — legislativo ou executivo, de acordo com a lei — seja permitido".

Com efeito, não se pode subtrair ao legislador o legislar sobre a matéria não sujeita à competência exclusiva de outra pessoa, nem objeto de qualquer outra restrição jurídica. Dir-se-á, pois, que em sendo jurídico o tombamento — permitido, portanto — tanto poderá se consubstanciar na esfera administrativa como poderá emergir de ato legal. Deve-se observar que o ensinamento de Hely Lopes Meirelles não pode ser interpretado como tendo o excelente autor excluído a lei como instrumento da consubstanciação do tombamento. O princípio de direito segundo o qual "quem pode o mais, pode o menos" indica que se é admitido expressamente possa a lei estabelecer regras para a efetivação do tombamento, aí podendo então até mesmo restringir a discricionariedade do Poder Público na utilização do Instituto em apreço, ou mesmo excluir certos bens de seu alcance — o mais, portanto —, como não admitir possa a lei promover o tombamento em si — o menos?

Dirime, pois, a questão, a constatação de que não é o tombamento matéria de competência exclusivamente do poder executivo, circunscrita à esfera administrativa. Nesse sentido de observar-se o contido no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, do seguinte teor: "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação". De ressaltar que tal dispositivo habilita a comunidade a recorrer a todos os meios jurídicos para fim que é almejado pela Constituição, podendo valer-se inclusive do processo legislativo, conforme faculdade inscrita tanto no art. 61, § 2º, da Constituição Federal, como no art. 54, e seguintes, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza.

De iniciativa do Executivo, através da então Prefeitura de Fortaleza, Maria Lufza Fontenele, a Lei 6.119, de 1º de setembro de 1986, produz indiscutíveis efeitos jurídicos, os quais passaremos a comentar.

A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA EM DECORRÊNCIA DO TOMBAMENTO DO "ESTORIL"

3) Mais do que é explícita ao estabelecer a obrigação de a Prefeitura Municipal de Fortaleza conservar, reparar e restaurar o imóvel em que se localiza o bar e restaurante "Estoril", não poderia ser a Lei 6.119/86. Prevê o art. 3º de tal diploma:

Art. 3º — A proteção, preservação e restauração do imóvel supra-citado, serão exercidos pelo órgãos competentes da Prefeitura Municipal de Fortaleza, podendo contar com o apoio do Conselho Estadual de Cultura e Secretaria Estadual de Cultura e Desportos.

Parágrafo Único — A proteção preservadora de que trata este artigo caracteriza-se pela execução das obras de conservação, reparação ou restauração do citado imóvel, como tal entendendo-se:

I — OBRA DE CONSERVAÇÃO — A intervenção de natureza preventiva, que consiste na manutenção do bem cultural a ser preservado;

II — OBRA DE REPARAÇÃO — A intervenção de natureza corretiva, que consiste na substituição, modificação ou eliminação de elementos estranhos ou incompatíveis com a

unidade arquitetônica do conjunto ou do imóvel isoladamente considerado;

III — OBRA DE RESTAURAÇÃO A intervenção também de natureza corretiva, que consiste na reconstituição das características originais do imóvel, mediante a recuperação da estrutura afetada e dos elementos destruídos, danificados ou descaracterizados".

Não se limita, todavia, a obrigação derivada do ato legal em evidência à manutenção da estrutura física do "Estoril", enquanto imóvel. Exprime também o ato legal que tem por finalidade "permitir a delimitação de uma zona de preservação (ZP) compreendendo o seu entorno" (art. 2º, II). Na mesma órbita, ordena o art. 4º, caput, do mesmo diploma legal: "O Chefe do Executivo Municipal, mediante decreto, estabelecerá a zona de preservação compreendida no seu entorno, valorizando a paisagem urbana das Praias de Iracema". É dito, ademais, que no regulamento da lei em evidência, serão detalhadas as "normas de uso e de ocupação do solo, as obras e posturas vigentes ou que venham a vigor" (art. 4º, parágrafo único). Por sua vez, o art. 5º suspende "na zona de preservação a ser estabelecida, a aprovação ou concessão de alvará de construção de edifícios ou concessões às novas solicitações de alvarás de funcionamento, até que a presente lei seja regulamentada".

Claro está que a responsabilidade da Administração relaciona-se por um lado com os efeitos do tombamento do prédio em si, no sentido de que seja efetivamente preservada, inclusive restaurada em sendo necessário, a coisa sobre a qual recai o interesse público insito aos objetivos colimados pela Lei 6.119/86. Mas de outro lado emerge incontestável o dever atribuído ao Chefe do Executivo Municipal de criar zona de preservação no entorno do prédio tombado. O decreto regulamentador da lei sob comento, no qual poder-se-ia estabelecer a zona de preservação, deveria também conter normas detalhando o uso e ocupação do solo, inclusive posturas. O que tem a ver tais normas com o tombamento de um único prédio? O próprio legislador municipal cuidou de responder antecipadamente tal questão ao mencionar que a lei de que tratamos tem por finalidade, dentre outras, "permitir a delimitação de uma zona de preservação" na área em que se encrava o imóvel tombado. Seguindo a inteligência da lei que se tem, é de se ver que deverão ser indicadas as normas de

"uso e ocupação do solo", não vinculadas, necessariamente, unicamente à zona de preservação em tela. É que a Praia de Iracema é uma região urbana marcada por prédios históricos, fenômenos culturais expressivos à comunidade e paisagem pitoresca, tanto pela proximidade de praias de beleza singular como na conformação dos prédios que ali se encontram, como é o caso do que foi tombado. Ante tais circunstâncias e notórias incursões da Associação dos Moradores da Praia de Iracema junto à opinião pública desta Capital, no sentido de sensibilizá-la para preservar todo o bairro, com efeitos visíveis, como é o caso da Lei 6.119/86, em alusão, vê-se nos últimos anos cresceram espigões e a própria especulação imobiliária, tendente a descaracterizar a área, obviamente. Nesse contexto, torna-se límpido que o espírito do diploma legal sob referência não é unicamente de tomar um único prédio e alguma área a seu redor. A interpretação sistemática da lei de que tratamos provoca a conclusão de que o "Estoril" seria como que o núcleo de uma área de preservação a ser delimitada em seu entorno, de tal modo que se relegue ao futuro o retrato mesmo do que foi e ainda é a Praia de Iracema, face a sua relevante expressão histórica e arquitetônica.

De se aduzir, outrossim, não haver qualquer incompatibilidade entre a Lei 6.119/86 e a Lei Orgânica do Município de Fortaleza, sendo a mesma recepcionada em sua íntegra por esta. Veja-se, a propósito, os dispositivos da Lei Orgânica a saber:

"Art. 76 — Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:

XL — adotar providências para a conservação e a salvaguarda do patrimônio municipal".

"Art. 149 — A política de desenvolvimento urbano, a ser executado pelo Município, assegurará:

III — a preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente natural e cultural;" e

"Art. 150 — A urbanização deverá ser desestimulada ou contida em áreas que apresentem as seguintes características:

III — necessidade de preservação do patrimônio histórico, artístico, arqueológico ou paisagístico".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 173/185 Jun. 1992

DA INDENIZAÇÃO FACE AO TOMBAMENTO

4) Há duas correntes doutrinárias sobre o tema, uma pregando a gratuidade, a que se filiam expoentes como Hely Lopes Meirelles, Diogo de Figueiredo, José Cretella Júnior e Maria Sylvia Z. de Pietro, e outra, defendendo que o tombamento deve ser indenizado, sustentada por não menos ilustres administrativistas, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Melo, Ruy Cisne de Lima e Lúcia Valle Figueiredo, conforme opina Paulo Afonso Leme Machado (5 A). Conquanto expostas como teses adversas, parece-me que há identidade entre as mesmas quando expõem as circunstâncias que, advindas do tombamento, acarretam o dever de o Poder Público indenizar o proprietário do bem tombado. Penso mesmo que a origem da indenização, no tombamento, não se deve a uma característica inerente ao instituto em si, atribuída à natureza do gravame que provoca sobre a coisa na qual recai, como é o caso da desapropriação, cujo regime legal estabelece que só se processa mediante indenização, em dinheiro ou em Títulos da Dívida Agrária, neste caso, como se sabe, em se tratando de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Enquanto na desapropriação há necessariamente a demissão do proprietário do bem desta condição, passando ao domínio público, no tombamento a situação decorrente é diversa, existindo casos em que o bem tombado tem seu valor aumentado, permanecendo em poder do proprietário original, de modo que não se verifica nenhuma circunstância donde possa resultar indenização ao mesmo. Para examinarmos em detalhe o tema, passemos a reproduzir as razões expostas pelos juristas que defendem posições aparentemente opostas. Iniciemos por Hely Lopes Meirelles (2 "b"):

"O tombamento, em princípio, não obriga a indenização, salvo se as condições impostas para a conservação do bem acarretam despesas extraordinárias para o proprietário, ou resultam na interdição do uso do mesmo bem, ou prejudicam a sua normal utilização, suprimindo ou depreciando o seu valor econômico. Se isto ocorrer é necessária a indenização, a ser efetivada amigavelmente ou mediante desapropriação pela entidade pública que realizar o tombamento, conforme o disposto no art. 5º, alínea k, do Decreto-lei 3.365/41, que considera, dentre os casos de utilidade pública, "a preservação e conservação dos monumentos históricos e artis-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 173/185 Jun. 1992

ticos", bem como "a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza".

Tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade, imposta pelo Poder Público em benefício de todos, e assim sendo não pode um ou alguns particulares serem sacrificados no seu direito de propriedade, sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento. Assim já nos pronunciamos, em harmonia com os doutrinadores pátrios que se ocuparam do assunto. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita ao seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou a sua normal exploração econômica, há que ser indenizada."

Já Celso Antônio Bandeira de Melo preleciona (4 "a"):

"Afirma-se indenizável o proprietário de um bem tombado um direito de utilização definido (não importa se pela primeira, segunda ou terceira vez) e que está em vigência para a generalidade dos imóveis ubicados em dada área sofre uma particular compressão, desiguando seu regime, em relação aos demais, resultando daí uma perda econômica singularizada que não se aplica aos demais imóveis abrangidos pelo quadro urbanístico onde está alojado. Aí, não estará havendo definição ou redefinição do perfil do direito de utilizar o imóvel, pois este tem de ser comum a todos os que estão insertos no mesmo esarte geográfico do zoneamento. Estará existindo, isto sim, um gravame que singulariza dado imóvel, constituindo, portanto, em investida constritora do direito do proprietário, pois que o retira do regime geral para assujeitá-lo a um gravame peculiar: o da imutabilidade, que é específica do bem tombado, em contraste com a mutabilidade dos circunvizinhos.

Donde, o que dá margem à indenização não é o mero prejuízo econômico; é o prejuízo que resulta de uma constrição de direito.

Para caber indenização é preciso que haja sucedido (a) um sacrifício do direito e (b) que tal sacrifício implique agravo econômico. Em suma: sem a compressão do direito não há cogitar de indenização (nestes casos atinentes aos poderes sobre o imóvel), assim como, sem prejuízo econômico, também não haveria cogitar de algo a ser indenizado, porquanto inexistiria perda a ser suprida.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 173/185 Jun. 1992

O que se vem de dizer revela, portanto, que inobstante seja corrente a hipótese de irrupção do dever de indenizar por tombamento, podem suceder hipóteses — bem mais raras, é claro — em que o tombamento não suscitará dever algum de indenizar. Com efeito, existem situações nas quais este gravame não acarretará dano econômico. É o que sucede, exempli gratia, quando, pelo significativo valor histórico e artístico de toda uma cidade ou de grande parte dela (como em Ouro Preto, Parati, etc.) esta é tombada em sua inteireza ou na fração onde se encontram os imóveis de valia para o Patrimônio Histórico e Artístico. Nestes casos, é deferido um tratamento jurídico uniforme à comunidade dos prédios da cidade, os quais não perdem valor. Mantém-se com valor estável ou até, o que é frequente em hipóteses deste jaez, são valorizados patrimonialmente.

Em síntese: se a providência administrativa não é singularizadora ou, ainda que o seja, se não causa agravo econômico, não caberá indenização. Deveras, se alguém não sofre dano patrimonial algum (com a compreensão de um direito patrimonial por excelência, como o é a propriedade), não tem do que ser ressarcido.

É evidente, contudo, que estes casos serão excepcionais. Raros ou raríssimos, entre nós. O comum é que o tombamento gere obrigação de indenizar."

Há verdadeira aproximação naquilo que pregam os celebrados autores cujos textos vão acima transcritos, como se disse. Sem dúvida, equivalem-se as expressões em que ambos situam os casos indenizáveis. Hely Lopes menciona prejuízo na "normal utilização" do bem tombado, enquanto Celso Antônio se refere à "compressão do direito". Ambos, igualmente, admitem a circunstância do não cabimento de qualquer indenização, sendo que Hely Lopes atribui que "o tombamento, em princípio não obriga a indenização", enquanto Celso Antônio crê que somente em casos "raros ou raríssimos, entre nós" excluída estará a indenização. Mesmo esta aparente divergência é dissipada quando se nota que o primeiro autor nomeado está a se referir ao instituto em si, enquanto o outro cuida de observar a incidência do mesmo em nossa sociedade, atribuindo que, em geral, ocorre aliado a determinadas circunstâncias que provocam a chamada "compressão do direito" e ensejam a indenização. Não há, a meu ver, portanto, qualquer incompatibilidade teórica na opinião dos tratadistas em relevo. Ouso acrescentar, em proveito de me-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 173/185 Jun. 1992

lhor compreensão da matéria, que quando aludem à indenização, os autores em destaque apenas não cuidaram de indicar que ao particular tocará indenização sempre que vier a suportar ônus não suportado pelos demais, tal é a teoria objetiva que informa a responsabilidade civil da Administração. Tendo a ver que este é o instituto evocado pelos juristas quando advertem do dever de indenizar o proprietário do bem tombado, seja em decorrência da "compressão do direito", seja face a prejuízo na "normal utilização" do bem. Ante prejuízo ao proprietário do bem tombado, surge para este o direito de ser indenizado, como surgiria para qualquer cidadão nas mesmas circunstâncias, em decorrência do chamado "risco administrativo". Aplica-se, portanto, a regra geral da responsabilidade civil. Esta conclusão traz consequências muito relevantes, especialmente para os interesses públicos. É que quando se está diante de um dano causado ao cidadão, dano que deva ser ressarcido, mediante indenização paga pelo Poder Público, uma série de regras jurídicas emergem, como é o caso da mensuração do dano, da verificação do momento em que se deu, da aferição de quando passou a ser devida a indenização, por exemplo. Este regime legal é absolutamente distinto de outro que estabeleça a obrigação de o Poder Público, ao tombado determinado bem, oferecer de logo um valor pecuniário a título de indenização, mesmo provisória. Neste caso, é evidente que o tombamento jungido estaria à disposição de recursos já desde o momento em que ocorresse, gerando certamente inúmeros embaraços administrativos. Não havendo, em princípio, indenização a ser paga, conforme ensina com precisão o mestre Hely Lopes, caberá ao proprietário do bem tombado dirigir-se à Administração para demonstrar os eventuais prejuízos que tiver sofrido. Constatado o prejuízo, só aí nascerá o direito à indenização. Tal regime jurídico remete de já ao problema do dano. No caso que temos presente, passaremos a investigar se do tombamento em referência resultou qualquer dano ao proprietário.

O art. 3º da Lei 6.119/86, ao criar obrigação de conservação, reparação e restauração do bem tombado, onera a Prefeitura Municipal de Fortaleza em tais serviços, a serem executados evidentemente às expensas dos recursos públicos. Óbvio que desta obrigação nenhum dano resulta, estando o proprietário com a intenção de conservar o prédio. Se não for o caso, tendo a intenção de demolí-lo, ou mesmo vendê-lo a quem pretenda utilizar somente o terreno, para a cons-

trução de outro prédio, como costuma acontecer sob os influxos da chamada especulação imobiliária, então poder-se-á atribuir a ocorrência de restrição à "normal utilização" do bem, ou mesmo da "compressão do direito". Tem-se, todavia, que a venda do bem objeto de eventual tombamento, com objetivos tais, não poderá ocorrer apenas em tese, pena de não gerar qualquer direito a indenização. É que as normas urbanísticas em geral, estas tidas pelo emérito Celso Antônio Bandeira de Melo como limitações administrativas ao exercício do direito de propriedade, podem em determinado caso, como aliás ocorre na Praia de Iracema, limitar em níveis mínimos o gabarito das construções no local. Assim, se na área em questão não se poderá construir algo como um espigão, evidentemente não será esta possibilidade econômica que terá sido retirada ao proprietário. Dir-se-á, pois, que a indenização decorrerá sempre de um prejuízo efetivamente sofrido pelo proprietário. Digamos que, hipótese examinada, tenha o proprietário firmado compromisso-de-compra-e-venda que venha a ser frustrado em decorrência do tombamento, admitindo-se que a comprovada intenção do adquirente fosse demolir o prédio tombado. Não há dúvida aqui que a "compressão" ou o "sacrifício" ao direito resultou em dano efetivo, mensurável inclusive. Deve-se admitir por jurídica ainda a indenização oriunda de negócio jurídico ulterior ao tombamento, quando existam elementos fáticos que indiquem com segurança que os cidadãos com o "status quo" do proprietário do bem tombado tiveram determinada vantagem patrimonial e este não, devido ao tombamento. Veja-se que as duas hipóteses são serenamente contempladas na teoria objetiva que orienta entre nós a responsabilidade civil da Administração.

Tornando, portanto, à Lei 6.119/86 e suas implicações, cumpre ressaltar que, como dissemos, não visa tal ato legal ao tombamento de um único imóvel, mas, e sobretudo, à definição de uma zona de preservação a ser delimitada no entorno do bem tombado. Quando esta lei estabelece que o seu regulamento trará normas de "uso e ocupação do solo", além de "posturas" e mesmo quanto a "obras" no local, evidentemente está procurando definir um novo perfil urbanístico no mesmo. Sem a edição do decreto regulamentador, em vista inclusive da suspensão de alvarás de construção e de licenciamento na área, como se pode falar em indenização de prejuízos sofridos pelo proprietário, possivelmente em decorrência de "compressão" ao direito deste de demolir o

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 173/186 Jun. 1992

imóvel em questão? O art. 5º da Lei 6.119/86 suspende, por assim dizer, a especulação imobiliária na Praia de Iracema, até que definida a zona de preservação a que aludimos, bem como os critérios urbanísticos expressamente discriminados no parágrafo único do art. 4º, ou seja, "as normas de uso e ocupação do solo, as obras e posturas vigentes ou que venham a vigor".

O senso jurídico aplicado à análise mais detida do instituto do tombamento e do caso concreto que temos, indicam que a razão está com Hely Lopes Meirelles ao proclamar que "o tombamento, em princípio, não obriga a indenização". No caso da Lei 6.119/86, sob análise, é de se concluir que a edição da mesma nenhum prejuízo provocou aos proprietários do imóvel conhecido como "Estoril", pelo contrário, garantiu conservação, reparação e restauração ao prédio tombado. Se algum prejuízo ocorreu, suportado pelos proprietários do mesmo e não pelos proprietários de prédios inseridos no "mesmo encarte geográfico do zoneamento", na construção precisa de Celso Antônio Bandeira de Melo, que se dirijam à Administração a fim de que seja constatado e ressarcido o eventual dano, direito subjetivo público este, aliás, ao alcance de qualquer cidadão, tal é a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

De se aduzir, enfim, que o ato legal que tombou o "Estoril" é bastante para produzir seus efeitos, não carecendo de qualquer indenização paga a priori uma vez que o instituto do tombamento não comporta semelhante oneração à Administração, salvo, como já se disse, eventuais danos a serem apurados segundo o regime geral que informa a espécie. Do exame da Lei 6.119/86, ademais, exsurge o dever do Prefeito de Fortaleza de, procedendo como determina o seu art. 4º, estabelecer zona de preservação na Praia de Iracema, bem como detalhar normas de uso e ocupação a incidirem sobre a mesma, bem como tratar de obras e posturas no local.

É o que me cabe submeter à douta apreciação de V.Sª

Fortaleza, 9 de agosto de 1991.

André Luis Holanda Lopes
Procurador do Município

- (1) in "Dicionário de Direito Administrativo", p. 510;
- (2) in "Direito Administrativo Brasileiro", p. 479;
- (3) in "Curso de Direito Administrativo", p. 289;
- (4) in "Revista de Direito Público", nº 81, p. 68;
- (2 "a") in op. cit. p. 480;
- (5) in "Ação Civil Pública e Tombamento", p. 75;
- (5 A) op. cit., p. 92;
- (2 "b") op. cit., págs. 482 e 483;
- (4 "a") op. cit., págs. 72 e 73.

Sr. Procurador Geral:

Concordo com o parecer anexo, em vista de seus bem-lançados razões de fato e de direito, submetendo o mais a elevada consideração de V.Sª.

Fortaleza, 18 de agosto de 1991.

Ma. Susana de Sousa Brasil
Procuradora Patrimonial

**EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO PRESIDENTE DA 7ª JUNTA
DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE FORTALEZA**

PROCESSO Nº 007.91.1836-01

CONTESTAÇÃO

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO, representado por seu Superintendente, vem, respeitosamente, por intermédio de seus judiciais patronos, "u!" instrumento procuratório anexos (Doc. nº 01), **CONTESTAR** a Reclamação Trabalhista interposta pelos motivos que passa a expor e, finalmente, requer:

01. Intentam os Reclamantes a presente "actio", com o visto de compelir o **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO** a lhes pagar "vencimento e gratificação" idênticos ao que percebem os Procuradores Municipais que se encontram albergados nos dispositivos inseridos na Lei Complementar nº 001, de 13.09.90.

02. Respeitante ao padrão e/ou salário base, invocam como suporte do direito que pleiteam, malferimento por parte do Reclamado ao art. 7º, § 4º do Decreto Municipal nº 7815, de 22.09.88, que manda aplicar aos Procuradores do Instituto de Previdência do Município, a tabela de vencimento dos procuradores da Administração Direta.

03. Tocante à gratificação, dispõem que sua percepção de forma isonômica com os procuradores da administração direta remonta ao ano de 1983, quando a lei 6468, de 25.08.83, instituiu a gratificação de exercício na conformação do art. 5º da Lei 5.479/81, que já a estendia aos Procuradores da Administração Direta.

04. Profligam, outrossim, contra a edição da Lei nº 6.712, de 24.09.91, que extinguiu a gratificação de exercício retro aludida, e, instituiu, por transformação, a Vantagem Pessoal Reajustável (VPR), irrogando-a a pecha de inconstitucional, por vislumbrarem inarredável reductibilidade vencimental.

05. Arrematam, pois, a explanação, dispondo que fazem "jus" desde setembro de 1990, além da isonomia vencimental, também à gratificação de exercício, presentemente substituída pela gratificação de representação por força do disposto na Lei Complementar nº 0001, de 13.09.90.

06. "Data vênua", merece reproche a pretensão dos Reclamantes.

DO DIREITO

PERLIMINARMENTE

1.

— INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, "RATIONE MATERIAE" DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA CONHECER E JULGAR A RECLAMAÇÃO

07. A Justiça do Trabalho é inteiramente incompetente para apreciar e julgar a Reclamação Trabalhista proposta pelos Reclamantes. Com a vigência da Lei Municipal nº 6.794, de 27.12.90 (Doc. 02), que trata do Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza e dá outras providências (norma esta que possui seu fundamento de validade jurídico-positivo na Lei Complementar nº 002, de 17.09.90 e no art. 39 da Constituição Federal) todos os litígios entre os servidores municipais e a Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas, passaram a ser competência exclusiva da Fazenda Municipal.

08. A propósito já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho em acórdão da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio Prates de Macedo, encimado pela ementa abaixo transcrita:

"SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO OU CONTRATADO — REGIME JURÍDICO — COMPETÊNCIA — EM SE TRATANDO DE ESTADO OU MUNICÍPIO, A LEI QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO — ART. 106 DA CF — DO SERVIDOR TEMPORÁRIO OU CONTRATADO É A ESTADUAL OU MUNICIPAL, A QUAL, UMA VEZ EDITADA, APANHA AS SITUAÇÕES PREEXISTENTES, FAZENDO CESSAR SUA REGÊNCIA PELO REGIME TRABALHISTA. INCOMPETENTE É A JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR AS RECLAMAÇÕES AJUIZADAS POSTERIORMENTE A VIGÊNCIA DA LEI" (ADCOAS Nº 05 — 20.02.88 — p. 76).

09. Corroborando com o entendimento acima é a opinião do Juiz Federal da 4ª Vara neste Estado Dr. Agapito Machado, quando diz:

"A nossa conclusão é de que está correta a jurisprudência já dominante no Superior Tribunal de Justiça e também em Tribunais do Trabalho: diante de uma interpretação sistemática das normas existentes na Constituição de 1988, citadas no presente artigo, é

necessário reconhecer que a competência da Justiça do Trabalho, tal como delimitada pelo art. 114 da Carta Magna, não inclui e não abrange as causas em que forem partes os servidores públicos (funcionários públicos), no regime estatutário da Administração Pública.

Quanto aos Estados-Membros, aos municípios, suas autarquias e fundações, há de se aguardar que cada uma dessas pessoas jurídicas edite o seu respectivo Estatuto. Quanto à União, os litígios que envolvam a aplicação da Lei nº 8.112, de 1990, novo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, serão apreciados, desde logo, pela Justiça Comum Federal e não pela Justiça Federal do Trabalho..." (artigo intitulado "O Servidor Estatutário Federal, Estadual e Municipal e a competência judicial em face da Constituição de 1988, p. 15").

10. Diante do exposto, com fulcro no art. 113 do CPC, requer o Reclamado que V.Exa. se digne de, preliminarmente, declarar a incompetência absoluta deste ilustrado juízo para determinar a remessa dos autos à Justiça Comum — Fazenda Pública Municipal.

— AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULACIONAL — DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO

11. Os reclamantes não estão legalmente representados em Juízo. Os mesmos jamais poderiam pleitear o Direito objeto da Reclamação em causa própria. Esta vedação encontra-se expressa no art. 36 do CPC, c/c o art. 85, VI, da Lei nº 4.215, de 27.04.63.

12. A inobservância por parte dos Reclamantes dos dispositivos legais supra citados, implicou na incidência direta na lide do art. 103, II, da Lei nº 4.215/63, o qual prevê como infração disciplinar dos Reclamantes o fato destes terem ingressado em Juízo em causa própria.

13. Demonstrada suficientemente a completa ausência de capacidade postulacional dos Reclamantes, estando pois impedidos de exercerem os poderes de Advogado na Reclamação, impõe-se, de acordo com o art. 13, I, do CPC a suspensão do processo, devendo ser estabelecido prazo a fim de que os Reclamantes sanem o defeito de representação, sob pena de nulidade do processo.

— ILEGITIMIDADE ATIVA

14. As Reclamantes Liana Câmara Vale e Vilma Freire B. Teixeira, qualificadas na exordial, não demonstraram ter legitimidade para agirem em Juízo pleiteando isonomia em suas remunerações para com os Procuradores do Município.

15. Tal se justifica pelo fato destas Reclamantes, através da documentação constante nos autos — fls. 13 e 16, terem comprovado que não são Advogadas do IPM, mas sim, Assessora Administrativo e Agente Administrativo, respectivamente.

16. Ora, conforme demonstrado nos Autos, estas Reclamantes pela própria função que exercem distanciam-se em muito dos Procuradores do IPM e mais, ainda, daqueles da Administração Direta.

17. Por tais razões, inexistindo legitimidade às Reclamantes impõe-se a incidência do art. 267, VI, do CPC o qual prevê a extinção do processo sem julgamento do mérito, quando inexistente a falta de uma das condições da Ação, "in casu", a legitimidade das Reclamantes.

II. DE MERITIS

— DA INEXISTÊNCIA DE ISONOMIA ENTRE OS PROCURADORES AUTÁRQUICOS E DO MUNICÍPIO — APLICAÇÃO DOS ARTS. 37, XIII C/C O ART. 38, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 0001, DE 13 DE SETEMBRO DE 1990 — INCONSTITUCIONALIDADE DO DEC. MUNICIPAL Nº 7815, DE 22.09.88.

18. Pleiteam os Reclamantes, como já salientado, a percepção de vencimento e gratificação idêntica a auferida pelos PROCURADORES MUNICIPAIS vinculados à Procuradoria Geral do Município, por força de sua Lei Orgânica de 13.09.90, a qual tomou o nº 0001.

19. Fulcram sua irresignação na não aplicação pela Reclamada do dispositivo inserto no art. 7º do Dec. Municipal nº 7815, que a seu ver, tornou isonômicos os vencimentos dos procuradores autárquicos em questão com os percebidos pelos Procuradores da Administração Direta, que se situam abrangidos pela Lei Complementar acima invocada.

20. Cumpre, pois, Ab Initio, analisar-se o instituto da Isonomia, tal como insculpido na Carta Magna, para, "a posteriori", apreciar-se seu cabimento no caso vertente.

21. Vê-se da dicção inserta no art. 37, XIII, que:

"É vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º."

22. O artigo anterior, a que se reporta o inciso supra-mencionado, dispõe a vedação de pagamento de vencimentos aos titulares dos cargos no poder legislativo e judiciário em importância superior àqueles pagos pelo executivo.

23. Objeto da ressalva inserta no art. 37, XIII da CF, salienta o art. 39, § 1º:

"A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas a natureza ou ao local do trabalho."

24. Vê-se, pois, da conjunção dos dispositivos constitucionais retro transcritos que os servidores somente fazem jus à isonomia de vencimentos se estiverem em cargos cujas atribuições sejam iguais ou semelhantes. Fora desta hipótese, é curial não pode o Município estender a Isonomia, seja por força de lei, decreto ou portaria a seus servidores, ante a vedação do art. 37, XIII, da Lei Maior.

25. O Prof. Adilson Dallari, analisando com a percurciência que lhe é inerente o assunto, ressalta:

"O inciso III, do art. 37, fazendo ressalva expressa da regra da paridade, proíbe vinculações e equiparações, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público. A proibição está destinada ao legislador ordinário, que não pode "amarrar" remunerações de diferentes servidores, de maneira a fazer com que a alteração de uma acarrete, automaticamente, a alteração de outras num processo às vezes até mesmo incontornável." (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª Ed., RT, 1990, p. 58).

26. Mas em que consiste a isonomia preconizada pela Constituição Federal? O mestre Diogo de Figueiredo Moreira Neto em lapidar análise sobre a matéria responde:

"Só podemos entendê-la rigorosamente dentro da mesma espécie funcional e considerando toda vasta gama de situações de tempo de serviço, atribuições especiais, condições peculiares de trabalho, habilitação profissional, responsabilidade etc. Isto torna extremamente difícil a aplicação do princípio isonômico tanto em tema de vencimentos, quanto de remuneração, principalmente pelo Judiciário que, para bem julgar, não poderá deixar de considerar todas as premissas do caso." (Curso de Direito Administrativo, Forense, 1989, p. 253).

27. O preclaro professor Ivan Barbosa Rigolin, trazendo luzes ao ponto focado, assevera:

"Se, portanto, digamos, o executivo municipal, for organizar-se por lei, precisará examinar seus cargos e empregos, igualando a remuneração dos iguais (ou assemelhados) e a desigualando dos de atribuições, natureza, exigências, especialização, complexidade ou características diversas." (O Servidor Público na Constituição de 1988, Saraiva, 1989, p. 152).

28. O conspícuo e saudoso mestre administrativista Hely Lopes Meirelles, sobre o assunto leciona:

"O princípio da isonomia vem sendo frequentemente invocado para a equiparação de servidores não contemplados nas leis majoradoras de vencimentos ou concessivas de vantagens. Tal princípio decorre do disposto no § 1º, do art. 39, da Constituição da República. Mas esse princípio há de ser entendido e aplicado nos justos limites do mandamento Iqualitário. O que a Constituição assegura é a igualdade jurídica, ou seja, tratamento igual, aos especificamente iguais perante a lei. A igualdade genérica dos servidores públicos não os equipara em direitos e deveres, e, por isso mesmo, não os iguala em vencimentos e vantagens. Genericamente todos os servidores são iguais, mas pode haver diferenças específicas de função, de tempo de serviço, de condições de trabalho, de habilitação profissional e outras mais, que desigualem os genericamente iguais. Se assim não fosse, ficaria a Administração obrigada a dar os mesmos vencimentos e vantagens aos portadores de iguais

títulos de habilitação, aos que desempenham o mesmo ofício, aos que realizam o mesmo serviço, embora em cargos diferentes ou em circunstâncias diversas. Todavia, não é assim, porque cada servidor ou classe de servidor pode exercer as mesmas funções (v.g., de médico, engenheiro, escriturário, porteiro, etc.) em condições funcionais ou pessoais distintas, fazendo jus a retribuições diferentes, sem ofensa ao princípio isonômico. Até mesmo a organização da carreira com escalonamento de classes para acesso sucessivo, com gradação crescente dos vencimentos, importa diferenciar os servidores, sem os desigualar perante a lei. É uma contingência da hierarquia e da seleção de valores humanos na escala dos servidores públicos.

O que o princípio da isonomia impõe é o tratamento igual aos realmente iguais. A igualdade nominal não se confunde com a igualdade real. Cargos de igual denominação podem ser funcionalmente desiguais, em razão das condições de trabalho de um de outro; funções equivalentes podem diversificar-se pela qualidade ou pela intensidade do serviço ou, ainda, pela habilitação profissional dos que a realizam. A situação de fato é que dirá da identidade ou não entre cargos e funções nominalmente iguais." (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, S.P., RT, 1991, pág. 393/394).

29. Mediante o que se pode ver, é correto concluir que a isonomia implica no tratamento igual que deve ser dado àqueles que são iguais e, mais, tratamento desigual para os desiguais. Sendo, portanto, os Procuradores do IPM diferentes dos Procuradores do Município, mormente, no que diz respeito às funções desempenhadas é um corolário natural a conclusão de que, em nome do respeito ao princípio da isonomia, ambos, não podem ser remunerados da mesma forma.

30. Não obstante essa nítida distinção entre os Procuradores do IPM e os do Município, necessário se faz uma análise do caso concreto a fim de que se possa aferir detalhadamente as grandes diferenças entre as atribuições de uns e de outros.

31. A matéria não comporta maiores disceptações. De fato, apreciando-se perfunctoriamente a Lei Complementar nº 0001, de 13.09.90, que dispõe sobre a organização, competência e estrutura da Procuradoria Geral do Município, vislumbra-se,

de p^ortico, que as atribuições cometidas aos Procuradores a eia vinculados, diferem sobremaneira das que são inerentes aos procuradores autárquicos.

32. Com efeito, o art. 3^o, da Lei retro citada, dirime quaisquer dúvidas existentes. Veja-se, verbi gratia, o que estabelece o inciso I do art. 3^o (Doc. 03):

"Compete à Procuradoria Geral do Município:

I — Representar judicial e extrajudicialmente o Município, em defesa de seus interesses, do seu patrimônio, e da Fazenda Pública, nas ações cíveis, trabalhistas e acidentes do trabalho, falimentares e nos processos especiais, em que for autor, réu ou terceiro interveniente;"

33. Note-se, ainda, que o inciso VIII, do art. suso dispõe que à Procuradoria compete fiscalizar a legalidade dos atos da administração pública direta, indireta e fundacional...; o inciso XII, permite, inclusive, à Procuradoria avocar a si o exame de qualquer processo administrativo ou judicial que se relacione com qualquer órgão da Administração do Município, inclusive autárquica e fundacional.

34. Mediante esses três exemplos, dentre inúmeros que podem ser extraídos da Lei da PGM, fácil se faz comprovar a inexistência da isonomia requestada. Por qualquer ângulo que se analise a matéria, ver-se-á que não se pode assegurar a isonomia, tal como pretendida pelos Reclamantes. Assim é que, diferem as atribuições, a responsabilidade, as condições peculiares de trabalho, dentre outras.

35. Cumpre, por oportuno, salientar, de molde a que não restem dúvidas, quanto à inexistência de isonomia no caso em apreço, que a denominação do cargo — procurador — não tem o condão de por si só levar à concessão da isonomia.

36. Adilson de Abreu Dallari, reportando-se ao assunto, revela:

"Com efeito é elementar à paridade, nos termos em que ela figura na Constituição, a existência de vinculações e equiparações, mas esta paridade é sempre relativa, dependente do exame de situações concretas, para que não recebam o mesmo tratamento aqueles que efetivamente são desiguais, nem recebam tratamento distinto os que são efetivamente iguais, distorções que poderão ocorrer caso, no tocante a cargos

e funções do serviço público, seja dada excessiva importância a questões de denominação." (Ob., cit., p.).

37. Adiles Lorza Ladeira e Eurípedes Clóvis de Paula, em brilhante parecer, corroboram com o acima exposto nos seguintes termos:

"Ademais, os cargos que se pretendem igualar, podem, sem dúvida, ter denominação semelhante, o que por si só não possibilita os mesmos vencimentos. Há que existir uma real assemeilhação na essência (funções próprias de cada qual) e não apenas na aparência (denominação)." (RDP 82/213).

38. Sob nenhum argumento pode vingar a tese de que os Procuradores do IPM devem ser equiparados aos Procuradores do Município com base no casuístico Decreto Municipal nº 7815/88. Esse Decreto, desde a vigência da Constituição de 1969 (art. 98 par. único) era **INCONSTITUCIONAL**. Os Reclamantes, portanto, sempre receberam uma remuneração maior que a permitida constitucionalmente. No que pertine à atual Constituição, o malsinado Decreto conflita integralmente com o art. 37, XIII.

39. Adotando a tese da inconstitucionalidade do Decreto retro mencionado, ensina o festejado Administrativista Hely Lopes Meirelles:

"A vedação de equiparações e vinculações de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (Const. Rep., art. 37, XIII) é outra norma moralizadora que figura no texto constitucional desde 1967 (art. 96). Ressalvada a hipótese do art. 39, § 1^o, autorizando a equiparação dos cargos do Poder Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou assemelhadas aos correspondentes cargos do Poder Executivo (paridade), a Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder... Como norma de eficácia plena, o dispositivo em exame é de incidência direta, dispensando outras normas reguladoras e revogando desde logo as que disponham diversamente, de modo que os beneficiários de equiparação de vencimentos ou proventos estabelecidos

antes da Constituição não podem reivindicá-la após a vigência desta." (Ob. cit., pág. 374/75).

40. Não se pode falar ainda em existência de Direito Adquirido dos Reclamantes, no que pertine ao recebimento de igual remuneração com os Procuradores do Município. Uma vez demonstrada a flagrante inconstitucionalidade das normas jurídicas que fundamentam o pedido Vestibular, é inteiramente incabível falar-se de Direito Adquirido, pois este não prevalece sobre a expressa vedação de uma norma constitucional.

Tais normas, ademais, não foram recepcionadas pela Constituição de 1986.

41. Nesse sentido, pode-se citar:

"Ato ilegal, eivado de nulidade, não gera a aquisição de direitos. Ininvocável, portanto, direito adquirido com fundamento em ato ilegal (RDA, 62: 93, RF, 166:181, 188:110, 188:117). Com maior razão, "não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição (RDA, 54:215, 24:57)." (Constituição Federal Anotada, José Celso de Mello Filho, Vol. I, 2ª edição, Saraiva, 1986, Saraiva, p. 431).

42. Assim sendo, a incidência das normas constitucionais (revestidas que são de eficácia derogatória das normas e dos atos dotados de positividade jurídica inferior) veda, terminantemente, que se invoque contra elas situação juridicamente consolidada, descabendo invocar-se Direito Adquirido contra a Carta Magna.

Versando, com invulgar inteligência o assunto, a Profa. Maria Helena Diniz, sinala não deixando qualquer dúvida quanto a não recepção por parte da Constituição dos Decretos 6468, de 25.08.83 e 7.815, de 17.08.88:

"Deve haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o efeito ab-rogativo da Constituição Federal sobre todas as normas e ato normativos que com ela conflitarem. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Carta. Não sendo nem mesmo necessária quaisquer cláusulas expressas de revogação. Tal

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 189/202 Jun. 1992.

ocorre porque, com a promulgação da Lei Maior, cria-se uma nova ordem jurídica, à qual devem ajustar-se todas as normas, sejam elas gerais ou individuais." (Norma Constitucional e seus efeitos, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 42).

— IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO QUE PERTINE A GRATIFICAÇÕES

43. A gratificação ou é atribuída em razão de condições anormais em que está sendo prestado um serviço comum (propter laborem) ou por força de situações individuais em que se insere o servidor. Na definição do douto Fernando Henrique Mendes de Almeida, tem-se que:

"São partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas." (Noções de Direito Administrativo, 1956, p. 183).

44. Na feliz expressão de Hely Lopes Meirelles, é importante salientar que:

"... não se incorporam automaticamente ao vencimento nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção." (Ob., cit., p. 404).

45. Analisando o disposto no art. 39, § 1º, da Constituição Federal o insigne Prof. Ivan Barbosa Rigolin chega à ilação de que não se pode conceder isonomia no que tange a gratificações:

"O sentido do § 1º do art. 39, repousa, então no seguinte mandamento, imposto à administração para quando editar suas leis de organização do quadro de pessoal: sempre que observar a igualdade, ou mesmo a semelhança pronunciada, entre vários cargos ou empregos, seja dentro de um só poder seja mesmo de cargos ou empregos de um poder comparados com os de outro poder, sempre que a respectiva esfera de governo patentear essa igualdade precisará igualar, correspondentemente, a remuneração básica (o padrão, o valor inicial) desses postos." (Ivan Barbosa Rigolin, ob., cit., p. 152, grifos nossos).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 189/202 Jun. 1992.

46. Assim sendo, considerando que as gratificações representam sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, tampouco geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção, é forçoso concluir que os Reclamantes jamais poderiam ser exitosos, no que tange ao pleito atinente à percepção da gratificação de representação auferida pelos Procuradores do Município de Fortaleza, tal como previsto no art. 52 da Lei Complementar nº 0001.

— **GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO À GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO — REVOGAÇÃO DO ART. 5º DA LEI Nº 5.479/81 E POR CONSEQUENTE DO DEC. Nº 6.468/83 — INTELIGÊNCIA DO ART. 52 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 0001 — APLICAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE REMUNERAÇÃO NO ÂMBITO RESTRITO DOS PROCURADORES MUNICIPAIS COM VÍNCULO À PROCURADORIA — INEXISTÊNCIA DE DIMINUIÇÃO NAS REMUNERAÇÕES DOS RECLAMANTES.**

47. Dispõem os arts. 52 e 114 da Lei Complementar nº 0001, de 13.09.90, respectivamente:

“Em substituição às gratificações de nível universitário e de exercício, criadas respectivamente, pelas leis nºs 5.123, de 14.05.79 e 5.479, de 23.11.81, fica instituída a gratificação de representação, devida ao procurador do município, que será calculada sobre o seu vencimento — base no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).”

Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente as Leis nºs 5.154, de 25 de maio de 1979; 5.395, de 06 de maio de 1981 e 5.479, de 23 de novembro de 1981, ressalvando-se em relação à última, o disposto no art. 105, desta Lei.”

48. O Dec. nº 6.468 em que se louvam os Reclamantes no afã de lograrem êxito, tem a seguinte dicção:

“Art. 4º. Aplica-se aos Procuradores Judiciais do IPM, o disposto no art. 5º, da Lei nº 5.479, de 23 de novembro de 1981.”

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 189/202 Jun. 1992

49. Ora, é por demais cediço o entendimento de que se reportando o Decreto a um artigo específico de uma Lei, a revogação desta tem o condão de subtrair do mundo jurídico o Decreto acima referido.

50. Dessa forma, mesmo que se admita como constitucional a equiparação entre procuradores autárquicos e procuradores vinculados à Procuradoria Geral do Município, o que se diz apenas para efeito de argumentação, ainda assim, não se poderia conceber a aplicação do art. 5º, da Lei nº 5.479/81 ao caso telante, à míngua de suporte legal.

51. Alegam por fim, os Reclamantes que em face do art. 10 da Lei nº 6712, de 24.09.90 (Doc. 04) tiveram retirada a Gratificação de Exercício que ganhavam até aquela época. Na verdade não houve qualquer prejuízo pecuniário para os mesmos, pois no lugar da Gratificação referida, foi instituída uma vantagem pessoal reajustável (VPR) e, mais, tiveram na mesma ocasião um aumento nos seus vencimentos.

52. Assim, tem-se provado que o Município ao substituir as gratificações de exercício dos Reclamantes pelas VPR's agiu em estrita observância à lei e às normas de Direito Administrativo.

— **VEDAÇÃO AO JUDICIÁRIO DE MAJORAR VENCIMENTOS DE SERVIDOR PÚBLICO SOB O ESCOPO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA — INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.**

53. Pretendem os Reclamantes, alegando uma pretensa isonomia que o Poder Judiciário lhes eleve os vencimentos. No entanto, já é matéria pacífica, inclusive sumulada, que o Judiciário não se pode prestar, em casos tais, a elevar vencimentos sob o color de aplicação do princípio da isonomia. Isto porque, estaria em assim procedendo invadindo a esfera competencial de outro poder, qual seja o Legislativo. Quanto muito, é-lhe deferido reconhecer a isonomia, declarando, se for o caso, a inconstitucionalidade do preceito legal que não se subsumiu ao regramento constitucional.

54. O prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, referindo-se à matéria dispõe:

“De qualquer forma, ao Judiciário não compete fazer equiparações e aumentar vencimentos, porque estaria ingressando no campo da discricção política do Legislativo, único autorizado a fazê-lo, o que não impede

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 189/202 Jun. 1992

declare a inconstitucionalidade, principaliter ou incidentaliter, de qualquer forma violadora do princípio.” (ob., cit., p. 253).

55. Dentre outras decisões pertinentes à espécie veja-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“A fixação de vencimento e seu aumento compete ao poder legislativo que examina o projeto de iniciativa do poder executivo.” (In RTJ 52/384).

56. A matéria já é objeto de súmula do STF, que sinala:

“SÚMULA 339 — Não cabe ao poder judiciário que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

57. **EX POSITIS**, é pedido:

I — Seja recebida esta em todos os seus termos, acatada a preliminar de incompetência absoluta desta Junta e enviado os Autos à Vara da Fazenda Pública Municipal competente, onde poderão ser apreciadas as demais preliminares arguidas;

II — Não aceito o pedido supra e achando V.Exa. que esta Junta é competente para processar e julgar o feito, seja reconhecida a manifesta **improcedência** da Reclamação e condenados os Reclamantes nos ônus da sucumbência.

58. Se, porventura esta Junta achar necessária a produção de provas em audiência, são requeridos todos os meios probantes em Direito admitidos, mormente, depoimento pessoal, ouvida de testemunhas e apresentação posterior de documentos.

Nestes Termos
P. e E. deferimento.

Fortaleza, 15 de outubro de 1991.

CARLOS OTÁVIO DE ARRUDA BEZERRA

MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

**EXMº SR. DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**PROCESSO Nº 10459
AUTORA: LETICIA AZIN VINHAS ROCHA E OUTRAS**

CONTESTAÇÃO

O Município de Fortaleza, Pessoa Jurídica de Direito Público interno, parte legítima para contestar a Ação Ordinária proposita por Letícia Azin Vinhas Rocha e outras, vem apresentar suas razões de defesa, mediante o que passa a expor e, finalmente, requer:

I — PRELIMINARMENTE

01. Ab Iníto, cumpre ressaltar que as Autoras incorreram em erro ao proporem a presente Demanda contra o Sr. Prefeito Municipal. Na verdade, o Réu no feito não é o Prefeito, mas sim o Município de Fortaleza, que tem nas pessoas do Prefeito e seu Procurador, seus legítimos representantes, segundo consagra o art. 12, II, do CPC.

02. Em verdade a Pessoa contra quem as Autoras propuseram a Demanda foi o Município de Fortaleza e não o chefe do Executivo Municipal. Sendo assim, pode-se verificar de início a ilegitimidade passiva do Prefeito de figurar como Réu na Ação.

**— INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PARA CONHECER E JULGAR A AÇÃO — INCOMPETÊNCIA
EM RAZÃO DA FUNÇÃO.**

03. O Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado é inteiramente **INCOMPETENTE** para conhecer e julgar a Demanda. De conformidade com a Constituição Federal (art. 125, § 1º) e com o Código de Organização Judiciária do Estado (art. 71, I, 'a') a competência funcional para conhecer e julgar o feito é de uma das Varas da Fazenda Pública.

04. Isto posto, não há como negar que incidiu na lide o art. 113 e seus parágrafos do CPC, impondo-se, portanto, a remessa dos Autos ao Juízo competente com a anulação de todo e qualquer ato decisório, se houver.

II — DE MERITIS

05. Toda a súplica das Requerentes se resume na defesa da tese de que, pelo fato de serem servidoras públicas do Município aposentadas, o art. 10 da Lei Municipal nº 6712, de 24.09.90 (e não da Lei nº 6.212) não poderia ter transformado a gratificação de regime de tempo integral em VPR (Vantagem Pessoal Reajustável), pois as mesmas tinham direito adquirido de continuarem a recebê-las.

06. Ocorre, que consoante a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro, as gratificações, mesmo quando o servidor aposentado continuou a percebê-las, não podem ser incorporadas, isto é, a Administração Pública pode retirá-las, sem que tal ato represente uma afronta ao direito adquirido, pois tal é inexistente nesse caso.

07. A gratificação de tempo integral não se incorporou ao patrimônio das Autoras. Toda e qualquer gratificação pode ser conferida ou suprimida pela Administração sem que haja ofensa a direito adquirido.

08. Para melhor esclarecer o assunto, é importante frisar que a gratificação por regime de tempo integral é do tipo gratificação de serviço, existindo para recompensar riscos ou ônus suportados pelo servidor na execução de seu trabalho. Está diretamente ligada ao serviço. Regra geral, a sobredita gratificação deve ser recebida, apenas, enquanto o servidor presta o serviço que as motivaram. No entanto, excepcionalmente, podem continuar a serem percebidas após a aposentadoria do servidor se houver lei específica a respeito. No entanto, pela própria natureza jurídica das gratificações, podem até ser suprimidas por lei posterior.

09. Vale ressaltar, que no caso sub judice, apesar de permitido pela Ordem Jurídica, o Município não suprimiu a aludida gratificação, apenas, transformou-a em VPR, a qual possui natureza idêntica da gratificação, haja vista que esta também é uma vantagem.

10. Corroborando com a tese defendida se apresentam os doutos do Direito Administrativo, devendo-se citar, respectivamente: Hely Lopes Meirelles, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Diógenes Gasparini:

“... As gratificações — de serviço ou pessoais — não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens

transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida “são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas”. (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, São Paulo, RT, 1991, p. 404).

“Hely Lopes Meirelles, impressionado com o caos terminológico resultante, propõe a seguinte classificação: os adicionais “que se destinam a melhor retribuir os exercentes de funções técnicas, científicas e didáticas (de função) ou a recompensar os que se mantiveram por longo tempo no exercício do cargo (por tempo de serviço)”, aderindo, em princípio ao vencimento, e as gratificações — que são “atribuídas aos funcionários que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, insalubridade ou onerosidade (gratificações de serviço) ou concedidas como ajuda aos servidores que apresentam os encargos pessoais que a lei especifica (gratificações pessoais)”, não aderindo, por isto, ao vencimento. Parecem-nos irretocável a sistemática proposta e recomendável sua adoção estatutária”. (Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, RJ, Forense, 1989, p. 253).

“São vantagens de ordem pecuniária outorgadas aos funcionários públicos que desempenham serviços comuns em condições incomuns ou anormais de segurança, salubridade (gratificação de serviço) ou como ajuda, em razão de certos encargos pessoais (gratificação pessoal). Aderem ao padrão, mas a ele não se incorporam.” (Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 122/23).

11. O pleito das Suplicantes poderia ter algum respaldo jurídico se a Administração Pública tivesse feito a transformação de tempo integral só para elas e continuasse a pagar referida gratificação para os demais servidores ativos e inativos. Contudo, tal não houve, pois o art. 10 da Lei nº 6712/90 (anexo) impôs a transformação de todas as gratificações de tempo integral, dentre outras, de quaisquer servidores, em vantagem pessoal reajustável. O tratamento isonômico aos servidores, portanto, continuou a ser dado pelo Município.

12. Mediante os argumentos retro, resta notória a IMPROCEDÊNCIA da Ação, haja vista que a Administração Pública Municipal ao cumprir o art. 10, da Lei nº 6712/90, em momento algum feriu qualquer direito das Suplicantes, apenas tratou-as conforme todos os demais servidores aposentados ou não, sem causar-lhes qualquer prejuízo, pois concedeu-lhes a chamada vantagem pessoal reajustável.

III — DO PEDIDO

13. EX POSITIS, é pedido que seja reconhecida a incompetência absoluta deste Egrégio Tribunal e enviado os Autos para uma das Varas da Fazenda Pública a fim de que o Juízo competente, reconhecendo que a parte passiva é o Município de Fortaleza, dê pela total improcedência da Ação, com a condenação das Autoras nos ônus sucumbenciais.

14. A questão objeto do litígio configura-se como eminentemente de Direito, sendo despiciendo, portanto, a produção de provas, orais em Audiência. Contudo, se assim V.Exa. não entender, são pedidos todos os meios de prova em Direito admitidos, mormente, depoimento pessoal, ouvida de testemunhas e apresentação posterior de documentos.

Nestes Termos.

P. e E. deferimento.

Fortaleza, 09 de dezembro de 1991.

Mário Parente Teófilo Neto
Procurador do Município

EXM^o SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA, NO CEARÁ
MANDADO DE SEGURANÇA
PREVENTIVO.

O MUNICIPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, vem diante de Vossa Excelência, através de seu procurador-judicial signatário, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA contra ato iminente do CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CREA-CE, com sede na Rua Paula Rodrigues, nº 304, Bairro de Fátima, Fortaleza-CE, consistente em ameaça de lavratura de autos de infração, com base em norma flagrantemente inconstitucional.

A abonar-lhe a impetração invoca o Requerente os preceitos do art. 37, XIII da Carta Federal c/c arts. 1^o e seguintes da lei nº 1.533/51, em face das razões a seguir expostas:

A ADMISSIBILIDADE DO WRIT NA ESPÉCIE.

1. A lei que regula o Mandado de Segurança entre nós, no seu art. 1^o prevê, expressamente, a concessão de segurança quando haja ameaça ou justo receio de violação ao direito líquido e certo de alguém.

2. A doutrina, por sua vez, de forma uníssona, tem proclamado a possibilidade da utilização do *mandamus*, preventivamente. Ensina, por exemplo, ALFREDO BUZAID, verbis:

"O art. 1^o da Lei nº 1533/51 admite mandado de segurança preventivo sempre que o titular do direito líquido e certo tenha justo receio de sofrer ameaça por parte de autoridade. Isto é, justo receio de que venha a ocorrer a violação ao seu direito". (in, *Do Mandado de Segurança*, vol. I, fls. 203).

3. De forma mais precisa, em relação à hipótese destes autos, observa JOSÉ DA SILVA PACHECO, verbis:

"Cabe mandado de segurança preventivo contra a ameaça da prática de atos, com base em normas que o impetrante entende inconstitucionais". (cf. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*, fls. 111).

OS FATOS ENSEJADORES DO WRIT.

4. Através do Ofício nº 0133/91-SAP de 02 de abril de 1991 o CREA-CE (doc. nº 01, anexo), expõe o seguinte:

“.....
o não cumprimento da legislação sobre o Salário Mínimo Profissional detectado, quer diretamente, quer através de denúncia comprovada de profissionais interessados, ou das entidades de classe, importa na lavratura de Autos de Infração pelos CREA'S por infração do artigo 82 da Lei nº 5.194/66, de 24 de dezembro de 1966; (negrito nosso).”

5. Fica assim caracterizada a ameaça de onerar o erário municipal com a lavratura de autos de infração por parte do CREA-CE em face de legislação flagrantemente inconstitucional.

DA PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO DE REMUNERAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO.

6. A remuneração de pessoal é estabelecida pelo Chefe de Executivo independentemente de qualquer vinculação. Neste particular o Prefeito Municipal tem a competência privativa na iniciativa de leis sobre remuneração de pessoal. Pois a realização da despesa pública é tarefa que incumbe ao Poder Executivo conhecedor das disponibilidades do tesouro e responsável pela execução orçamentária, na forma das Constituições e das leis.

7. Com a nova ordem constitucional instalada a partir de outubro de 1988, a despesa com pessoal ficou presa a observância de determinadas regras, ditadas principalmente com o art. 169 da Lei Fundamental.

8. O art. 39 da Constituição Federal e 24 das Disposições Transitórias determinam a adoção de um regime jurídico único. O Município de Fortaleza, com a lei complementar nº 002 de 17 de setembro de 1990 adotou o regime estatutário, ficando excluído o regime de emprego disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho, não podendo neste particular se subordinar a um disciplinamento remuneratório próprio do regime do emprego, salvo a exceção do art. 39, § 2º c/c art. 7º IV da Carta da República, onde nenhum servidor possa ganhar menos do que um salário mínimo.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 207/212 Jun. 1992

9. A lei 5194 de 24 de dezembro de 1966 (doc. nº 02, anexo) regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e em seu art. 82, estatui que, verbis:

“Art. 82 — As remunerações dos Engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo, qualquer que seja a fonte pagadora, não poderão ser inferiores a 06 (seis) vezes o salário mínimo da respectiva Região”.

De forma complementar, também disciplina a matéria a lei 4.950-A de 22.04.66 (doc. nº 03, em anexo), fixando a remuneração das profissões que especifica, qualquer que seja a fonte pagadora, em 6 (seis) salários mínimos por 6 (seis) horas de serviço. Entendendo o CREA-CE que o impetrante estaria sujeito também a tal injunção.

10. Estas leis são anteriores à Constituição de 1967 e sua emenda nº 01/69. Mesmo naquela ordem constitucional, no art. 98, parágrafo único era vedado a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público. E sob tal ordem jurídica o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “A LEI NÃO PODE FIXAR VENCIMENTOS DE SERVIDOR PÚBLICO A BASE DO SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL (In RDA 99/130).

11. Atualmente a Constituição Federal regula a matéria no art. 37, inciso XIII “in verbis”:

“Art. 37 — A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....
XIII — é vedada a vinculação ou a equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º”.

12. O sábio e sempre saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, comentando o dispositivo legal acima descrito, esclarece que, verbis:

“A vedação de equiparação e vinculações de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. (CF, art. 37, XIII) é outra norma mo-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 207/212 Jun. 1992

realizadora que figura no texto constitucional desde 1967 (Art. 96). Ressalvada a hipótese do art. 39, § 1º, autorizando a equiparação os cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou semelhantes aos correspondentes cargos do Executivo (paridade), a Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo poder, ou qualquer outro fator que funcione como índice de reajustamento automático, como o salário mínimo, para fins de remuneração de pessoal administrativo. (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, São Paulo, 1989, p. 378, grifo nosso).

No mesmo sentido, também esclarece o Professor ADILSON ABREU DALARI, verbis:

"O inciso XIII do art. 37, fazendo ressalva expressa da regra da paridade, proíbe vinculações e equiparações para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público. A proibição está destinada ao legislador ordinário, que não pode amarrar remuneração de diferentes servidores de maneira a fazer com que a alteração de uma acarrete, automaticamente, a alteração de outras num processo as vezes até mesmo incontrolável".

(REGÍME CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES, Ed. RT., São Paulo, 1990, p. 61).

13. Fazendo-se uma análise entre o art. 82, da Lei nº 5.194/66 e da Lei nº 4.950-A/66, e as disposições constitucionais de 1969 e 1988, na tarefa da subsunção jurídica, verifica-se com facilidade que estas normas estão incompatíveis com a Lei Fundamental. Estão portanto maculadas com o vício da inconstitucionalidade, que importa a sua invalidade. E, sendo inconstitucionais (inválidas) tais regras não de ser tidas como inexistentes para o Direito.

14. O art. 82 da Lei nº 5.194/66 e a Lei nº 4.950-A/66, principalmente a expressão "qualquer que seja a fonte pagadora", não foram recepcionadas pela Carta Magna de 1988. MARIA HELENA DINIZ, explicando o princípio da recepção, esclarece, verbis:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 207/212 Jun. 1992

"Deve haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o efeito ab-rogativo da Constituição Federal sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitam. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Carta. Não sendo nem mesmo necessárias quaisquer cláusulas expressas de revogação. Tal ocorre porque, com a promulgação da Lei Maior, cria-se uma nova ordem jurídica, à qual devem ajustar-se todas as normas, sejam elas gerais ou individuais." (Norma Constitucional e seus efeitos, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 42).

A competência atribuída ao Poder Judiciário, no caso Justiça Federal, por tratar-se na parte contrária de Autarquia corporativa Federal (CONFEA, CREA-CE), art. 109 da CF, para prestar a tutela solicitada pelo impetrante, decorre da norma do art. 5º, XXXVI, da CF — "A LEI NÃO EXCLUIRÁ DA APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO". No âmbito dessa atribuição se insere, também, a declaração de inconstitucionalidade, na via de defesa, para subtrair-se a pessoa dos efeitos da norma em desarmonia com a Constituição. Ficando claro, neste caso o direito líquido e certo do impetrante de disciplinar a remuneração de seu pessoal livre de qualquer injunção que não seja constitucional.

Face ao exposto é a presente para requerer a Vossa Excelência que se digne de:

- a) Notificar a autoridade coatora, para se quiser, apresentar informações no prazo da lei;
- b) Decretar "**INCIDENTER TANTUM**" a inconstitucionalidade do art. 82 da Lei nº 5.194/66 e da Lei nº 4.950-A/66.
- c) Intimar o Ministério Público Federal para os fins da lei.
- d) Conceder a segurança no sentido de ordenar ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura, no Ceará, que se abstenha de lavrar contra o impetrante autos de infração, com base nas normas aqui questionadas.

Dá à causa para efeitos fiscais o valor de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

Espera deferimento.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 207/212 Jun. 1992

Fortaleza, 10 de junho de 1991.

Luís Praxedes Vieira da Silva
Procurador do Município

EXM^o SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1^a VARA DA FAZENDA
PÚBLICA MUNICIPAL

PROCESSO Nº 1141/90
AÇÃO ORDINÁRIA
ESCRIVANIA PRIVATIVA DOS
FEITOS DA FAZENDA MUNICIPAL

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA vem, através de sua Procuradora adiante firmada, perante a respeitável presença de V.Ex^a, com o costumeiro acatamento, apresentar, tempestivamente, a presente CONTESTAÇÃO aos termos da Ação Ordinária que lhe move a ASSOCIAÇÃO DOS FISCAIS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA-AFIM, o fazendo nos seguintes termos:

I. DA PRIMEIRA PRELIMINAR
ILEGITIMIDADE ATIVA

É promovente da presente Ação a ASSOCIAÇÃO DOS FISCAIS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA-AFIM, se dizendo representante da categoria funcional dos fiscais de higiene, transportes, abastecimento, urbanismo e limpeza, sem, contudo, demonstrar essa condição. É que o único documento anexado aos autos nesse sentido informa, tão somente, a ocorrência de eleição da diretoria da mencionada Associação (vide dov. de fls. 07 dos autos).

Ora, falta à Associação promovente legitimidade ativa para figurar nesta relação processual, posto que não comprova ser titular dos pretensos direitos aqui postulados, nem, tampouco, o tem na figura da representação classista.

É que, para tanto, teria a promovente que ser entidade sindical, observados os termos do art. 8^o, inciso III, da nossa Lei Magna vigente, ou, na condição de associação, desde que expressamente autorizados, diante do disposto no art. 5^o, inciso XXI, da Constituição Federal.

"Art. 8^o — É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I e II — "Omissis";

III — ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Art. 5^o —

I a XX — "Omissis";

XXI — as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

Sobre a matéria ensina o renomado Mestre CELSO RIBEIRO BASTOS, em sua obra "Comentários à Constituição do Brasil". SARAIVA, 1989, Vol. II, pág. 114, "in verbis":

"O requisito que o Texto Constitucional estabelece é o de que as entidades associativas estejam expressamente autorizadas, o que significa dizer que ela deverá comportar, dentro do rol dos seus fins sociais, o da defesa de direitos dos seus membros.

Esta autorização pode advir tanto da lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei (conferir a respeito nossos comentários sobre a liberdade de criação associativa), quanto dos próprios estatutos sociais".

Esse entendimento também vem esposado na obra do ilustre Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, assim:

"A autorização deve ser em cada caso e não genérica. Com efeito, uma autorização genérica poderia levar à situação esdrúxula de a associação pleitear direito contra a vontade do titular desse direito." (In Comentário à Constituição Brasileira de 1988, Vol. I, pág. 45).

Assim, inexistente, pois, "in casu", legitimidade ativa "ad causam", vez que a Associação promovente não demonstrou "initio litis" a existência de prévia e expressa autorização passada por seus associados, para ajuizamento da presente ação ordinária:

II. DA SEGUNDA PRELIMINAR

ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM"

Como se pode constatar do exame da peça inaugural deste processo, a promovente ajuizou a presente demanda contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA.

Ocorre, que é ente desprovido de personalidade jurídica a PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, donde é dada

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 213/217 Jun. 1992.

personalidade e capacidade jurídica tão somente ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

EX POSITIS, requer o Município de Fortaleza que V. Exª, nos termos dos arts. 301, incisos VIII e X, e 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, acatando as preliminares aqui levantadas, decrete, por sentença, a extinção do presente processo sem julgamento de mérito, condenando a Associação promovente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios na base de vinte por cento do valor da causa.

III. DO MÉRITO

Na hipótese de não acolhimento das preliminares suscitadas, o que se admite tão somente para sequenciar raciocínio, tem-se que, no MÉRITO, a Associação promovente, no curso de sua peça exordial, invoca basicamente, que o promovido estaria ferindo o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XV.

Ora, tal assertiva não é verdadeira, como se demonstrará a seguir.

Estabelece o art. 37, inciso XV da C.F. vigente:

"Art. 37 —
XV — os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis e a remuneração observará o que dispõem os arts. 37, XI, XII, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I".

A Lei nº 6.712, de 24 de setembro de 1990 contra a qual se insurge a promovente, concedeu reajustes de vencimentos e salários, gratificações, representações e pensões do Poder Executivo Municipal, sem qualquer elva de inconstitucionalidade.

A lei "in comento" observou, rigorosamente, as disposições constitucionais vigentes, não havendo, por via de consequência, como taxá-la de inconstitucional.

Os reajustes de vencimentos, abrangidos os salários e demais vantagens dos servidores públicos, dependem de lei, de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Obedecendo, então, o que dispõe o art. 18 da Constituição Federal, com que se combina com o art. 40, § 1º, inciso I, da lei Orgânica do Município de Fortaleza, o diploma legal sub examine foi devidamente apreciado pelo Legislativo Mu-

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 213/217 Jun. 1992

nicipal, correlato com a autonomia política e administrativa que tem o Município de dispor mediante regras legais, tratando-se de matéria de ordem administrativa e financeira.

Assim, não há que se cogitar de que a Lei nº 6.712/90 seja inconstitucional, posto que em nenhum momento feriu princípios e normas da Constituição Federal vigente, muito menos, o princípio da irredutibilidade de vencimentos de que trata o art. 37, inciso XV, transcrito acima.

Diz a Lei nº 6.712/90 e, seu art. 10:

"As atuais gratificações de exercício, de representação de gabinete, especial de planejamento e por regime de tempo integral e/ou dedicação exclusiva, ficam transformadas, nos seus respectivos valores, vigentes em 1º de junho de 1990, em Vantagem Pessoal Reajustável (VPR), cujo valor será majorado por ocasião dos futuros reajustes remuneratórios dos servidores públicos, no mesmo percentual do vencimento-base".

Examinando o texto da lei, fácil é concluir-se que o citado *mandamus* legal não pretendeu, em nenhum instante, prejudicar qualquer servidor municipal.

Não houve redução de salário ou vencimentos, nem tampouco supressão de gratificações anteriormente concedidas, permanecendo intactas, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, consagrado na Carta Constitucional vigente.

Ademais, "in casu" a promovente sequer cuida de informar e demonstrar qual ou quais as vantagens auferidas pelos fiscais, e que segundo alega, teriam sofrido redução.

Reafirmamos, aqui, que a Lei nº 6.712/90 não determinou em nenhum momento, a retirada ou supressão de quaisquer vantagens percebidas por servidores públicos, quer em atividade, quer aposentados. Ocorreu sim, um reajuste da ordem de 40% (quarenta por cento).

Diante de todo o exposto, requer o MUNICÍPIO DE FORTALEZA promovido:

1. que V.Exª se digne, pelos fundamentos esposados nas preliminares suscitadas, julgar, por sentença, o presente processo extinto sem julgamento de mérito;

2. na hipótese de não acolhimento do pedido anterior, o que se admite apenas para sequenciar raciocínio, que julgue a presente ação totalmente improcedente, condenando, ainda,

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 213/217 Jun. 1992

a Associação promovente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados no seu "plus"; e

3. como meio de provar o alegado, a produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal da Associação promovente, sob pena de revelia, juntada posterior de documentos, oitiva de testemunhas e perícias, tudo de logo requerido.

Nestes termos.

Pode e Espera Deferimento.

Fortaleza, 25 de janeiro de 1991.

Eliza Maria Moreira Barbosa
Coordenadora Judicial

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 213/217 Jun. 1992

**EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DE FORTALEZA**

**PROCESSO Nº 14.528/91
1ª CARTÓRIO DOS FEITOS DA FAZENDA ESTADUAL
RECURSO DE APELAÇÃO**

O **MUNICÍPIO DE FORTALEZA**, já qualificado nos autos do processo à epígrafe, em que contende com **JOSÉIVALDO MENDES ROCHA E OUTROS**, vem, respeitosamente, por intermédio de seu judicial patrono, abaixo subscreve, inconformado com a r. sentença de fls. 106 **usque** 110, interpor o presente **RECURSO DE APELAÇÃO** para o Egrégio Tribunal de Justiça, consoante razões que seguem em anexo.

Pede deferimento.

Fortaleza, 11 de dezembro de 1991.

Carlos Otávio de Arruda Bezerra
Procurador do Município

EXM^o SR. DR. DES. PRES. DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

RAZÕES DE RECURSO

COLEDA CÂMARA

JOSÉ IVALDO MENDES ROCHA E OUTROS interpuseram ação ordinária com o visio de restabelecer gratificação de exercício a que faziam jus por força do disposto na Lei n^o 5.479/81, posteriormente mantida pela Lei Complementar n^o 0001 (art. 105), que restou, por final, transformada pela Lei ordinária n^o 6.712/90, em Vantagem Pessoal Reajustável, a teor de seu art. 10.

Fulcraram suas irrisignações, em um pretensio malferimento, com o advento da Lei ordinária 6.712/90, pelos autores acicatada. à hierarquização que deve prevalecer, no que tange à Lei Complementar em contraposição à matéria regulada por Lei ordinária. Entendem, pois, que Lei ordinária posterior, não lhes poderia transformar vantagem conferida expresamente por Lei Complementar.

De outro turno, alegaram os autores, ora apelados, uma suposta ofensa ao direito adquirido à percepção da gratificação de exercício.

Ao ensejo da contestação, demonstrou o Município de Fortaleza, *quantum satis*, a inexistência de direito adquirido a socorrer os promoventes, bem como, *in casu*, ser possível a revogação da Lei Complementar pela Lei ordinária, posto restar evidenciado que a concessão de vantagens a servidor público não se erige em matéria reservada a Lei complementar.

O douto juiz *a quo*, não obstante, entendeu de dar pela procedência do feito, acatando, *in totum*, as razões suscitadas pelos apelados exordialmente.

Data vênica, merece reproche a r. decisão de fis. senão vejamos.

INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA — FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES DA PROCURADORIA MUNICIPAL — MATÉRIA NÃO RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR.

Consoante assentou o ilustre julgador monocrático: "O ponto nodal da questão cinge-se a se saber se a Lei Ordinária n^o 6.712/90 podia revogar a lei complementar a ponto de

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 221/229 Jun. 1992

tornar ineficazes os atos praticados com embasamento na primeira."

Dois critérios servem para diferenciar a Lei Complementar da Lei ordinária.

O primeiro, de ordem formal, refere-se ao quorum de aprovação: a Lei complementar requer para sua aprovação quorum especial e qualificado (sentido ontológico-formal), devendo ser aprovada por maioria absoluta; enquanto a lei ordinária, requer como requisito constitucional de integração e perfeição do ato, maioria simples.

O insigne Prof. VALMIR PONTES FILHO, em parecer exarado sobre o caso em tablado, que se encontra acostado aos autos, versando a matéria, sinala:

"Mas esse critério não é suficiente. Se o fosse, ter-se-ia que admitir o absurdo jurídico de um projeto de Lei ordinária, porventura aprovado pela maioria absoluta, ou mesmo pela unanimidade de votos dos parlamentares, vir a ser transformado por tal circunstância em Lei Complementar ..."

Com efeito, assoma incontestável, que o critério, por excelência a diferenciar a Lei Complementar da Lei Ordinária é o MATERIAL. A LEI COMPLEMENTAR disciplina matérias próprias que lhe são reservadas pela Constituição (no caso do Município pela Lei Orgânica). Tocante a estas matérias a Lei ordinária não pode se imiscuir no campo competencial próprio da Lei complementar, porquanto, se assim proceder estará a extravasar do seu âmbito material de validade.

Vê-se assim, que antes de relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária, a matéria se trata de competência *ratione materiae*, ou para sermos mais precisos, consoante o mestre SOUTO MAIOR BORGES, de interpretação inconstitucional dos campos privativos de legislação.

Enfrentando o assunto o mestre MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, dispõe:

"Problema que surge no estudo da lei complementar é o de se saber se tem ou não matéria própria. Pode-se pretender que não. Que sendo toda e qualquer lei uma complementação da Constituição, na medida em que dispõe onde e segundo esta consentiu, a complementaridade dependeria tão-somente de um elemento formal objetivo: a sua aprovação pelo rito previsto na constituição para o

"tertium genus". Assim, em última análise, seria complementar e, portanto, superior à lei ordinária e à lei delegada toda e qualquer lei que houvesse sido proposta como tal e aprovada por maioria absoluta em ambos os casos no Congresso Nacional.

Essa interpretação, porém, não parece ser a correta. Rejeita-a o direito comparado.

Analisando o art. 46 da Constituição francesa de 1958, afirma literalmente Vedel: A definição das Leis Orgânicas as leis às quais a Constituição confere essa qualidade. Reprova-a o bom senso. Criando um tertium genus, o constituinte o faz tendo um rumo preciso; resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário. Se assim agiu, não pretendeu deixar ao arbítrio do legislador o decidir sobre o que deve ou não deve contar com esta estabilidade particular.

A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas, relativamente a esta ou aquela matéria. Fê-lo por considerar a especial importância dessas matérias, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas é que cabe a lei complementar. (In Curso de Direito Constitucional, págs. 184 e 185, Saraiva, 1990).

Na mesma sintonia, prescreve o douto VALMIR PONTES FILHO:

"A Lex Magna reserva, de modo expresso, matérias que só poderão ser versadas por Lei Complementar, vedado à norma ordinária invadir tal campo competencial. Assim se a lei de natureza complementar regulamenta assunto que lhe é privativo (por disposição constitucional, obviamente), a lei ordinária posterior tem o absoluto condão de revogá-la, exatamente porque, normalmente, aquele dado assunto não estava reservado à lei complementar".

O Prof. ROQUE CARRAZA, versando o assunto dispõe:

"Lei Complementar, em suma, é aquela prevista, expressa ou implicitamente, no Código Máximo e editada mediante especial processo de elaboração. (CURSO DE DIREITO

**CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO, ROQUE ANTONIO CAR-
RAZA, pág. 362 e 363, 2ª ed., RT, 1991).**

Sabido que uma Lei Complementar versando assunto à margem de sua esfera competencial pode ser revogada por Lei ordinária, cumpre, pois, se perquirir,volvendo ao caso em tablado, se a transformação da gratificação de exercício em Vantagem Pessoal Reajustável (VPR), pode ser agitada em Lei ordinária.

A Lei Orgânica do Município de Fortaleza dirime a quizília em seu art. 110, ao dispor:

"Art. 110 — A LEI fixará os vencimentos dos servidores públicos, sendo vedada a concessão de gratificações, adicionais ou quaisquer vantagens pecuniárias por decreto ou por qualquer ato administrativo."

É curial que o art. suco mencionado ao se reportar à Lei, dispõe sobre a Lei ordinária e não complementar, posto ser cediço o entendimento de que quando a matéria prescinde de Lei complementar deve seu enunciado vir expressamente evidenciado no corpo da Lei Maior.

Tanto é assim que o Prof. Valmir Pontes Filho leciona:

"... se é verdade que a organização e definição das competências da Procuradoria Geral do Município são matérias de trato exclusivo da Lei Complementar — insuscetíveis, pois, de modificação pela Lei Ordinária — também é seguro e insofismável que a fixação da remuneração dos reservada à lei Complementar. Ao reverso, trata-se de assunto a ser cuidado pela LEI ORDINÁRIA."

A prova da assertiva do remonado prof. acima transcrita; é tanta que o art. 105 da Lei Complementar nº 0001, referindo-se à gratificação em apreço, dispõe:

"Fica mantida para os servidores administrativos da Procuradoria Geral a gratificação de trata o art. 5º, da Lei 5.479, de 23 de outubro de 1981."

Vejam V. Exas., que da própria literalidade da dicção legal dessume-se que a matéria pertinente a gratificações, digo a instituição de gratificação, não se insere no campo competencial reservado à lei Complementar. Se assim o é, ressumbra evidente de que somente por sua topologia (inserção em Lei

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 221/229 Jun. 1992.

Complementar) não se pode ter a matéria como somente apreciável através de Lei Complementar.

A propósito, releve trazer à lume, lapidar digressão sobre o assunto do conspícuo mestre JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, a saber:

"Se a Lei complementar (a) invadir o campo material de validade da legislação ordinária da União, valerá tanto quanto uma lei ordinária. Sobre este ponto não há discrepância na doutrina. A lei complementar fora de seu campo específico, cujos limites estão fixados na Constituição, é simples lei ordinária. Sem a congregação dos dois requisitos estabelecidos pelo art. 50 da Constituição, o quorum especial e qualificado (requisito de forma) e a matéria constitucionalmente prevista como objeto de Lei Complementar (requisito de fundo), não há Lei Complementar — inclusive quanto à relativa rigidez — mas ao da Lei Ordinária, PODENDO CONSEQUENTEMENTE SER REVOGADO POR ESTA (destaque nosso — IN RDP — Nº 25, pág. 98).

Vê-se pelo esforço do ilustrado SOUTO MAIOR BORGES, que a Lei Complementar, quando trata de matéria que não lhe é própria, vale tanto quanto uma Lei ordinária, motivo por que, versando a Lei Ordinária posterior, matéria de igual timbre à posta em Lei Complementar, aquela como já salientado pelo Dr. Valmir Pontes, tem, "o absoluto condão de revogá-la".

Sendo, impende salientar que o douto juiz monocrático ao ensejo de seu **decisum**, não se houve bem, ao entender pela absoluta hierarquização da Lei Complementar em relação à lei ordinária.

VANTAGEM INSTITUÍDA SOB O "NOMEN JURIS" GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO — DIFERENÇA DE ADICIONAL — INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO — INOCORRÊNCIA DE IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

Vislumbrou o insigne juiz monocrático, ao agitar a matéria, aqui topicizada, que a intenção da Lei 5.479, antes de instituir uma gratificação, seria a de conceder "benefício sob modalidade de um adicional de tempo integral e de natureza permanente". de forma que, integrando o patrimônio jurídico dos beneficiários, não lhes poderia ser suprimido por legislação posterior, sem que farpeado restasse o instituto do direito adquirido.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 221/229 Jun. 1992

Invocou ainda, o ilustre magistrado, que a própria Procuradoria Geral do Município, através de seu órgão opinativo, reconheceu o percentual de 100%, pleiteado pelos autores, consoante razões elencadas em parecer.

Cumprido, em primeira ordem, destacar, que o parecer a que se reporta o nobre julgador, não foi aprovado pelo sr. Prefeito Municipal, e nem mereceu guarida no âmbito administrativo do Município. Isto porque o parecer aprovado se encontra às fls. 87 usque 89 dos autos em apreço.

O ilustre mestre Diógenes Gasparini se reportando a diferença de ADICIONAL para GRATIFICAÇÃO, acentua:

"O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser, aquele, uma recompensa ao tempo de serviço do servidor ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e, esta uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor."

(In Direito Administrativo Brasileiro, pág. 399, Ed. Saraiva, 1989).

Lecionando sobre "gratificações" o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, sinala:

"Gratificações são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos servidores que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou concedida como ajuda aos servidores que apresentem os encargos pessoais que a lei especifica".

(In Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., pág. 404, Ed. Rev. dos Tribunais 1991).

Analisando-se a matéria tal como colocada no art. 7º da Lei 5.479/81, resulta incluível o caráter de gratificação da vantagem ali instituída. E tal interpretação se faz consentânea com o que consta do texto legal, porquanto ali se vê que a instituição da vantagem se perfaz com o visio de compensar ônus do serviço comum prestado em situação extraordinária, qual seja, a assunção pelo servidor de 40 horas semanais e não exercício de outro cargo, função ou emprego privado em que se verificasse incompatibilidade de horário com o serviço prestado à municipalidade.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 221/229 Jun. 1992

Admitindo-se, pelo sabor da argumentação, que a vantagem, instituída pela Lei 5.479/81, mantida pela Lei Complementar nº 0001 e posteriormente transformada pela Lei 6.712/90, tenha natureza jurídica, como pretende ver o ilustre julgador monocrático, de adicional, ainda, não se encontra óbice a sua supressão para o futuro, mantida a irredutibilidade vencimental.

Inexiste, pois, direito adquirido à gratificação ou adicional para o futuro, mas, tão somente, a não redução de seu "quantum final", consoante lição do eminente administrativista **DIÓGENES GASPARINI**, ao dispor:

"O adicional, em princípio adere ao vencimento e por isso tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. AMBOS PORÉM PODEM SER SUPRIMIDOS PARA O FUTURO". (DESTAQUE NOSSO, IN DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, ob. cit., pág. 399).

Nas mesmas águas navega o inegre Constitucionalista **VALMIR PONTES FILHO**, quando sinala:

"Em primeiro lugar não há falar em ofensa a direito adquirido quando da transformação, por lei, da gratificação de exercício em Vantagem Pessoal Reajustável. Isso porque, como é de farta sabença, o servidor público não adquire direito a tal ou qual gratificação, mas sim, apenas não pode ter reduzido o "quantum" final de sua gratificação."

Note-se, que o dispositivo vergastado, como malferidor do direito adquirido dos apelados, tem o seguinte teor:

"Lei 6.712/90, art. 10º As atuais gratificações de exercício, de representação do gabinete, especial do planejamento e por regime de tempo integral c/ ou dedicação exclusiva ficam transformadas, nos seus respectivos valores vigentes em 01 de junho de 1990, em Vantagem Pessoal Reajustável, cujo valor será reajustado por ocasião dos futuros reajustes remuneratórios dos servidores públicos, no mesmo percentual do vencimento-base."

O art. supramencionado é de uma clareza meridiana. Com efeito, vislumbra-se, de pórtico, em seu bojo que a gratificação de exercício, restou transformada "em seus respectivos valores ...", dando vazão ao entendimento de que não houve irredutibilidade de vencimentos. A propósito, cumpre salientar

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 221/229 Jun. 1992

que os apelados em nenhum momento dispõem sobre a irredutibilidade de vencimentos, esta sim, acaso ocorrente, capaz de eivar de inconstitucionalidade o dispositivo acima invocado.

Sobre ser possível a supressão ou transformação de vantagens, releva trazer à colação lição do direito comparado em tudo aplicável ao caso vertente, do emérito administrativista Villigas Basavilbaso em seu clássico **Derecho Administrativo**, Vol. III, pág. 464, quando declara com apoio em JÈZE:

“En el Derecho Público, y por consiguiente en el derecho administrativo, no existen de una manera absoluta derechos irrevocablemente adquiridos. Las ventajas personales inherentes a una función o empleo pueden, en cualquier momento, ser modificados o suprimidos, si qui los titulares tengan derecho a formular objeciones jurídicas.”

Em arremate a tudo o que se expôs, forçoso se faz tirar as seguintes ilações:

1. A instituição da Vantagem Pessoal Reajustável, por Lei ordinária, em substituição à Gratificação de Exercício criada por Lei Complementar, tem o “absoluto condão de prevalecer no ordenamento pátrio, posto, restar evidenciado no decorrer do presente trabalho que a instituição de vantagem, como no caso vertente, não é matéria reservada ou própria de Lei Complementar;

2. Inexiste direito adquirido à percepção de tal ou qual gratificação, podendo, destarte a mesma sofrer alteração, desde que mantido o “quantum” final remuneratório.

Diante do exposto, requer o apelante a esta COLEND A CÂMARA se digne de tomar conhecimento do presente recurso, posto tempestivo, dando-lhe provimento para o fito de reformar o r. **decisum** de fls. 106 usque 110, julgando improcedente em todos os seus termos a ação ordinária aforada por **JOSÉIVALDO MENDES ROCHA E OUTROS**, por ser de direito e justiça.

Pede deferimento.

Fortaleza, 11 de dezembro de 1991.

Carlos Otávio de Arruda Bezerra
Procurador do Município

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ PRESIDENTE DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO**

PROCESSO TRT Nº 2830/90

**SUMOV – SUPERINTENDÊNCIA MUNICIPAL DE OBRAS E
VIAÇÃO**, autarquia municipal de Fortaleza, impetrante do Man-
dado de Segurança à margem, comparece ante V.Ex^a, res-
peitosamente, para, em face da decisão colegiada de fls.
471/473, dela recorrer ordinariamente para o E. Tribunal Su-
perior do Trabalho com fulcro no permissivo do art. 895, "b",
da CLT (julgamento de Regional competente originariamente),
na forma das anexas razões, requerendo sejam os autos
alçados à instância **ad quem**, após cumpridas as formalida-
des processuais pertinentes.

N. Termos

P. Deferimento

Fortaleza-CE., 7 de agosto de 1991.

adv. José Emmanuel Sampaio de Melo
OAB-CE 5210

**RAZÕES DE RECURSO ORDINÁRIO
IMPETRADO POR SUMOV — SUPERIN-
TENDÊNCIA MUNICIPAL DE OBRAS E
VIAÇÃO, CONTRA DECISÃO DO E. TRI-
BUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª
REGIÃO, EM MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL DA
CITADA CORTE.**

Senhores Ministros,

A mobilidade das interpretações das normas jurídicas, mercê da incessante evolução do pensamento na área, é a pedra de toque a permitir, ao exercente da função judicante, fazer contemporânea e consentânea a aplicação da justiça, sobrelevando o direito. O rigorismo de construções pautadas em ordem positiva, por apego à litetalidade, unicamente, se levada a todos os tribunais, tornaria estático algo necessariamente dinâmico — o direito em si, e já teria aberto caminho para a perpetuação de pasmaceira no meio jurídico, deslustrando o papel relevante do direito visto pelos Tribunais.

2. Quer-se dizer, no intróito, da necessidade de reforma do *decisum* recorrido, em face de ele ter-se restringido, *data maxima venia*, a uma visão processual ultrapassada, dissonante das modernas tendências do direito judiciário, e afastado da amplitude hoje atribuída a instrumentos constitucionais de garantia de direitos, *in casu*, o instituto do mandado de segurança, em seus princípios, no seu alcance.

3. Extensa a matéria, a abordagem tópica é a mais indicada, como se fará.

**DO CABIMENTO DE WRIT CONTRA DECISÃO JUDICIAL-
COISA JULGADA**

4. O v. acórdão recorrido centra a sua argumentação de direito na impossibilidade de o writ of *mandamus* ser utilizado, validamente, contra ato judicial, consistente em decisão transitada em julgado. Di-lo expressamente ao julgar incabível o MS, em face de a impetrante, ora recorrente, não ter interposto recurso de revista, para essa Colenda Corte, quando do julgamento de reclamatória trabalhista movida por 193 litisconsortes, contra a SUMOV, em recurso ordinário para o Regional de cuja decisão demonstra-se, agora, inconformidade.

5. Não há prosperar a posição de Regional, contudo, diante da já clara possibilidade de o mandado de segurança ser passível de impetração, mesmo quando adverse decisão transitada em julgado. Para o seu cabimento, em casos como o vertente, era — e é — necessário tão-somente adequem-se os fatos à demanda legal do *mandamus* — o malferimento de direito líquido e certo do impetrante, aqui, o de ser apreciada matéria na qual não se adentrou no mérito.

6. Apenas como referência, posto caber discussão mais amadurecida adiante, note-se a impetração ter sido dirigida contra decisão do TRT da 7ª Região, o qual não conheceu de recurso ordinário impetrado pela autarquia ora recorrente, em face de não divisar, enganadamente, alçada para recepção do RO, em função de desviada interpretação de valor da causa.

7. Não compadece a posição estática, processualmente falando, da decisão atacada, quando se verifica a possibilidade de o writ volta-se contra qualquer ato jurisdicional praticado em desfavor de direito líquido e certo, mesmo quando tenha havido trânsito em julgado da respectiva decisão.

8. Com efeito, já em 1983 Pedro Leonel Pinto de Carvalho, captando a dimensão da matéria, distinguia a ação mandamental pela sua natureza, dando-lhe o necessário alcance, ao lecionar:

“Ação constitucional típica, não pode o mandado de segurança ser aviltado diante de requisitos outros senão aqueles enunciados na própria Constituição: ilegalidade ou abuso de poder, praticados inclusive pela autoridade judiciária, diante da letra expressa do texto magno: “seja qual for a autoridade responsável.”

9. À evidência, a impetrante tinha direito a ver julgado o ordinário antes aforado, como restou provado na inicial, e demais documentos colacionados. Daí a ilegalidade do ato jurisdicional, observada pelo doutrinador citado com percuência, nos seguintes termos:

“O que cumpre a ser indagado é se há ou não ilegalidade. Se essa ilegalidade do ato investe contra direito líquido e certo, a ser protegido porque subjetivo, IRRELEVANTE É A COLOCAÇÃO DE QUE, QUANDO O ATO PRATICADO FOR DE NATUREZA JURISDICTIONAL, POR ISSO QUE INCRUSTADO NA RELAÇÃO PROCESSUAL; DEVA SER NECESSÁRIA E PREVIAMENTE CALÇADO COM O RECURSO CABÍVEL. Postas

assim as coisas, ter-se-ia o absurdo de o remédio constitucional somente ser frutífero se amparado pelo remédio ordinário, inversão essa que, obviamente, não se compadece com a índole do “mandamus”.

10. Tudo posto, Pedro Leonel conclui, com precisão cirúrgica, ao dizer:

“Ou a ação de pedir segurança vale por si, diante da ilegalidade do ato de autoridade, ou nada valerá. A exigência da presença de um recurso — afinal de contas desprezível, diante da ilegalidade do ato suficiente mesmo a dispensar a cautela recursal — é um plus, de resto transformado em pressuposto de admissibilidade, que não se conforma com o caráter de ação autônoma que é a segurança.” (In Revista de Processo 32/316-7) (destaques novos, negritos mistos).

11. Avuçando ainda mais na edificação de teoria processual específica, Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto, já em lição adaptada aos termos da Constituição Federal vigente, consigna:

“Entendemos que, se presentes os pressupostos do mandado de segurança, não há qualquer razão para que se o inadmita contra decisão transitada em julgado. Mas não se esgota, segundo pensamos, e já expusemos, nesta hipótese o âmbito de cabimento do mandado de segurança contra ato judicial. Acatamos os demais abrandamentos feitos pela doutrina, embora relativamente distanciados do texto legal, porque de acordo com o espírito do art. 5º, inciso LXIX da CF, e com a intenção global dos sistemas jurídicos, que são a sua própria ratio essendi: não deixar situação alguma sem solução.” (In Mandado de Segurança Contra Ato Judicial, SP, RT, 1989, p.).

12. O processualista Kazuo Watanabe, por seu turno, comungava com a opinião de Teresa Celina, esta o citando:

“Kazuo Watanabe afirma que da análise dos precedentes do STF, parece-lhe lícito concluir que ‘neles está implicitamente afirmada a admissibilidade do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado’.” (In op. cit., p. 53).

13. Assentes, então, já dois pontos: a uma, cabe mandado de segurança contra decisão transitada em julgado; a duas, não é necessário ter sido interposto qualquer recuso, quando eivado de ilegalidade o ato jurisdicional atacado por MS.

13. Mas a melhor doutrina, ressaíndo da moderna visão do tema, estende-se até de forma mais incisiva. Celso Agrícola Barbi, após entender como apenas relativa a ocorrência da preclusão, sem a dimensão enxergada no acórdão recorrido (não usou de recurso, não há falar mais no problema, em outras palavras), pois é apenas uma alavanca processual, não um fim em si mesma, chega a conclusão irreprochável, litteris:

"DAI NOSSA CONCLUSÃO DE QUE NÃO NOS PARECE LEGAL, NEM JURIDICAMENTE ACERTADA, A CONCEPÇÃO QUE SUBORDINA A CONCESSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL À TEMPESTIVA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CABÍVEL CONTRA O ATO, NEM A QUE LIMITA A CONCESSÃO APENAS A DAR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO INTERPOSTO." (in Revista Forense, 288/51) (destacou-se)

15. Deftui do já articulado, portanto, além das conclusões prévias enunciadas no item 13, a certeza jurídico-processual já corretamente vislumbrada no parecer da d. Procuradoria Geral do Trabalho, em fls. 464/465, onde corretamente se admite a admissibilidade de recurso ordinário, negada pelo E. Regional, e objeto, afinal da presente impetração.

16. Dessa forma, há a necessidade de ser ultrapassada a discussão sobre o cabimento deste writ, posto já colocada a desnecessidade da interposição de recurso de revista, esgrimida como essencial no acórdão recorrido. Aprecie-se, então, o seu mérito.

DO MALFERIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL E DE LEI FEDERAL

17. Como já ventilado retro, o presente MS adversa decisão de Regional pela inadmissibilidade de recurso ordinário, em função de, alegadamente, não ter a causa valor de alçada suficiente para apreciação em segunda instância; também é fundamento questão de natureza constitucional, pois a decisão ilegalmente posta atingiu, ao recusar o exame de mérito,

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 231/239 Jun. 1992

a vigência das disposições do art. 37, XIII, e do art. 7º, IV, da Constituição Federal vigente.

18. Afastada a menor possibilidade de o recorrente se ver prejudicado, pela não interposição de recurso eventualmente cabível, tem-se como desprovida de fundamento a não-admissão do recurso ordinário em função da alçada, quando, na sentença de primeiro grau, o valor da causa foi arbitrado em NCr\$ 500,00 (quinhentos cruzados novos), **quantia superior ao dobro do mínimo legal na data de sua prolação** (v. fls. 133).

19. Nesse particular, milita em favor do impetrante, ora recorrente, inclusive, a jurisprudência desse Egrégio Tribunal Superior, relatado pelo Senhor Ministro Barata Silva, onde se reconhece, explicitamente, a validade da subsistência da fixação em sentença, para fins recursais, consoante anotam Catheiros Bonfim e Silvério dos Santos, verbis:

"Embora não se tenha pronunciado expressamente sobre o valor da causa impugnada, a verdade é que a sentença arbitrando o valor da causa em Cr\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados) o fez implicitamente, assim ao não conhecer do recurso ordinário pelo valor da alçada, o acórdão violou diploma legal citado (art. 2º, § 1º, da Lei 5584/70). Revista conhecida e provida," (Ac. TST — 2ª Turma, RR 3694/88) (in Dicionário de Decisões Trabalhistas, 22 ed., Rio, Ed. Trabalhistas, 1989, p. 734) (negrito inovado).

20. Ad argumentandum tantum, caso não vencida a fundamentação do acórdão recorrido com o teor da decisão transcrita acima, acene-se com outro ponto, em sucessão, **ligado à condição de a ação original ser plúrima, mesmo individual.**

21. Como é sabido, as ações desse jaez congregam, sob iniciativa processual única, o interesse convergente de várias pessoas diferentes. Atende-se, dentre outros, ao princípio informativo da economia processual, pois casos semelhantes devem merecer julgamento no mesmo molde. **Não se constituem, no entanto, em ação coletiva, onde muitos pleiteiam, por si, representados ou substituídos, um só direito. NOS AUTOS ORIGINAIS, ONDE FOI PROLATADA A SENTENÇA ACOIMADA DE ILEGAL, ENTRETANTO, EXISTEM VÁRIAS PESSOAS POSTULANDO DIREITOS INDIVIDUAIS, APENAS SOB O ALBERGUE DE UM MESMO PROCESSO. O INTERESSE DE AGIR É INDIVIDUAL, LOGO, DIVERSO.**

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 231/239 Jun. 1992

22. Se o interesse é individual, sem nenhum azo à injuricidade pode ser considerado o valor fixado **ab initio** como correspondente a cada um dos reclamantes. Logo, "à causa", isto é, à ação, o valor da causa só pode corresponder à soma do valor atribuído na inicial, tomado para cada reclamante, individualmente — e, então, ultrapassar em muito o piso de alçada para conhecimento de recurso ordinário!!

23. Gelson Amaro de Souza trata do assunto com peculiar pertinência ao caso vertente, quando identifica, no valor da causa, a expressão do bem jurídico perseguido, aqui individualmente, valendo-se de definição aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, *in litteris*:

"O valor da causa no processo civil é a representação da força propulsora que deu causa à ação. Sempre haverá de equivaler o benefício que se busca com a ação em razão do prejuízo que se evita com o exercício do direito de ação." (*in Do Valor da Causa*, 2ª ed. atual., SP, Sugestões Literárias, 1987, p. 15).

24. Cumpre dizer, então: o bem jurídico, **ad valorem**, buscado na ação trabalhista original, barrada em segunda instância ilegalmente, é, de repercussão financeira billionária, muito além da capacidade de pagamento da autarquia impetrante, tanto mais quando o eventual direito dos reclamantes não chegou a receber sanção senão do primeiro grau de jurisdição, por conta de enganada — reitera-se — interpretação do Regional.

25. A abonar de forma definitiva a tese ora esposada, colhe-se no magistério de **Chiovenda** a observação de não ser o valor da causa simplesmente o do:

"(...) objeto mediato da demanda, bem como da **causa petendi** isoladamente considerados, mas da combinação dos dois elementos, ou seja, é o valor daquilo que se pede, considerando em atenção à **causa petendi**, isto é, a relação jurídica baseada na qual se pede." (*apud Gelson Amaro de Souza*, op. cit., p. 14).

26. Não escapará à minudente análise da **quaestio**, nessa Corte, o fato de o Regional ter descurado da utilização da faculdade de, tal como corretamente fez a d. Junta, na decisão de primeira instância, fixar o valor da causa **sponte sua**.

27. Com efeito, é dado ao órgão jurisdicional intervir **ex officio** no feito, para fixação ou refixação do valor da causa, quando não compatíveis pedido mediato e interesse econômico realmente demonstrado. Fê-lo a Junta, em primeiro grau, pois, consoante ensina **Pontes de Miranda**,

"(...) em todas as espécies, não se pode afastar do Juiz a apreciação do quanto fixado pelo autor. Mesmo se o réu não o impugna, pode o Juiz resolver a correção. Quase sempre basta comparar o conteúdo do pedido e o valor atribuído." (*apud Gelson Amaro de Souza*, op. cit., p. 141) (destacou-se).

28. Há de se desatar a questão em pauta, pois, sendo-se pela **inescusável validade da refixação do valor da causa**, pelo Juízo, mesmo de ofício, e tal como feito, bem assim por ressaltar, na espécie, o enquadramento na moldura de exceção da Lei 5584/70, por ser a matéria, como se verá, de cunho constitucional.

29. Remete-se, ainda quanto ao valor da causa, e por oportuno, a teor de decisão do Pleno dessa Corte Laboral Superior, transcrita na petição de impetração, em fls. 5.

30. Atinente ao malferimento de regra constitucional, fácil é de se atinar para a sustentação jurídica da teorização ora posta, como, aliás, acatado no d. Parecer de fls. 464/465, para onde novamente se indica.

31. A exceção prevista na Lei 5584/70 encontra pouso no problema **sub oculis** quando se verifica o pleito ter sido deferido **contra legem** dimanada da Constituição Federal, precisamente do art. 37, inciso XIII.

32. A sentença proferida, objeto de recurso não admitido, não merece comentários de mérito na sede desta segurança. No entanto, uma leitura atenta do seu conteúdo, em fls. 131/133, demonstra com invulgar clareza a existência de determinação onde ficam **vinculados salários de servidores públicos ao extinto Piso Nacional de Salários**, e, já com previsão "ad futurum", ao **salário mínimo vigente**.

33. Veja-se o dispositivo constitucional telado, então, e verifique-se ter o **decisum** malsinado tocado em comportamento constitucionalmente vedado. Daí, é claro e evidente, não poder um recurso ordinário a **adversá-lo deixar de ser conhecido, sob pena de malferimento inofismável da norma excludente de limitação de alçada multicitada**.

34. Estas, então, as razões jurídicas pelas quais o recurso ordinário, em nenhuma hipótese, poderia ter-se vinculado a alçada, tomando o seu não conhecimento ar de indefectível ilegalidade, reparável pela via mandamental, ora pugnada em grau de recurso.

DO PREJUÍZO APARENTE E IRREPARÁVEL

35. Para o cabimento do *mandamus*, não como sucedâneo de recurso, mas meramente na função constitucional de instituto de combate à ilegalidade, *lato sensu*, nos moldes aventados nos itens 4/16, retro, faz-se necessária a prova de lesão irreparável, causada ou potencialmente causável pela implementação da decisão cujo mérito, via o ordinário defenestrado, quer-se rediscutir, como de direito.

36. Simples e perfunctória análise dos documentos colacionados à inicial desta segurança já o demonstra, de forma cabal.

37. A repercussão financeira do pagamento eventualmente devido aos reclamantes, ora litisconsortes, é capaz de abalar irremediavelmente as finanças públicas. Sacrificar-se-ia todo o programa de investimentos públicos, e abrir-se-ia um indesejável — mas factível — confronto entre a necessidade de se cumprir uma decisão judicial, em favor de 193 pessoas, em detrimento do adimplemento da obrigação salarial com a grande massa de funcionários públicos, inescapavelmente atingíveis pelo emprego da receita em paga para poucos, cujo direito sequer recebeu sanção definitiva, jurisdicionalmente.

38. É dever da administração pública, pois, zelar pela supremacia do interesse público sobre o particular, no caso, particularíssimo, e restrito a uns poucos. Fazendo isto, tem-se certeza de contar com o beneplácito do Judiciário, mormente dessa Corte, verdadeiro baluarte da reposição da justiça, e infenso à passionalidade por vezes existente em instâncias outras, quando em pauta a relação entre capital e trabalho.

39. O prejuízo se anuncia grande, e é de aferição inconteste. Daí a necessidade da reforma da decisão da instância originária, para repor em trilhos processuais adequados a discussão de méritos sobre ocaso vertente.

SUMARIANDO

40. Em suma, a recorrente alega:

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 231/239 Jun. 1992

- a) o cabimento de mandado de segurança contra coisa julgada;
- b) a desnecessidade de impetração de eventual recurso, como pressuposto do "writ", por este não demandar senão os princípios constitucionais a ele atinentes, para o devido aforamento;
- c) ter ficado patente a ilegalidade da decisão de não-demissão de recurso ordinário, pelo Regional impetrado, em face de:

- tanto haver alçada, pela fixação de ofício na sentença de primeiro grau;
- quanto, "a fortiori", a ação individual plúrima encerrar "um" valor da causa, como o atribuído, válido individualmente; tomado em conjunto, fornece alçada; e
- por a alçada, se inexistente, dizendo-se para argumentar, ser inexigível, no caso, em função de;
- o mérito da questão tratar de matéria referente a violação de lei federal;

d) existir de forma indubitosa o perigo de mora, traduzido pela irreparabilidade do prejuízo, caso implementada a decisão, cuja reforma, via ordinário, foi pedida, e obstada pela ilegalidade multicitada, e satisfatoriamente comprovada.

PEDIDO

41. Tudo posto, requerer-se seja conhecido o presente recurso, levado a novo julgamento o pedido inaugural, e, neste, reformada a decisão a quo, por ser de direito e de inteira justiça.

- N. Termos
- P. Deferimento

Fortaleza-CE, 7 de agosto de 1991.

adv. José Emmanuel Sampaio de Melo
OAB-CE 5210

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 1 (1): 231/239 Jun. 1992

**EXMº SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO CEARÁ**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA; por seu Procurador Fiscal abaixo assinado, vem a presença de V.Exª, com o costumeiro respeito, devidamente intimado do r. despacho de fls. 238/239, da Apelação Cível nº 20.922, interpor, dentro do prazo legal, o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com fulcro nos art. 522 e seguintes do C.P.C., aliados aos art. 28 e seguintes da lei nº 8.038/90, por estar irredimido com o mesmo, o fazendo na forma e razões em anexo.

2. Por oportuno, e em obediência à norma do art. 523, III, do C.P.C., indica as peças que deseja ver trasladadas, além de outras de traslado obrigatório:

- a) Informações prestadas pela Autoridade coatora;
- b) Sentença de fls. 167/169;
- c) Apelação de fls. 173/180;
- d) Documentos de fls. 182/188;
- e) Acórdão de fls. 210/213;
- f) Decisão agravada de fls. 238/239;
- g) Certidão de Intimação de decisão agravada, de fls. 240.

3. Saliente-se que não houve contra-razões do Recurso Especial, bem como o Município está isento de apresentar procuração, ressaltando ainda que a agravante está isenta do preparo.

4. Isto posto, requer-se que V.Exª, receba o presente agravo, mandando-o se processar na forma da lei, intimando-se JOSÉ ROMCY e outros para os procedimentos legais.

Após os Trâmites processuais atinentes à espécie, pede-se a remessa do Agravo e suas peças ao Superior Tribunal de Justiça.

- N. Termos;
- E. Deferimento,

Fortaleza, 05 de agosto de 1991.

Alexandre Meireles Marques
Procurador do Município

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA, NOS AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 20.922, TENDO COMO APELADO JOSÉ ROMCY E OUTROS.

Inclitos Juízes,

A FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA, não se conformando, ~~data~~ *vênia*, com o r. despacho de fls. 238/239 dos autos principais, interpõe o presente Agravo de Instrumento de despacho denegatório de Recurso Especial, tudo o fazendo na forma da Lei 8.038/90 e do R.I. STJ.

1. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

A Intimação da Fazenda Pública referente ao despacho recorrido aconteceu no dia 23 julho 1991; conforme publicação no Diário da Justiça do Estado do Ceará.

Os prazos estão suspensos no Estado do Ceará, devido ao Mês de Julho ser considerado recesso forense, não contando-se prazos nesse mês. Logo, o prazo para interpor Agravo de Instrumento inicia-se dia 01 de agosto de 1991, terminado no dia 05 agosto 1991, dia em que dá entrada no Agravo.

2. DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Na petição de interposição do Recurso Especial, que desde logo se requer faça parte integrante desta Petição, estão demonstrados os pressupostos legais para que seja conhecido o Recurso Especial.

Nos autos originais descansa às fls. 182/188, cópia de julgamento do Supremo Tribunal Federal, publicado em repertório autorizado, qual seja, publicação do próprio Supremo Tribunal Federal, além de indicar que o acordão foi publicado no dia 22 abril 1988, **requerendo-se também que faça parte integrante desta.**

Presente está, pois, posições divergentes, de Tribunais diversos, retratando o mesmo assunto.

3. O reajustamento do Imposto Predial e Territorial Urbano — IPTU — em diversas Capitais Brasileiras, tem levado, quase sempre, a insatisfação dos contribuintes, que, acostumados a pagarem valores pequenos, se insurgem quando o ente Tributante procura aplicar a lei de forma rigorosa, mas nem

por isso ilegal. Cite-se o caso trazido aos autos da Prefeitura de Belo Horizonte, e outros como a da Prefeitura de São Paulo, etc.

E para confirmar esse entendimento, cite-se uma decisão do Próprio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

"IPTU — PLANTA DE VALORES.

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

— A majoração do IPTU decorre de lei, todavia, a planta de valores nela não precisa constar. Porque meramente declaratória, pode ganhar publicidade por outro meio. **A reserva legal restringe-se à definição do fato gerador, da alíquota e da base de cálculo."**

(Acórdão unânime da 2ª T., pub. em 26.11.90, Resp. 4.758-SP, Rel. Min. Vicente Gernicchiaro).

E é o caso do Recurso Especial. A Prefeitura Municipal de Fortaleza reajustou os valores do IPTU, através de Decreto. Frise-se que obedeceu a reserva legal, não mudando o fato gerador, a alíquota e a base de cálculo. Apenas reajustou a planta de valores.

Como se observa, a questão merece um aprofundamento maior, inclusive dentro do próprio S.T.J.

Os valores do IPTU tem como base o valor venal do imóvel, que mesmo com o reajustamento, a Prefeitura Municipal não logrou nem a chegar a avallar o imóvel de acordo com o mercado imobiliário local.

Urge ressaltar que nos autos constam várias decisões de Tribunais que confirmam a constitucionalidade, obdecendo-se a norma do art. 97 do CTN.

O despacho do Presidente do Tribunal de Justiça, em exercício, diz claramente que "a Prefeitura violou de morte os art. 150, I, CF e 97 do CTN." (sic).

Esse, porém, não é o melhor entendimento.

A legalidade foi respeitada.

O Recurso Especial merece ser conhecido, e mais, ser provido, a fim de que o acórdão do Tribunal de Justiça seja reformado, proclamando-se a legalidade do IPTU referente ao ano de 1988, através do Decreto nº 7688, de 23.12.87.

Frise., ademais, que o IPTU de 1988, objeto da lide, subiu menos que a inflação do período., ou seja, o IPTU de 1988 não foi atualizado nem pelos índices inflacionários. Esse

pormenor é essencial, inclusive por posições isoladas que doutrinam que o IPTU só pode ser corrigido pela inflação acumulada no período.

6. Isto posto, requer-se que Superior Tribunal de Justiça tome conhecimento do presente Agravo, dando provimento, a fim de que o Recurso Especial tenha prosseguimento, e seja conhecido e provido pelo S.T.J.

N. Termos;

E. Deferimento,

Fortaleza, 05 de agosto de 1991.

Alexandre Meireles Marques
Procurador do Município