

Centro de Estudos e Treinamento
-CETREI-

Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza

Fortaleza (CE) - 2003
Ano 11-Volume 11

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO

2. ARTIGOS

- 2.1. AÇÃO EXECUTIVA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL
José Helvesley Alves 15
- 2.2. A RETENÇÃO NA FONTE DO IMPOSTO DE RENDA PELO MUNICÍPIO E A REPETIÇÃO DO INDÉBITO
Agapito Machado Júnior..... 23
- 2.3. CONCEPÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO
Patrícia Marfa Farias Lima Machado 35
- 2.4. OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS
Carlos Augusto Medeiros de Andrade 45
- 2.5. TEMAS POLÊMICOS SOBRE A LEI Nº 9.503/97 - CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO
Christiana Ramalho Bezerra Leite 61
- 2.6. AS LICITAÇÕES PÚBLICAS, O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O EXCESSO DE FORMALISMO
Pedro Saboya Martins 77
- 2.7. TERCEIRIZAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS LIMITES ÀS DESPESAS COM SERVIÇOS DE TERCEIROS E TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO - DE - OBRA PREVISTOS NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL
Lia Sampaio Silva 89

2.8. OUTORGA DE ÁGUAS Lucíola Maria de Aquino Cabral.....	103
2.9. DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Rosaura Moreira Brito Bastos.....	121
2.10. ANÁLISE DO DIREITO DE VIZINHANÇA NO NOVO CÓDIGO CIVIL QUANTO A MUROS, PAREDES E PLANTAS DIVISÓRIAS Manuela Lourenço Pires Torquato	139
2.11. A INTERPRETAÇÃO E A RIQUEZA DO SENTIDO Edvaldo Assunção e Silva.....	149
2.12. MAGISTÉRIO: ELEVAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO X IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS Eduardo Henrique Lauer Filho José Rubens Costa.....	155
2.13. DA POSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ - EXECUTIVIDADE Ariano Melo Pontes	165
2.14. A INVALIDADE DAS OBRIGAÇÕES NEGATIVAS EM VIRTUDE DE VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Rodrigo Telles de Souza	175
2.15. SIGILO PROFISSIONAL Ana Cristina de Brito Ribeiro.....	181
2.16. A IMPUGNAÇÃO DO PRONUNCIAMENTO QUE DETERMINA A CITAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO DA PARTE ADVERSA, EMBORA PEDIDA MEDIDA LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS Juliana Maria Veras Vilanova.....	191
2.17. ASPECTOS RELEVANTES DO SIGILO DE DADOS PESSOAIS INFORMATIZADOS EM FACE DAS MODERNAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO César Cals de Oliveira Rui Barros Leal Farias.....	201

2.18. A LEALDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUANTO AOS CONTRATOS DE ADESÃO Ivens Sá de Castro Sousa.....	213
---	-----

3. PARECERES

3.1. COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS COM ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA PELO SELIC Martônio Mont'alverne Barreto Lima.....	223
3.2. UNIFICAÇÃO DE PROCEDIMENTOS REFERENTES À ISENÇÃO DE ITBI Yandra Maria Ribeiro Mendes.....	235
3.3. ENQUADRAMENTO NO CARGO DE AUDITOR DE TRIBUTOS Maria Carneiro Sanford	241
3.4. INCORPORAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO Paulo de Tarso Montenegro Barrocas	247
3.5. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS Ana Cristina Uchoa de Albuquerque Andrade	253



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Apresentação

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza tem o orgulho de regularizar a publicação de sua Revista. O número de contribuições de autores externos aos quadros da Procuradoria Geral do Município tem crescido, juntamente com a produção da Casa. Este aspecto é um indicativo de que a Revista que ora se apresenta deixa-se traduzir num importante espaço para o debate de idéias de âmbito regional e nacional.

Distribuída para bibliotecas universitárias, institutos de pesquisa e órgãos públicos de todo o País, a Revista da Procuradoria Geral do Município tem procurado fomentar a discussão de matérias que chamam a atenção de toda a sociedade: reformas constitucionais, temas relativos à posição do Município no Federalismo brasileiro e assuntos de cunho acadêmico integram o contexto de publicações que qualificam o periódico.

É justo registrar que esta edição somente se tornou possível mercê de incessante trabalho do Centro de Treinamento e Estudos CETREI/PGM, como também de incondicional apoio do Chefe do Executivo Municipal, sem os quais a satisfação ora desfrutada não poderia ser concreta.

Por derradeiro, vale mencionar que, se para o momento fica o gratificante prazer de sermos presenteados com mais uma Revista Jurídica de excelência, para os próximos anos cresce mais ainda a responsabilidade de continuação de trabalho já sedimentado e respeitado.

Tenho a certeza de que com este número que regulariza sua periodicidade a Revista contará cada vez com colaborações de qualidade, contribuindo, igualmente, para a formação de um centro regional de reflexão jurídica no Estado do Ceará.

Rômulo Guilherme Leitão
Procurador Geral do Município de Fortaleza

Ação Executiva Contra a Fazenda Pública Fundada em Título Executivo Extrajudicial.

José Helvesley Alves
Juiz Federal Substituto
Presidente do Juizado Especial Federal Cível I
(Seção Judiciária do Ceará)

Sumário

Introdução;
1. Posição dos Tribunais;
2. Entendimento Doutrinário;
3. Aspecto Constitucional;
Conclusão;
Bibliografia;

Introdução

O tema em questão foi, durante muito tempo, controvertido, havendo autores a favor e outros contra. Preliminarmente vem, à baila, a pergunta: é isso possível? Poucos autores tiveram o cuidado de enfrentar o problema a fundo. Em seu Curso de Direito Processual Civil, LUÍS ARLINDO nega, categoricamente, a possibilidade de execução contra a FAZENDA PÚBLICA através de título executivo extrajudicial (E. V. EDITORA LTDA., 1996, página 435, 1ª Edição). Sobre isso explanaremos mais adiante.

1. Posição dos Tribunais

Nossa Jurisprudência tem enfrentado o problema da seguinte forma, verbis: "Exigindo prévio processo de conhecimento, a execução contra a FAZENDA PÚBLICA somente pode fundar-se em título judicial. O detentor do título extrajudicial deve propor ação de conhecimento para obtenção do título judicial e posterior execução" (RT 619/120 e JTA 105/32). Neste sentido RTFR 47/387, por maioria anulando a execução fiscal JTA 104/51, Maioria, 112/64.

"O art. 730 do Código de Processo Civil refere-se, apenas, à execução fundada em sentença, movida contra a FAZENDA PÚBLICA, e não à execução fundada em título extrajudicial. Isso porque o art. 100 da Constituição Federal de 1988 só permite a expedição de precatório em razão de sentença judiciária. De outra parte, a Lei 6830, de 22.09.80, regula a

execução proposta pela e não contra a FAZENDA PÚBLICA. Processo que se anula "ab initio", facultando-se ao exequente adaptar a exordial à adequada para a ação ordinária" (RTFR 152/408). "O art. 730 do Código de Processo Civil só tem aplicação no caso de execução contra a FAZENDA PÚBLICA fundada em título judicial, seja, sentença. Na hipótese de execução contra a FAZENDA PÚBLICA fundada em título extrajudicial, como acontece com a execução fiscal, o procedimento pertinente é o relativo à ação ordinária. Isso porque a Constituição Federal de 1988 só prevê a expedição de precatório em se tratando de execução de sentença, conforme se conclui de seu art. 100, caput".

"A execução contra a FAZENDA PÚBLICA somente pode fundar-se em título judicial. O detentor de título extrajudicial deve propor ação de conhecimento para obtenção do título judicial e posterior execução (Ac. Unán. Da 8ª Câm. Do 1º TACivSP, de 24.02.87, no reex. Nec. 365.405, rel. Juiz Raphael Salvador; RT 619/120)".

2. Entendimento Doutrinário

A execução por quantia certa contra a FAZENDA PÚBLICA vem disciplinada nos arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil. Entretanto, tais preceitos normativos devem subordinar-se ao comando do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo determina, verbis: "Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela FAZENDA FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL, em virtude de Sentença Judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

Pelo que temos explanado, o enfoque central do tema abordado é saber da possibilidade de execução contra a FAZENDA PÚBLICA fundada em título executivo extrajudicial. No equacionamento desta árdua questão jurídica, não nos socorre o ordenamento jurídico europeu, principal fonte do direito adjetivo brasileiro. Ocorre que, como bem advertiu o eminente professor GALENO DE LACERDA, nosso ordenamento processual integra os dois grandes sistemas do mundo ocidental, ou seja, o sistema da Europa Continental e o Anglo Saxônico. Seguindo esta linha de raciocínio, afirmou o Des. GALENO, verbis: "Então, o nosso sistema jurídico é superior aos sistemas vigorantes da Europa Continental. Por quê? Porque nosso Judiciário julga dos outros Poderes,

porque esse Código, impropriamente dito de Processo Civil é um instrumento de realização, no Brasil, de todo direito material e de todo direito público, ao passo que os Códigos de Processo Civil Italiano, Alemão, etc., apenas realizam o Direito Privado e, por isso, as considerações teóricas dos grandes processualistas da Itália, da Alemanha, da Espanha e de Portugal possuem esse defeito de ótica. Eles instrumentalizam o Direito Processual na perspectiva de um instrumento de realização do Direito Privado, na sua ótica estreita enxergaram apenas um litígio entre um credor e um devedor, como se o direito se esgotasse nisso. E o Direito de Família? E os valores indisponíveis? E o Direito Público, onde ficam? Nós temos de receber, com muita cautela, os ensinamentos vindos da Europa Continental (Processo Cautelar, in REPRO 44/187)".

Não é outro o ensinamento de UGO ROCCO ao declarar, verbis: "Según lo hemos visto ya, es grande la importancia de los intereses legítimos de los ciudadanos frente a la administración pública, y esta materia está sustraída a los órganos de la jurisdicción ordinaria, por cuanto ellos, salvo raras excepciones no pueden conocer más que en materia de derechos subjetivos, y no en materia de intereses, que normalmente escapan al control de la autoridad judicial ordinaria. De manera que el Consejo de Estado puede ser considerado com un órgano general de jurisdicción en materia de intereses legítimos, quedándole normalmente precluído ex examen de custiones que tengan por objeto derechos subjetivos (in Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Temis/Depalma, Parte General, I/5, 1983)".

Dentro deste campo mais restrito, embora não menos ilustre, há que se distinguir duas correntes principais. Uma, integrada pelos processualistas Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 10/470), Celso Neves (Comentários ao C.P.C. Forense, 7º/196), Araken de Assis (Comentários ao C.P.C. Lejur, 9/489) e Humberto Theodoro Júnior (Processo de Execução, LEUD, página 335) admite a possibilidade de execução contra a FAZENDA PÚBLICA com base em qualquer título executivo, judicial ou não. Estes não abordam a questão Constitucional.

De outro lado, há uma Segunda corrente, integrada por Vicente Greco Filho (in Da execução Contra a Fazenda Pública, Saraiva, 1.986, páginas 57-9) dentre outros que, com base na redação do texto Constitucional, veda a execução contra a FAZENDA PÚBLICA com base em título executivo que não seja o judicial.

Ocorre que o ordenamento jurídico pátrio cerca os entes jurídicos de direito público interno de uma série de garantias, como a necessidade de haver sentença judicial para caber execução contra eles e o duplo grau de jurisdição.

Tal zelo é plenamente justificável quando se observa que o que está em jogo é o dinheiro público, que é sempre objeto de maior resguardo por parte do legislador.

A questão, outrora objeto de inúmeros debates no seio do antigo e extinto, mas sempre Egrégio Tribunal Federal de Recursos, restou pacificada em LEADING CASE do qual foi relator o eminente Ministro Carlos Veloso e que decidiu pela aplicabilidade do art. 730, também, às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, verbis:

I - Da execução contra a Fazenda Pública não cuidou a Lei 6830/80. Aplicabilidade do disposto no art. 730 do CPC.

II - O art. 730, CPC, deverá ser interpretado em harmonia com o art. 117 da Constituição (anterior à de 05.10.88), que estabelece que a execução contra a Fazenda Pública, através de Precatório pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado. Destarte, o art. 730 do CPC há de ser interpretado assim: a) os embargos ali mencionados devem ser tidos como contestação, com incidência da regra do art. 188, do CPC; b) se tais embargos não forem opostos, deverá o juiz proferir sentença, requisitando-se o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal, após o trânsito em julgado da sentença, que estará sujeita, inclusive, ao duplo grau de jurisdição, se proferida contra a União, o Estado e o Município (CPC, art. 475, II)".

Do voto condutor, importante destacar as seguintes passagens:

"Também penso que não há colisão entre o art. 730, do CPC e o art. 117, da Constituição. Haveria, se o referido art. 730, do CPC, submetesse os bens públicos à penhora, ou dispensasse o precatório mencionado no art. 117, da Lei Maior. O que acontece é que o estatuto processual estendeu, no art. 730, o procedimento executório à Fazenda Pública. Fê-lo, entretanto, com as necessárias adequações, pelo que estabeleceu, em verdade, uma execução atípica, em tudo semelhante à ação de conhecimento, porque em tal execução atípica inexistente a característica fundamental da execução forçada, que é a expropriação de bens do executado, consequência da penhora e da arrematação. Certo é, entretanto, que a interpretação do citado art. 730, do CPC, poderá colocá-lo contra a Constituição. A interpretação do art. 730, do CPC, reclama, pois, cautela. Ela deverá harmonizar-se com o art. 117 da Lei Fundamental. Este, conforme vimos, não dispensa sentença. Noutras palavras, a execução contra a Fazenda Pública, através de precatório, é oriunda de sentença judicial, ou o precatório pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado.

do. Isto, aliás, se justifica, tendo em linha de conta a proteção que a Constituição dedica aos dinheiros públicos. Se o título executivo extrajudicial dispensasse a sentença, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, não estaria descartada a possibilidade de conluio entre o administrador corrupto e o administrado, para o fim de obrigar a Fazenda ao pagamento de dívidas duvidosas ou inexistentes".

A unificação da execução, quer para títulos judiciais, como para títulos extrajudiciais, levou a doutrina a entender que as normas dos arts. 730 e 731 do C.P.C se aplicariam na execução contra a FAZENDA PÚBLICA em face de qualquer dos dois tipos de títulos.

Como a Lei 6830/80 não cuidou da execução contra a FAZENDA PÚBLICA, a execução fiscal contra esta deve levar em conta a interpretação do art. 100 da Constituição Federal de 1.988 em conjunto com o art. 730 do C.P.C, seja, os embargos devem ser tidos como contestação.

3.Aspecto Constitucional

VICENTE GRECO FILHO, em seu DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, 3º VOLUME, 9ª EDIÇÃO, 1.995, EDITORA SARAIVA, PÁGINA 95, diz que, todavia, tal entendimento contém equívoco que deve ser desfeito, e continua o renomeado mestre: "O texto Constitucional é claro no sentido de que a disciplina de pagamentos do seu art. 100 refere-se a requisições ou precatórios resultantes de decisões judiciais. Ora, o pagamento de título executivo extrajudicial não decorre de decisão judicial, mas sim da força do próprio título. Ainda que haja embargos do devedor, no caso a Fazenda Pública, não é a sentença dos embargos que se executa, mas sempre o título. Nesses termos, não podia o legislador ordinário (e parece que o não fez) entender tal forma de pagamento, inclusive sob pena de intervenção federal nos Estados e dos Estados nos Municípios, se houver descumprimento da norma financeira da inclusão do orçamento, aos créditos fundados em título extrajudicial. O tratamento constitucional do problema foi coerente, ademais com o regime de reexame obrigatório das sentenças proferidas contra a FAZENDA PÚBLICA (art. 475, III), da tradição do direito brasileiro. Apesar de a obrigatoriedade de confirmação pelo Tribunal ter sido abrandada por lei especial, em causas cujo valor reduzido, ainda é a regra, não se podendo conceber, inclusive em virtude da segurança que devem ter as relações de direito público, que tivesse o Código, contra a Fazenda, equiparado o título judicial ao extrajudicial. Daí a conclusão que parece irrecusável de que a execução contra a Fazenda Pública somente pode fundar-se em título

judicial. O detentor do título extrajudicial, com uma exceção à sistemática geral do Código, mas justificada pela peculiaridade do direito público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção do título judicial. Se a lei, de regra, exige que as próprias decisões judiciais contra a fazenda sejam reexaminadas, obrigatoriamente, pelo Tribunal para terem executoriedade, como admitir que título extrajudicial a tenha quando o mais das vezes ou pelo menos às vezes não tem exame algum do judiciário sobre a integridade e procedência do crédito?"

A jurisprudência dominante é no sentido de aplicar o procedimento previsto no art. 730 do CPC a toda e qualquer execução contra a Fazenda Pública, quer se funde em título judicial ou extrajudicial. Certo é, entretanto, que o art. 730 do CPC deverá ser interpretado em harmonia com o art. 100 da Constituição Federal de 1.988, que estabelece que a execução contra a Fazenda Pública, através de precatório, pressupõe sentença judiciária.

Conclusões

A crítica que se faz é que, dentro do que pensa a atual doutrina contemporânea, o devedor não oferece contrariedade ao título executivo, quando este seja judicial, isto é, não contesta o direito que o gerou; tampouco contesta o direito do credor à sanção, que esse decorre e se contém no próprio título, condição necessária e suficiente à execução. Conquanto na execução fundada em título extrajudicial possa argüir atos ou fatos que importem contestação (Código de Processo Civil, art. 745), é de observar-se que o título encerra a presunção legal de sua exigibilidade e a de conter a sanção.

Não se justifica, portanto, que se defenda no próprio processo de execução, e isso retira aos embargos o caráter de defesa, no sentido técnico, e, assim, o caráter de contestação, isso porque os embargos vêm em autos apartados, apensos ao processo de execução, o qual fica suspenso até o definitivo julgamento daqueles.

Para impedir ou desfazer o processo de execução, livrar-se dele ou destruir ou limitar a eficácia do título executivo, coloca-se o devedor na posição de quem ataca, de quem se opõe, o que vale dizer que age, exerce direito de ação. Com efeito, opondo os embargos, o devedor provoca, mediante processo de conhecimento, uma sentença que impeça o processo de execução ou desfça ou restrinja a eficácia do título executivo. De conseqüente, os embargos têm o caráter de ação pela qual o devedor formula uma pretensão consistente na anulação da execução ou no desfazimento ou restrição da eficácia do título executivo. Trata-se, portanto, de uma ação constitutiva, visto destinar-se à desconstituição da relação processual da execução ou da eficácia do título executivo.

Assim, sendo os embargos do devedor, por natureza, uma ação constitutiva negativa, visto alvejar o desfazimento ou restrição da eficácia do título executivo, não poderia transmudar-se em contestação. Entretanto, a par da polêmica que foi criada e ainda se debatem os estudiosos sobre o assunto, a jurisprudência atual aponta o caminho para a execução contra a FAZENDA PÚBLICA por título executivo extrajudicial, como já retro esposado, da seguinte forma:

Os dispositivos aplicáveis são o art. 730 do C.P.C, em consonância com o art. 100 da CF/88.

A execução, no entanto, se processa de forma atípica, ante a impossibilidade de expropriação dos bens do executado, desenvolvendo-se como se processo de conhecimento fosse, ou seja, os embargos são tidos como contestação aplicando-se, inclusive, o disposto no art. 188 do C.P.C. Se não forem opostos, o juiz proferirá sentença e, só então, requisitará o precatório. Em resumo, a execução poderá ser ajuizada com base em título extrajudicial. A expedição do precatório é que fica condicionada à sentença.

Como a execução fiscal contra a FAZENDA PÚBLICA não foi contemplada pela Lei 6830/80, o procedimento é o mesmo acima referido.

Sobre o tema, o Egrégio STJ vem de editar a súmula nº 279, dirimindo a polêmica, do seguinte teor: "É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública".

Bibliografia

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, México: Ed. Porrúa, 1977, tomo II.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 11ª Edição, 1990, volume 3.
- PASSOS, José Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1974, volume 3.
- FADEL, Sérgio Sahione. O Código de Processo Civil Comentado, Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 4ª Edição, 1971, volume III.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomos X e XII.

A Retenção na Fonte do Imposto de Renda Pelo Município e a Repetição do Indébito.

Agapito Machado Júnior

Procurador Federal

Ex-procurador do Estado do Piauí

Professor Universitário Especialista em Direito Público – Unifor

Especializando MBA em Direito Constitucional - Ucam

Sumário

Introdução.

1. Da relação jurídica definidora da lide.

2. Da relação processual.

Conclusão.

Bibliografia.

Introdução.

O presente estudo tem o escopo de trazer possíveis soluções ao caso concreto que ora se evidenciará, no que se espera a utilização dos princípios e conceitos jurídicos inerentes ao direito tributário e processual civil para se atingir tal mister.

Sabe-se que o Estado Brasileiro adotou a forma federativa de estruturação político-administrativa (art.1º e art.18 da CF/88), de tal forma que se assegurou autonomia político-financeira a cada ente federado, notadamente a atribuição de competências tributárias (poder de instituir e cobrar tributos).

Por conseguinte, sob os auspícios da forma federativa, o constituinte definiu previamente a competência tributária de cada ente político, e no que concerne em específico aos impostos, cada ente político tem sua competência privativa, com as ressalvas concernentes ao poder residual e extraordinário conferido à União pelo art.154 da CF/88.

Restou, portanto, atribuída à União a competência privativa para instituir o Imposto de Renda, conforme se verifica a teor do art.153, III, da CF/88, “*verbis*”:

“art.153 – Compete à União instituir imposto sobre: III – renda e proventos de qualquer natureza”.

Por outro lado, conforme prevista no Título VI do texto constitucional: Da Tributação e do Orçamento, surge na parte da repartição das receitas tributárias, uma espécie de mitigação ao Pacto Federativo uma vez que, a União detém o poder-dever de distribuir parte de suas receitas com os demais entes políticos. Pela essência federativa caberia a princípio a cada ente político instituir suas próprias fontes de receitas, o que revelaria a independência financeira, por sua vez a autonomia política do ente, contudo tal situação não ocorre plenamente aqui.

Veja-se que cultural e historicamente, não se perdeu a idéia de que a União é o ente mais importante da Federação, tanto é assim que lhe foi concedida pelo próprio constituinte maior autonomia em relação aos demais entes políticos, a exemplo, tem-se o instituto da intervenção federal; a competência tributária residual e extraordinária; assim como a já referida repartição de receitas tributárias com preponderância de receita federal a ser compartilhada pelos demais entes da Federação.

Nesse sentir, a repartição das receitas tributárias revela que alguns entes políticos, apesar de instituírem suas próprias fontes de receitas, devem repartir tais parcelas com os demais entes, na busca de melhor distribuição de rendas, o que caracterizaria, por outro lado, uma certa dependência dos últimos em relação aos primeiros, tanto é verdade que o próprio constituinte previu as hipóteses em que haverá a retenção ou não repasse de tais recursos pelos primeiros em detrimento dos últimos.

Diante desse quadro institucional, restou atribuída aos Municípios a receita oriunda do imposto de renda da União relativa aos pagamentos realizados pelos mesmos, a qual será por eles retida na fonte (art.158, I, da CF/88), "verbis":

"art.158 – Pertencem aos Municípios: I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem".

Após as explanações necessárias, apresenta-se o caso objeto deste estudo: o Município ao reter na fonte o imposto de renda referente aos pagamentos dos seus servidores públicos, acaso o faça em excesso (cobrança a maior do IR), deflagraria a possibilidade do servidor prejudicado ingressar com a ação de repetição do indébito (art.165 do CTN). Pergunta-se: em face de quem o servidor ajuizará a presente ação? Qual o juízo competente para processar e julgar a causa?

1. Da relação jurídica definidora da lide.

Sabe-se que a existência do interesse processual pressupõe uma lide, ou seja, a necessidade e utilidade de se buscar a tutela jurisdicional sempre se farão presentes na medida em que haja um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, em que o particular não possa resolvê-lo por suas próprias forças (vedação da justiça privada).

Destarte, a lide resulta de um conflito de interesses, onde a pretensão de uma parte é resistida pela outra, não podendo o conflito ser solucionado sem a necessária intervenção do Estado-Juiz.

Por outro lado, a lide surge diante de uma relação jurídica estabelecida entre as partes conflitantes (fato fundante), ou seja, sem que existisse uma dada relação jurídica ou um vínculo deflagrador de efeitos na ordem jurídica, não haveria que se falar em lide, muito menos em interesse processual.

Outrossim, somente as partes inseridas em determinada relação jurídica podem pedir ou se sujeitar à coisa julgada, daí a existência da legitimidade "ad causam" como condição do exercício do direito de ação.

Pelo que se argumentou, verifica-se que é de salutar importância a satisfação das condições da ação, em especial o interesse de agir e a legitimidade "ad causam" para que se possa solucionar o caso em estudo, pois que só a partir de tal análise se chegará ao pólo passivo da ação, e por conseqüência, ao juízo competente para processar e julgar a presente ação, uma vez que a qualidade da parte, neste caso, poderá definir a competência absoluta do órgão julgador.

Observando-se, pois, o caso concreto, é preciso inicialmente identificar qual a relação jurídica existente (fato fundante), e entre quais partes ela se forma (legitimidade *ad causam*).

Sabe-se que houve uma retenção na fonte a maior do imposto de renda de determinado servidor municipal (fato ilícito), o que motiva o mesmo a ajuizar a necessária ação de repetição do indébito, ou seja, busca-se obter a restituição do valor de tributo pago em excesso (tutela jurisdicional: obrigação de dar - restituir).

Por conseguinte, é importante determinar que o pagamento indevido foi relacionado a tributo (imposto de renda), daí saber-se que a repetição trata de um indébito tributário, e não de um indébito civil *stricto sensu*, conforme art.165 do CTN, "verbis":

"art.165 – O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do

seu pagamento, ressalvado o disposto no §4º do artigo 162, nos seguintes casos: I – cobrança ou pagamento espontâneo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido”.

Desta forma, inevitável é reconhecer que a relação jurídica (lide) estabelecida em razão do pagamento indevido do tributo só poderá ser tributária, e esta por sua vez, necessariamente estabelecida entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da obrigação tributária. Aliás, a melhor doutrina define a obrigação tributária da seguinte forma:

“É a relação jurídica que tem por objeto uma prestação, positiva ou negativa, prevista na legislação tributária, a cargo de um particular e a favor do Estado, traduzida em pagar tributo ou penalidade ou em fazer alguma coisa no interesse do Fisco ou ainda em abster-se de praticar determinado ato, nos termos da lei” (BORBA, Cláudio. Direito Tributário, 7ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p.186).

Tem-se, pois que no presente caso há uma relação jurídica tributária estabelecida entre o sujeito passivo, que no caso, não resta dúvida seja ele o servidor municipal, pois foi quem ficou obrigado por lei a prestar o crédito (tributo), em específico o imposto de renda, assim conforme resulta da própria definição legal, “*verbis*”:

“art.121 do CTN – Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária”.

Sabe-se, até aqui, que o servidor (sujeito passivo da obrigação tributária) ao pagar na fonte indevidamente (em excesso) o tributo, buscará uma restituição (interesse – pretensão). Sabendo-se que para tanto deverá ajuizar uma ação de repetição do indébito (art.165 do CTN), quem deverá figurar no pólo passivo da possível ação?

Para se chegar ao pólo passivo da ação de repetição do indébito, deve-se antes perquirir acerca de quem integrou a relação jurídica deflagrada da lide, a saber, a relação jurídico-tributária. Busca-se, pois, o sujeito ativo da obrigação tributária, ou seja, aquele que pela Constituição e pela lei tem o poder de exigir o tributo do servidor público.

Conforme já se verificou anteriormente o imposto de renda é da

competência da União (art.153, III, da CF/88), entretanto, o próprio constituinte assegurou aos Municípios o produto resultante (receita) do imposto de renda retido na fonte pelos pagamentos por eles realizados (art.158, I, da CF/88). Em resumo, quem reteve o tributo a maior (indevidamente) no caso de que se cuida foi o Município, mas o imposto é da União.

A solução para se saber em face de quem o servidor deverá ajuizar a ação de repetição do indébito resulta da interpretação sistemática das normas, mais precisamente, de identificar quem integra a lide juntamente com o servidor.

No presente caso a lide decorre de uma relação tributária travada entre o sujeito passivo (servidor municipal) e o sujeito ativo da obrigação tributária, este, por definição legal vem a ser, “*verbis*”:

“art.119 do CTN – Sujeito ativo da obrigação tributária é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”

Por sua vez, a competência tributária engloba não só o poder de instituir mediante lei, o tributo, mas também o poder de cobrá-lo (fiscalização e arrecadação), “*verbis*”:

“Pela atribuição de competência divide-se o próprio poder de instituir e cobrar tributos”. (BORBA, Cláudio in “Direito Tributário”, Impetus, 7ª edição, p.49).

A Constituição atribuiu a competência tributária do imposto de renda à União, portanto, cabe somente a ela legislar sobre o mesmo, bem como, proceder à fiscalização e à exigência do mesmo em face do sujeito passivo. Conclui-se ser a União o sujeito ativo da relação tributária “*in casu*”, e não o Município que é mero agente arrecadador do mesmo.

Em verdade, constituinte no art.158, I, apenas atribuiu aos Municípios o produto da arrecadação do imposto de renda (a receita), incidente na fonte dos pagamentos por eles realizados, e não a competência tributária (o tributo), pois esta é indelegável conforme resulta do art.7º do CTN. Tal norma constitucional é de natureza financeira, pois trata da repartição das receitas tributárias, não é de natureza tributária. Não se pode, em momento algum, imaginar que houve uma delegação da competência tributária para os Municípios.

A regra constitucional que atribui tal receita aos Municípios preza justamente por amenizar a dependência financeira que poderia surgir se os beneficiários

dependessem sempre de um ato administrativo federal para ter acesso aos referidos recursos financeiros. Aliás, evita-se ainda a burocracia e perda de tempo em a União arrecadar tais receitas, praticando gastos para tanto mas sem embolsá-las em definitivo, tendo ao final, que repassá-las aos Municípios. Seria um contra-senso.

De fato, o Município, no presente caso, não é o sujeito ativo, pois quem legisla, fiscaliza e tem o poder de exigir o tributo é a União, tanto é assim que, mesmo que não tivesse acontecido a retenção na fonte do IR do servidor por parte do Município, caberia à União exigí-lo por ocasião do ajuste anual, momento em que o servidor teria que pagar o tributo devido. Sempre haverá o ajuste anual (fiscalização e exigência) feito pela União, havendo ou não a retenção na fonte por parte do Município (ente pagador), razão pela qual a mesma, em momento algum deixou de ser o sujeito ativo da obrigação tributária, sendo inclusive a titular do direito de constituição do crédito tributário, bem como, a parte legítima para figurar no pólo ativo da execução fiscal relativa ao imposto de renda.

Esclareça-se, por outro lado, que o Município não seria o sujeito passivo (até por que este, como se viu, é o servidor municipal) uma vez que, mesmo nos casos em que não se proceda à retenção na fonte, não estará sujeito a pagar tributo ou multa, mesmo por que, em face da imunidade recíproca isto seria impossível (art.150, VI, "a", da CF/88), e ademais, tal receita a ele pertence.

O Município, "in casu", é verdadeiro agente arrecadador de receita que lhe pertence por força constitucional. Não chega a ser um mero agente arrecadador como são as instituições privadas (bancos), uma vez que estas não arrecadam receita própria, mas em verdade o constituinte atribuiu este poder-dever aos Municípios que consiste em reter na fonte a receita que lhe pertence por direito.

O Município assume uma posição "sui generis" na presente situação, pois também não recebeu por delegação constitucional a capacidade tributária consistente no poder de arrecadar e fiscalizar tributos, inclusive com prerrogativas de ajuizar execução fiscal, como se dá, por exemplo, com o INSS em relação às contribuições para seguridade social.

Veja que a capacidade tributária não foi delegada aos Municípios "in casu", pois tal delegação pressupõe o poder de exigir o tributo, inclusive ajuizando a execução fiscal, o que se fosse o caso, teria tal delegação retirado o ônus de executar do ente que fez a delegação (União), pois o ente delegado passaria a ser o sujeito ativo da obrigação tributária, o que definitivamente não ocorre aqui, "verbis":

"art.7º do CTN – A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do §3º do artigo 18 da Constituição.

§1º - A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir".

A atividade desenvolvida pelo Município neste caso é de otimização na arrecadação do imposto de renda, em específico no caso em que for fonte pagadora, para se evitar, além da sonegação, o contra-senso e a maior dependência por parte dele, de esperar que a União arrecade tais parcelas do imposto de renda, para somente após repassá-las ao Município, como acontece nas parcelas do mesmo imposto referente ao Fundo de Participação dos Municípios (art.159, "b", da CF/88). Importante é ressaltar que a dependência dos Municípios em relação à União surge na medida em que o próprio constituinte definiu as hipóteses em que poderá haver a retenção ou o não repasse das receitas tributárias por parte da União em detrimento da autonomia dos Municípios, a teor dos seguintes preceitos, "verbis":

"art.160 – É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único – A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias".

"art.167 – São vedados: IV – a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts.158 e 159, a destinação de recursos para ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts.198, §2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art.165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo".

"§4º - É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts.155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts.157, 158 e 159, I, a e b, e II, para prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta".

2. Da Relação Processual.

Consoante restou demonstrado, a lide decorre da relação tributária travada entre o servidor (sujeito passivo) e a União (sujeito ativo), por sua vez, a ação de repetição do indébito tributário ajuizada pelo servidor municipal deve se dar em face da União, pois só a mesma é detentora da legitimidade *ad causam* de resistência da pretensão do autor.

Por conseqüência, em razão do notório interesse da União em figurar no pólo passivo da demanda, tem-se por competente a Justiça Federal pra processar e julgar o feito (art.109, I, da CF/88), e não a Justiça Estadual.

A tese ora sustentada é a que melhor se coaduna com os institutos processuais e tributários, "verbis":

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. SERVIDOR ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Não tendo havido retenção na fonte, do imposto de renda discutido, tem-se como competente a Justiça Federal, para processar e julgar a presente lide, mormente quando as parcelas, cuja restituição é pedida, foram arrecadadas pela União, o que faz surgir o interesse deste ente na causa.

2. Precedentes jurisprudenciais deste tribunal, nos quais se afirma que, ainda quando se cuide de recolhimento na fonte, a competência seria, mesmo assim, da Justiça Federal, agravo provido. Competência da Justiça Comum Federal para decidir a lide.

(AG 0537045-3 / PE. Decisão unânime da 3ª turma do TRF da 5ª Região. Relator Juiz Geraldo Apoliano. DJ de 06/11/00, p.286). (negrito nosso)

No mesmo sentido:

"Tributário. Imposto de Renda retido na fonte. O imposto de renda é tributo federal, instituído pela União, de modo que, ao descontá-lo na fonte da remuneração dos seus servidores, o Município está subordinado ao que dispõe a legislação própria de natureza federal; pouco importa que o produto da arrecadação dessa parcela do tributo pertença ao próprio Município (CF, art.157, I), por que esse dispositivo nada tem haver com a relação tributária, encerrando normas de direito financeiro..." (STJ 2ª Turma, AgRg em AG 136.969/MG, relator Min. Ari Pargendler, maio/1997).

Destarte, "*data maxima venia*", equivocada é a posição adotada pela maioria dos tribunais pátrios, o que inclui inclusive o próprio STJ, no sentido de que

a ação deverá ser em face do Município, na Justiça Estadual, como se o tributo fosse municipal, ou mesmo tivesse havido delegação de capacidade tributária ao mesmo, "verbis":

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA - NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA: SÚMULA N. 136 DO STJ.

1. É competente para responder pela ação que cobra o imposto contrariamente à súmula, o agente pagador quando Estado, porque arrecada como substituto a receita do imposto federal que lhe pertence por disposição constitucional - Competência da Justiça Estadual.

2. Legalidade da decisão discutida em nível do CTN e das leis do Imposto de Renda quando da elaboração da súmula.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para esclarecer a questão da competência, sem efeito modificativo.

(EDRESP 266092/MG. Decisão unânime da 2ª turma do STJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ de 09/04/2001, p.00342).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE PELOS MUNICÍPIOS DE SEUS SERVIDORES. É da competência da Justiça Estadual processar e conhecer demanda contra a retenção do imposto de renda, no pagamento de vencimento do servidor público estadual e municipal, haja vista que a teor do art.157, I, da CF, que tal tributo é arrecadado e se incorpora ao patrimônio dos Estados e dos Municípios, conforme o caso. (...) (STJ, 1ª Turma. ARAI 153.194/MG, Rel. Min. Delgado. DJU de 04.05.98, p.96).

Nesse sentido segue também remansosa a jurisprudência das cortes estaduais:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE POR ESTADO FEDERADO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL (CF ART. 157, I).

I - A teor do art. 157, I, da Constituição Federal, o Imposto de Renda retido na fonte é tributo estadual. Assim, o agente estadual, quando efetua a retenção, age no exercício de competência própria - não, delegada.

II - Compete à Justiça Estadual conhecer de Mandado de Segurança impetrado

contra retenção de imposto de renda, no pagamento de vencimentos de servidor público estadual.

(ROMS 10044/RJ. Decisão unânime da 1ª Turma do STJ. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. No DJ de 17/04/00).

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE PELA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL (ART.157, I, CF) – FÉRIAS-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDAS – CONVERSÃO EM ESPÉCIE POR OCASIÃO DA APOSENTADORIA – INDEVIDA RETENÇÃO DE IR NA FONTE – Presunção de que a administração necessitou dos serviços do funcionário no período destinado ao seu descanso remunerado. Pagamento correspondente. Indenização. Matéria, ademais, regulada no art.31, II, da constituição do estado. (TJMG – AC 000.176.505-6/00 – 3ª C.Civ. – Rel. Des. Aloysio Nogueira – DJ 23.11.00).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – FÉRIAS-PRÊMIO CONVERTIDAS EM ESPÉCIE – APOSENTADORIA – IMPOSTO DE RENDA – NÃO-INCIDÊNCIA – RETENÇÃO NA FONTE – LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE ESTADUAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – REEXAME NECESSÁRIO – SENTENÇA CONFIRMADA – É competente a justiça estadual para dirimir conflito entre a Administração Pública Estadual e seu servidor acerca de retenção de Imposto de Renda na fonte. A conversão em espécie de férias-prêmio não gozadas possui caráter indenizatório, ainda que tal se dê por opção do servidor, ou pela superveniência da aposentadoria e, como tal, não se sujeita ao tributo. Sentença mantida, em reexame necessário. (TJMG – AC 000.203.143-3/00 – 5ª C.Civ. – Rel. Des. José Francisco Bueno – DJ 01.02.01).

Conclusões

Apesar de haver grande tendência dos tribunais pátrios em considerar que cabe a ação de repetição do indébito contra o próprio agente arrecadador, o Município, e na Justiça Estadual, ainda assim o entendimento mais acertado e coerente com a sistemática tributária e processual é o de que a ação deverá ser ajuizada em face da União, na Justiça Federal.

Repita-se: a relação jurídica deflagrada da lide é travada entre a União e o servidor municipal, ademais, a cobrança antecipada por parte do Município

como mero agente arrecadador, o que, como se viu, não implica em delegação constitucional de capacidade tributária da União. Implica em dizer que a autoridade municipal responsável pela retenção indevida do IR na fonte atua, ao cumprir a lei do imposto de renda, em verdade como se agente federal fosse, ou seja, se for ajuizado mandado de segurança contra ela (autoridade), estará na condição de autoridade federal, sendo competente a Justiça Federal para processar e julgar também tal demanda. Esta é a melhor forma de se conciliarem os institutos jurídicos.

Tal situação não é estranha ao constituinte, uma vez que em outro momento, coube ao juiz estadual julgar determinados feitos afetos à Justiça Federal (art.109, §3º, da CF/88), mas o recurso contra tal decisão caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal (§4º do mesmo artigo), o que demonstra que o juiz estadual atua, neste caso, como se juiz federal fosse.

Bibliografia

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

BRASIL. Código Tributário Nacional. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 29 ed. - São Paulo: Saraiva, 2000.

BORBA, Cláudio. Direito Tributário. 7ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

Hyperlink: www.stj.gov.br em 07 de maio de 2003.

Hyperlink: www.trf5.gov.br em 07 de maio de 2003

Hyperlink: www.tjmg.gov.br em 07 de maio de 2003.

Concepção Regulatória do Estado

Patrícia Marla Farias Lima Machado
Especialista em Processo - UFPI
Pós Graduada pela Escola Superior de
Magistratura do Piauí em Direito
Advogada

Sumário

- Introdução
- 1. A Nova Concepção Estatal
- 2. Desestatização
- 3. Concessionárias
- 4. Agências
- 4.1. Agências Reguladoras
- 5. Outros Aspectos da Reforma
- Conclusão
- Bibliografia.

Introdução

O estudo vislumbra a transição da estrutura Estatal com fundamento econômico e jurídico, sendo a evolução dos modelos Estado Liberal e Estado Intervencionista o parâmetro formador do Estado Regulador.

Para tanto, enfocam-se, sucintamente, os instrumentos que têm proporcionado, de forma conjunta, essa reforma administrativa e sócio-político como a publicização, organizações sociais, contrato de gestão, agências executivas e em destaque agências reguladoras e concessionárias e a desestatização.

1. A Nova Concepção Estatal

O Estado é um conjunto organizacional da sociedade composto por diversos campos: jurídico-administrativo, econômico-financeiro, político-social. Esses campos são interligados e, quando um é alterado, todos os demais também o são, pois formam a própria estrutura do Estado.

Atualmente não só o Brasil, como outros países do mundo, tem se encontrado em um período de transição do modelo estatal. Nós estamos saindo do modelo intervencionista, protetor, em direção a um modelo neoliberal, menos centralizador. Essa mudança, na qual as atribuições estatais passam para o acesso do particular ficando o Estado com menor teor de encargos sobremaneira

no campo econômico-financeiro, tem ocorrido pelo surgimento do denominado Estado Regulador. Acredita-se ser um novo modelo de Estado que se equilibra entre os modelos intervencionista (comum no regime militar) e liberal.

O Estado Regulador se caracteriza primeiramente pela flexibilização da economia através da **desestatização**, marcada pelo objetivo inicial o qual promoveu esse modelo de Estado: diminuir os seus encargos assumidos pelo Estado Intervencionista _ que foram tantos que impediam o desenvolvimento do país, pois o Estado sozinho já não mais suportava.. E como já foi dito antes, em consequência, alteram-se os outros campos estruturais do Estado. Portanto há repercussão jurídico-administrativa, a qual se reflete no direito público, principalmente, nos ramos do direito econômico, administrativo e constitucional, existindo outros aspectos da reforma administrativa, além da desestatização, os quais serão enunciados mais adiante.

2. Desestatização

Desde o surgimento do Estado de Direito, reflexo de todo um movimento histórico-social que repercutiu em acontecimentos como a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, que o poder político restaria submetido à norma jurídica(lei), no que se garantiu aos cidadãos (sociedade) as liberdades públicas, que representavam o limite material à ação do Estado na liberdade individual. Sendo que se ofereciam apenas limites de proteção para sociedade contra as imposições estatais, ou seja, o Estado apenas "não agia" contra o cidadão, mas não lhe oferecia nenhuma atividade positiva em favor (Estado Liberal).

A seguir, surge o Estado Social (Welfare State), após deflagração de duas Guerras Mundiais. A população, como um todo, suportou uma extrema necessidade de amparo, de subsistência, razão que levou o Estado a passar a fazer algo em proveito da mesma, não bastando apenas o respeito aos limites individuais (liberdades públicas - liberalismo). Deram-se assim por existentes os direitos sociais, que exigem uma ação positiva do Estado em favor dos cidadãos, prestando-se serviços públicos como assistência social, previdência, saúde, lazer, educação, oferecimento de emprego etc, o que culminou na situação atual de "quebra" financeira do Estado dada a insuficiência de recursos para custear tantos serviços. Nesta época, o Estado atuava ainda intervindo na economia, visando a restringir a ampla liberdade inerente ao capitalismo, mantendo-se a livre iniciativa, mas se respeitando a livre concorrência e a não dominação dos mercados.

Seguindo-se essa linha evolutiva, o Brasil tinha como estrutura estatal o Modelo Intervencionista, no qual o Estado interfere no domínio econômico.

Assim em todas atividades tidas como de setores chaves da vida econômica, admite-se a intervenção estatal.

Ocorre que, em virtude da interação de problemas sociais dentre os quais a sobrecarga do modelo econômico estatal (Estado Social - Welfare State), assim como, dada a Globalização e a influência constante dos modelos econômicos impostos pelos grandes países capitalistas (Grupo dos Sete), deu-se que o modelo do Estado Brasileiro vem sofrendo fortes alterações transmutando-se em Estado Neoliberal, numa proposta de se retornar ao conceito de Estado Liberal, onde o mesmo tiraria de suas atribuições a satisfação das necessidades sociais, passando para o poder privado tais incumbências. Eis a desestatização.

A desestatização é um fenômeno econômico, social, político e jurídico reflexo de uma postura neoliberal de economia, deflagrada pela Globalização. Pode se apresentar segundo diversas modalidades:

*concessão, permissão, autorização e terceirização, caracterizadas por serem formas indiretas de prestação de serviços públicos, exercidas por particulares mediante delegação pelo Estado;

*privatização, caracterizada pelo total afastamento do Estado para a prestação de certos serviços, não restando, portanto nenhuma responsabilidade, seja subsidiária ou residual, para o Estado.

Portanto, utilizar o termo "privatização" como um termo geral, que designe todo o processo de retirada do Estado da prestação de serviços e obras públicas, não é o mais adequado. O mais indicado seria chamar este processo de "desestatização", que engloba todas as modalidades.

E no Brasil adotou-se o modelo onde o Estado busca se desvencilhar da prestação de serviços sociais, passando tais atribuições para empresas particulares mediante contrato ou ato administrativo bilateral, a saber: **concessões, permissões, autorizações e a terceirização**, ou seja forma indireta de prestação de serviços. Ressalte-se que a titularidade do serviço permanece no poder estatal, mas a execução do mesmo passa para responsabilidade do particular, o qual deverá respeitar normas de direito público para o fiel desempenho de seu mister.

Pois, como afirma o especialista em Direito Mercantil e Internacional, Dr. Coimbra:

No Brasil, face à escassez de disponibilização de recursos do Estado para financiar o desenvolvimento, surgiram várias teorias econômicas que

visavam suprir esta lacuna. Entre elas, as mais famosas foram as teorias de Mário Henrique Simonsen, que sugeria uma abrangente privatização. Outra surgiu da equipe de economistas, com ênfase para aqueles egressos da PUC do Rio de Janeiro, formada por Edmar Bacha, Pêrsio Arida e André Lara Rezende, que sugeriam uma privatização na margem, abrindo o mercado para que houvessem empresas públicas e privadas concorrendo entre si.

Uma terceira teoria surgiu com o professor Ignácio Rangel, que sugeria uma concessão dos serviços públicos, ao contrário da privatização, pois a regulação do setor ficaria nas mãos do Estado." (Grifei). (COIMBRA, Marcos Chalegre. *O Estado Regulador*, Jus Navigandi, Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto de 2001.)

Dentre as teorias citadas temos uma aplicação da terceira, a qual é base para o Estado Regulador. E são os principais instrumentos desse modelo estatal as 'concessionárias' e as 'agências reguladoras'.

3. Concessionárias

A desestatização através da concessão engloba cerca de 80% das atividades das agências reguladoras. Nesta, o Estado permanece titular do serviço, mas transfere a execução. Delega à iniciativa privada a execução dos serviços.

O viés de direito público está consolidado na sua realização, que é somente feita via licitação... Atuam como uma "longa-manus" do poder estatal. A responsabilidade constitucional da prestação destes serviços concedidos, na maioria das vezes, continua com o Estado, portanto, ele está simplesmente delegando a execução para a iniciativa privada, visto que continua a ser definido por lei como um serviço público. (COIMBRA, Marcos Chalegre. *Direito Regulatório*, Jus Navigandi, Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto)

A concessão ainda se divide em dois tipos:

- a. translativa: o Estado transfere, para que o concessionário exerça em seu lugar poderes e deveres inalterados. Este atua como se fosse o Estado. É o caso dos serviços de energia elétrica delegados.
- b. constitutiva: O Estado transfere para o concessionário a capacidade de explorar ou utilizar um bem público, entretanto, os atribui em qualidade inferior e em quantidade menor do que os tem. É o caso de explora-

ção de jazidas minerais ou de petróleo (COIMBRA, Marcos Chalegre. *Agências Reguladoras*, Jus Navigandi, Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto). (grifo nosso)

É a concessão, forma de descentralização estatal, isto é, método de distribuição de execuções de atividades administrativas, através de delegação.

4. Agências

A terminologia 'agências' surgiu com direito norte-americano. Nos EUA, elas têm sofrido um descrédito, mas o modelo implantado no Brasil baseia-se no momento de auge dessas 'agências'.

No Brasil elas são de duas ordens:

a) executivas, são exemplo de órgãos, autarquias ou fundações as quais celebram contrato de gestão com o Ministério encarregado de fiscalizá-la, visando demonstrar a melhoria da eficiência e redução de custos, baseado em um plano de reestruturação institucional. E tal qualificação perdurará apenas enquanto atendidos os requisitos - Decreto nº 2.487 e 2.488/98;

b) reguladoras, podem ser ou entidades da Administração Indireta, bem como órgãos da Administração Direta. Tem função fiscalizadora do desempenho de entidades que desenvolvem serviços públicos (concessionárias, permissionárias e autorizadas), a qual tem maior eficácia com a agregação de sua função destaque de regular matérias e por vezes, também desempenha a arbitragem e mediação.

4.1. Agências Reguladoras

Então temos recentemente no Brasil o surgimento dessas agências, as quais, como já se evidenciou, são o instrumento principal do denominado Estado Regulador. Mas têm como fundamento legal tais agências a aplicação de normas já existentes no Direito brasileiro como os artigos 21, XI e XII c/c 177, da CF/88.

Note-se que ainda é encontrado o vocábulo 'órgão' no entanto, não necessariamente pertencem essas à Administração Direta, podem também compor a Administração Indireta como por exemplo, autarquias.

Apesar de não existir um padrão pré determinado pela legislação, elas têm aderido ao mesmo padrão. Quanto a estrutura, apresentam-se em forma de autarquias. Quanto às suas competências demonstram inovação pela ampliação do poder de polícia (CTN, artigo 78), referente à fiscalização direta das concessionárias, função anteriormente desempenhada, no âmbito federal, uni-

camente pelos Ministérios, distinguindo-se quase sempre apenas pela adaptação ao objeto de atuação das concessionárias, isto é, atuam de acordo com a especialização de setores, modelo multisetorial, sendo comum no âmbito estadual o modelo unisetorial. E também a possibilidade de expedição de normas para regular a prestação de serviços pelos particulares, sendo outra exceção ao exercício do poder regulamentar (artigo 84, IV, CF/88), o qual tem sido criticado por várias vezes extravasar os limites legais ou mesmo por cuidar de assuntos não previstos em lei.

Pois, como se viu, não se reconhece há validade em nosso ordenamento jurídico aos atos administrativos normativos que não decorram de lei, uma vez que a Administração Pública só detém poder de atuação diante daquela (Princípio da Legalidade - art.37 da CF/88), bem como, só se pode limitar condutas de particulares através de lei (art. 5, II, da CF/88).

Tem-se reconhecido ainda nesse padrão características como as seguintes: composta de um órgão de deliberações colegiado com mandato fixo, autonomia intensificada, inclusive possuindo verbas próprias e independência em relação ao Poder Executivo.

5. Outros Aspectos da Reforma

A transição que ocorre no Estado Brasileiro é uma reestruturação que soma, traz institutos estrangeiros e adapta à realidade jurídica brasileira pré-determinada. Acontece uma reforma, uma modernização do já existente.

A reforma administrativa por que passa o Estado Brasileiro busca torná-lo mais eficiente e eficaz; reduzir os encargos; simplificar legislações administrativas; dar agilidade nas execuções de suas funções; oferecer serviços com mais qualidade e objetividade; reduzir disfunções operacionais; incentivar a participação do cidadão e da sociedade civil como um todo; otimizar resultados da ação social em geral; atuar de forma estratégica e gerencial; reduzir o âmbito de sua atuação.

Assim, se tem instalado um Estado Regulador cujos mecanismos de atuação são além da desestatização através de concessionárias e a ênfase do poder de polícia e do poder regulamentar através e das agências reguladoras, outros como: publicização, organizações sociais, agências executivas, contrato de gestão.

Então, o modelo estatal regulatório tem sido viabilizado, no Brasil, pela combinação de diversos aspectos e institutos reformadores, dentre eles:

*a desburocratização - visa a simplificação e flexibilização da legislação administrativa, sendo um exemplo a implantação do contrato de gestão, previsto no artigo 37§8º da CF/88, como instrumento gerencial, ou

seja, de facilitação e otimização de resultados, uma vez que direciona ações, ditas estratégicas daquelas que contratam com o Estado, sejam as agências executivas ou as organizações sociais, ambas incorporadas ao nosso Ordenamento Jurídico com a ECnº19/98 e supervisionadas e reguladas pelo Estado;

*publicização - instituto que tem por motivo a transferência da produção de serviços não exclusivos ou competitivos do Estado em um sistema de parcerias ao terceiro setor (setor público não estatal), como forma de tornar tal setor mais competitivo assim como promover a diminuição da dimensão da máquina estatal, reservando-se a condição apenas de provedor e regulador desse setor.

À primeira análise soa como impróprio o termo publicização, o qual foi empregado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, no entanto nota-se ser cabível uma vez que essa parceria, a qual se dá através do contrato de gestão, ocorre com as denominadas organizações sociais, tendo por consequência o reconhecimento do desenvolvimento do papel público por essas instituições privadas.

Conclusões

O Estado da República Federativa do Brasil passa por um período de reestruturação, no qual se tem implantado o modelo regulatório, um Estado Mínimo, mas não quanto o Estado Liberal, encontrando-se em um equilíbrio entre este e o Estado Intervencionista.

São identificados como aspectos fundantes desse modelo estatal a desestatização, a desburocratização, a denominada publicização. Sendo os mecanismos de atuação que se sobressaem: concessionárias, agências reguladoras, agências executivas, contrato de gestão e organizações sociais.

O ordenamento jurídico pátrio, já permitia a implantação de muitos aspectos dos mecanismos de atuação do Estado Regulador, o que se demonstrou ao longo do presente estudo, inclusive já era disciplinada e posta em prática a delegação de serviços públicos por concessão (concessionárias).

O contrato de gestão, que passou a suscitar mais efeitos práticos após a inovação, trazida com a Emenda Constitucional nº19/98, da implantação das agências executivas e organizações sociais; por já existirem entidades da administração com autonomia (autarquias), outras que desempenhavam o papel de fiscalização (ministérios), tendo-se nesse modelo de Estado que se propõe a soma desses aspectos, juntamente a outros caracterizando as agências reguladoras;

Acontece que essa reforma tem influência tanto européia como norte americana, nos colocando atualizados com as transformações mundiais, mas os reflexos estrangeiros precisam **ainda ser melhor adaptados à nossa conjuntura constitucional**, para que tais inovações não provoquem nítidos descompassos, como é o caso da aplicação exacerbada na ampliação dos poderes de polícia e regulamentar na atuação das agências reguladoras.

No mais, resta-nos lembrar que essa transição vivenciada pela inserção da concepção estatal regulatória aparece ao Estado Brasileiro, somente, como uma Reforma Administrativa, uma Reestruturação do Estado e não o surgimento total de Novo Ordenamento Jurídico, portanto, há de respeitar os ditames já determinados pela Ordem Constitucional vigente.

Bibliografia

- BRASIL: Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Código Tributário Nacional. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 29 ed. - São Paulo: Saraiva, 2000.
- COIMBRA, Marcos Chalegre. O Estado Regulador, [hiperlink: www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto de 2001.
- Direito Regulatório, [hiperlink: www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto de 2001.
- Agências Reguladoras, [hiperlink: www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br), Texto elaborado em maio de 2000 Brasília e capturado em agosto de 2001.
- CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueredo. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. rev., atual. e aum. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Reforma do Estado e Organizações Sociais. Revista Tribunal de Contas de Minas Gerais- R. TCMG, Belo Horizonte, v.29, nº4, p. 41-99, out./dez. 1998.

Obstáculos Epistemológicos

Carlos Augusto Medeiros de Andrade

Defensor Público

Mestrando em Direito Constitucional

Sumário

Introdução

1. Colocação do Problema

2. Exposição do Tema

2.1. Noção

2.2. Obstáculos Epistemológicos na Teoria de Bachelard

2.3. "Teoria dos Ídolos" de Bacon

Conclusões

Bibliografia

Introdução

A humanidade, em sua evolução, ou melhor, no desenvolvimento histórico do conhecimento científico, quando se depara com algo que não pode resolver de imediato, que toma conhecimento de problemas que podem levá-la a conclusões equivocadas, afastando de um entendimento mais adequado, trazendo como consequência estagnação, inércia ou até mesmo regressão, está diante do que Gaston Bachelard, filósofo francês, chamou de "Obstáculos Epistemológicos".

Com o presente trabalho, pretende-se examinar o que estes obstáculos representam e qual sua importância para a ciência. E dentro desta idéia, analisaremos também a "Teoria dos Ídolos" de Francis Bacon, que de maneira interessante, formulou estudos acerca de um dos obstáculos epistemológicos: a idolatria.

Vale salientar que o presente estudo destina-se principalmente àquele estudante que está iniciando o estudo em epistemologia e que para a formulação do mesmo, foi necessário transpor o primeiro obstáculo epistemológico que surgiu: a insipiência.

1. Colocação do Problema

A escolha do tema "Obstáculos Epistemológicos" se deu, tendo em vista a sua fundamental importância para o estudo científico. E isto se observa prin-

principalmente no que diz respeito ao cientista iniciante, na "experiência primeira", como poderemos ver.

A ciência, para ser estudada, deve ser analisada de maneira multilateral, pois, do contrário, o homem poderá deparar-se com certos óbices que certamente o encaminhará a conclusões que não coadunam com a verdade, podendo representar um atraso para o conhecimento como um todo.

2. Exposição do Tema

2.1. Noção

Para chegar-se à noção do que são obstáculos epistemológicos, necessário faz-se primeiro estudar-se separadamente os termos, observando suas possíveis implicações com outro(s) conceito(s).

Obstáculo, no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano, significa "O limite de uma atividade¹." No Dicionário Aurélio tem-se como sinônimo de "embaraço, impedimento, estorvo, empecilho, barreira²." E a importância deste termo utilizado por Gaston Bachelard está no dinamismo, na idéia de movimento que a palavra representa, em que se tem que algo precisa ser transposto, precisa ser superado, demonstrando que o ambiente das idéias não é estático, inerte, mas sim, dotado de imensa agitação.

O obstáculo é epistemológico, ou "de epistemologia", para facilitar o raciocínio que se quer desenvolver. Sobre o termo epistemologia poderíamos escrever muito, pois apesar do estudo deste tema ser ainda novo no meio acadêmico, já há muita produção. Como refere o autor Hilton Japiassu:

"Essencialmente, a epistemologia é o estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências. Semelhante estudo tem por objetivo determinar a origem lógica (não psicológica) das ciências, seu valor e seu alcance objetivos³."

Sem nos alongarmos em outros termos referidos, para não fugirmos do foco do presente assunto, o enunciado de epistemologia trouxe à baila outro importante conceito, necessário para o conhecimento e que será tratado em outros momentos deste trabalho: o de ciência, e, para sabermos o que ela re-

1 - Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coordenada e rev. por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 696.

2 - Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira S/A, 1988, p. 461.

3 - Hilton Japiassu. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1979, p. 25.

presenta, novamente buscamos o auxílio de Nicola Abbagnano, em que ciência é "Um conhecimento que inclua, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade⁴."; e ainda no Dicionário Aurélio:

"S.f. 1. Conhecimento(3). 2. Saber que se adquire pela leitura e meditação; instrução, erudição, sabedoria. 3. Conj. organizado de conhecimentos relativos a um determinado objeto, especialmente os obtidos mediante a observação, experiência dos fatos e método próprio.(...)"⁵

Sobre o tema ciência, Urbano Zilles, comentando sobre o "mito da caverna" de Platão, escreve que "No campo da ciência (epistême), a passagem da visão das estátuas para a visão dos objetos verdadeiros representa a ciência intermediária (dianóia) e a inteligência (noésis)⁶." E ainda, "construir o conhecimento é uma conjugação de intelecto e emoção, de razão e vontade. A ciência (epistême) é fruto da inteligência e do amor⁷."

Como se vê, várias são as definições em diferentes conotações sobre ciência apresentadas, embora seja importante para o nosso estudo, entendermos ciência também como um conjunto de teorias, em que estas representam hipóteses, conjecturas sujeitas a refutações, como se pode notar na obra de Karl R. Popper.

Bem, já foi visto o que significa obstáculo, epistemologia e ciência. Tais propedêuticos entendimentos servem de fundamento para chegar-se à base do presente estudo, com o seguinte questionamento: Como pode haver avanço no conhecimento científico? Gaston Bachelard, sobre o assunto explica que:

"é em termos de obstáculos que o problema do conhecimento científico deve ser colocado. E não se trata de considerar obstáculos externos, como a complexidade e fugacidade dos fenômenos, nem de incriminar a fragilidade dos sentidos e do espírito humano: é no âmago do próprio ato de conhecer que aparecem por uma espécie de imperativo funcional, lentsões, e conflitos. É aí que mostraremos causas de estagnação e até de regressão, detectaremos causas de inércia às quais daremos o nome de obstáculos epistemológicos⁸."

4 - Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*, cit., p. 126.

5 - Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira S/A, 1988, p. 150.

6 - Urbano Zilles. *Teoria do Conhecimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994, p. 61.

7 - Urbano Zilles. *Teoria do Conhecimento*, cit., p. 62.

8 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 17.

Portanto, "obstáculos epistemológicos" foi o termo criado por Bachelard para referir-se a tudo aquilo que impede, impossibilita, enfim, obstrui o progresso da ciência, em que podem ser citados como exemplos (para que o assunto fique mais claro ainda) o preconceito (ou pré-conceito); a ideologia, a idolatria, o senso comum e a opinião. Deve ser levado em consideração também, que, dependendo da época em que se analisa dado fator, o obstáculo epistemológico pode ser notado não para o avanço ou progresso da ciência, mas sim para o seu próprio aparecimento, como foi a religião, ou mais precisamente "a idéia de Deus", como refere o texto "A Torre - O Templo Moderno", sem autor determinado, extraído da "internet", endereço eletrônico "orbita.starmedia.com/~ohermeneuta/F16a.html".

Há ainda outra colocação para análise nesta parte do estudo, quando Bachelard ensina que "A noção de obstáculo epistemológico pode ser estudada no desenvolvimento histórico do pensamento científico e na prática da educação⁹." Isto porque quanto à parte da história, o epistemólogo tem que ficar atento quando escolhe os documentos pelos quais pretende realizar seu estudo e que esta escolha pode ser fundamental para o avanço da ciência ou não. Daí que Bachelard diferencia o epistemólogo e o historiador de ciência:

"O historiador da ciência deve tomar as idéias como se fossem fatos. O epistemólogo deve tomar os fatos como se fossem idéias, inserindo-as num sistema de pensamento. Um fato mal interpretado por uma época permanece, para o historiador, um fato. Para o epistemólogo, é um obstáculo, um contra-pensamento¹⁰."

E quanto à educação, o autor mencionado explica como é importante a abordagem que o professor de ciência (por exemplo, pois o raciocínio pode ser aplicado a qualquer disciplina) dá a determinado assunto, em que o modo de tratar o mesmo pode significar o avanço científico ou o aparecimento, ou mesmo sedimentação, de um obstáculo para os seus alunos, já que estes vêm com imensa individualidade aquilo que (ou como) é passado para eles.

2.2. Obstáculos epistemológicos na teoria de Bachelard

Gaston Bachelard, filósofo e poeta francês, nascido em 1884 e falecido

9 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 21.

10 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 22.

em 1962, tratou em sua obra "A Formação do Espírito Científico", basicamente do objeto do presente trabalho: obstáculos epistemológicos.

Desse modo, realizaremos estudo nesta parte, de alguns capítulos da mencionada obra, iniciando pelo segundo capítulo (o primeiro, das noções, já comentamos), intitulado "O primeiro obstáculo: a experiência primeira", em que observa que "Na formação do espírito científico, o primeiro obstáculo é a experiência primeira, a experiência colocada antes e acima da crítica - crítica esta que é, necessariamente, elemento integrante do espírito científico¹¹."

A partir de então o autor relata casos passados na história (e isto é uma constante em sua obra, daí a referência capitular de Japiassu "A epistemologia histórica de G. Bachelard¹²"), que demonstram seu objetivo e que pode até ser consubstanciado na assertiva:

"Nossa tese é a seguinte: o fato de oferecer uma satisfação imediata à curiosidade, de multiplicar as ocasiões de curiosidade, em vez de benefício pode ser um obstáculo para a cultura científica. Substitui-se o conhecimento pela admiração, as idéias pelas imagens¹³."

Bachelard menciona, por exemplo, a experiência de Priestley, em que um metal frio, ou água, ou mesmo gelo, podem lançar faíscas de fogo. Diz ele: "Ela a designa nitidamente como obstáculo à compreensão de um fenômeno novo: que assombro ver o gelo, que não "contém" fogo em sua substância, lançar faíscas¹⁴"

Outro momento do segundo capítulo do livro em destaque, que vale ressaltar, é quando o autor trata da dificuldade que aqueles que praticavam a alquimia (que em última análise é a experiência primeira da química), tiveram em serem reconhecidas suas posições ideológicas, tanto é que no século XIX, enquanto os historiadores reconheciam que a moderna química havia surgido do trabalho dos alquimistas, os químicos resistiram a esta idéia. E não podendo deixar de referir-se também aos literatos, que viam, segundo Bachelard, o alquimista "como uma mente perturbada a serviço de um coração voraz¹⁵." Bachelard,

11 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 29.

12 - Hilton Japiassu. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*, cit., p. 61.

13 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 36.

14 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 44-45.

15 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 58.

diferentemente destes, parecendo até que apaixonadamente, entende a alquimia como uma iniciação, nem tanto intelectual, mas sim, moral, devendo os alquimistas serem julgados subjetivamente, por meio da psicanálise, chegando até a dizer que a compreensão da alquimia passa pela "intimidade do sujeito, na experiência psicologicamente concreta"¹⁶. E ainda:

"A alquimia reina num tempo em que o homem mais ama do que utiliza a Natureza. A palavra Amor traz tudo. É a senha entre a obra e o operário. Não é possível, sem doçura e amor, estudar a psicologia das crianças. Exatamente no mesmo sentido, não é possível, sem doçura e amor, estudar o nascimento e o comportamento das substâncias químicas"¹⁷.

Passa então Bachelard, a analisar, no capítulo terceiro de seu aludido livro, a interessante idéia do "conhecimento geral como obstáculo ao conhecimento científico"¹⁸, e começa ressaltando que: "Nada prejudicou tanto o progresso do conhecimento científico quanto a falsa doutrina do geral, que dominou de Aristóteles a Bacon, inclusive, e que continua sendo, para muitos, uma doutrina fundamental do saber"¹⁹. Assim o autor propõe a discussão de como a generalidade pode obstaculizar o avanço científico, pois muitos professores ao invés de aprofundar seu estudo, analisando o maior número possível de probabilidades, realizando uma quantidade suficiente de experimentos, podem chegar, e na maioria das vezes chegam, a resultados equivocados porque simplesmente generalizaram o conhecimento daquilo que estavam a estudar.

No mesmo capítulo terceiro, Bachelard alia a concepção de valor à generalização, como forma também de chegar-se a um conhecimento que não seja objetivo, referindo até como argumento que "o valor é marca de uma preferência inconsciente"²⁰. E, de fato, o cientista não pode, ou mesmo não deveria, privilegiar determinada marca ou cunho axiológico na sua busca da verdade, pois aí poderá desviar-se do caminho que o levaria a correta conclusão científica.

16 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 65.

17 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 66.

18 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 69.

19 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 69.

20 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 81.

A generalização ainda fica presente no capítulo quinto, apesar do título "*O conhecimento unitário e pragmático como obstáculo ao conhecimento científico*"²¹, que dá a falsa idéia inicial que o autor irá demonstrar que, contrariamente ao geral, o conhecimento particular, único, individualizado, pode comprometer o científico. Entretanto, como explica no intróito do capítulo, Bachelard, ao longo do mesmo, por meio de experiências e observações de outros cientistas, mostra que a "generalidade - e outras generalidades conexas - são, de fato, obstáculos para o pensamento científico"²².

Nos três capítulos que se seguem, o autor difunde o seu pensamento de como aspectos relacionados com o substancialismo, o realismo e o animismo, podem representar obstáculos ao progresso da ciência.

No que concerne ao primeiro, o substancialismo, Gaston Bachelard, por meio da sua interpretação a fenômenos descritos, explica que a:

"substancialização de uma qualidade imediata percebida numa intuição direta pode enterrar os futuros progressos do pensamento científico tanto quanto a afirmação de uma qualidade oculta ou íntima, pois tal substancialização permite uma explicação breve e peremptória. Falta-lhe o percurso teórico que obriga o espírito científico a criticar a sensação. De fato, para o espírito científico, todo fenômeno é um momento do pensamento teórico, um estágio do pensamento discursivo, um resultado preparado. É mais produzido do que induzido. O espírito científico não pode satisfazer-se apenas com ligar os elementos descritivos de um fenômeno à respectiva substância, sem nenhum esforço de hierarquia, sem determinação precisa e detalhada das relações com outros objetos"²³.

No que diz respeito ao que denomina de "*Psicanálise do realista*"²⁴, que é o título do capítulo sétimo, o autor em alusão relaciona a substância com a objetividade por meio de vários exemplos, às vezes dando a impressão que continua a se referir somente à substancialização, como no capítulo anterior, mas fecha o seu pensamento a respeito do assunto com o seguinte trecho:

21 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 103.

22 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 103.

23 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 127.

24 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 163.

"(...) a psicanálise generalizada consiste em estabelecer o predomínio da demonstração objetiva sobre as convicções meramente individuais, deve ela examinar de perto as mentalidades que oferecem provas fora de discussão e de controle. Ora, o melhor meio de fugir às discussões objetivas é entrincheirar-se por trás das substâncias, é atribuir às substâncias os mais variados matizes, é torná-las o espelho de nossas impressões subjetivas. As imagens virtuais que o realista forma desse modo, admirando as mil variações de suas impressões pessoais, são as mais difíceis de afugentar²⁵."

Quanto ao "*obstáculo animista*²⁶", assunto principal do capítulo oitavo, Bachelard trata logo de colocar o problema que será tratado. E o faz com as seguintes assertivas:

"(...) como foi possível fazer com que a intuição da vida, cujo caráter invasor vamos mostrar, ficasse restrita ao seu próprio campo? Em especial, como as ciências físicas se livraram das lições animistas? Como a hierarquia do saber foi restabelecida, ao afastar a consideração primitiva desse objeto privilegiado que é o nosso corpo?²⁷"

As respostas objetivas vêm logo em seguida quando diz que:

"é como obstáculos à objetividade da fenomenologia física que os conhecimentos biológicos devem chamar nossa atenção. Os fenômenos biológicos só nos interessarão, portanto, nos campos em que a ciência falha, em que essa ciência, com maior ou menor garante, vem responder a perguntas que não lhe são feitas²⁸."

E para a prova de tudo isto, como o faz ao longo de toda a sua obra, Bachelard apresenta experiências e conclusões que cientistas realizaram e chegaram durante os séculos, como a de Poncelet que escreveu: "a putrefação é para as plantas o que a mastigação é para os animais²⁹". E, diante disto, destaca Bachelard: "Tais analogias, aliás, não reúnem nenhum conhecimento sólido, nem

25 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 184.

26 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 185.

27 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 185.

28 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 185.

29 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 187.

preparam nenhuma experiência útil³⁰." Sobre isso, o autor condena as comparações unitárias entre os três reinos, uma vez que tal ato pode ocasionar graves confusões, como é o caso de Jules-Henri Pott, que trata do que chama de "*fecundidade mineral*³¹" e que Bachelard exara ser tal fecundidade "nitidamente incompatível com o espírito científico³²."

Bachelard, neste capítulo em comento, faz uma espécie de análise crítica ao relacioná-lo com os dois capítulos anteriores, como no trecho em que discute a importância do aparelho microscópio e a forma de sua utilização, referindo que:

"certos progressos técnicos se deram por extensão do privilégio de explicação dos fenômenos biológicos. Assim, o microscópio foi, no início, usado para examinar vegetais e animais. Seu objeto primitivo é a vida. Só por acidente e raramente, ele serve para examinar os minerais. Aí é que se pode perceber com clareza como se torna obstáculo epistemológico uma ocupação habitual: revela o microscópio uma estrutura dos seres vivos íntima e desconhecida?³³"

Logo se nota como certos aspectos, que inicialmente podem parecer até desvinculados com o objeto do presente estudo, ao contrário representam o ponto chave de partida para diretrizes que norteiam o real espírito de cientificidade e que podem vir a marcar um avanço para a humanidade.

A obra em análise tem como último capítulo, o estudo a respeito da "*objetividade científica e psicanálise*³⁴", em que Bachelard sintetiza as idéias gerais trazidas naquela, tratando inicialmente de referenciar a metodologia articulada, em que "o espírito científico vence os diversos obstáculos epistemológicos e se constitui como conjunto de erros retificados³⁵." Destaca, a seguir, positivamente, que a importância do estudo objetivo das ciências nas escolas, re-

30 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 188.

31 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 196.

32 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 197.

33 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 197.

34 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 293.

35 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 293.

presentando um progresso, mas que isto, infelizmente, foi atrapalhado pelo abuso da autoridade dos professores que apresentavam "conhecimentos efêmeros e desordenados"³⁶.

Dentro da difusão de idéias, Bachelard discorre como forma de solução para o impasse o que chama de "princípio pedagógico fundamental da atitude objetiva": "*Quem é ensinado, deve ensinar*"³⁷.

A relação entre a experiência e a racionalidade também é tratada no capítulo em alusão, de maneira incisiva, quando o autor assevera que:

"a história do conhecimento científico é uma alternativa sempre renovada de empirismo e de racionalismo. Essa alternativa é mais que um fato. É necessidade de dinamismo psicológico. Por isso, toda filosofia que limite a cultura ao Realismo ou ao Nominalismo representa os mais terríveis obstáculos para a evolução do pensamento científico."³⁸

Axiologicamente Bachelard reflete ainda sobre o caráter social da ciência, quando diz que:

"tendências sádicas ou masoquistas, que aparecem sobretudo na vida social da ciência, não bastam para caracterizar a verdadeira atitude do cientista solitário; são apenas os primeiros obstáculos que ele tem de superar para atingir a estrita objetividade científica"³⁹.

O autor acentua a importância do pensamento científico não tirar conclusões diante da primeira experiência, da primeira reflexão, uma vez que as mesmas podem estar equivocadas, destacando que tal atitude passou a ser tomada no início do século passado.

E Bachelard conclui seu pensamento no livro em análise de maneira poética (valendo lembrar que chamamos a atenção que o filósofo também foi poeta), em trecho que vale a transcrição em destaque:

36 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 299.

37 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 300.

38 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 302.

39 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 305.

"Na obra da ciência só se pode amar o que se destrói, pode-se continuar o passado negando-o, pode-se venerar o mestre contradizendo-o. Aí, sim, a Escola prossegue ao longo da vida. Uma cultura presa ao momento escolar é a negação da cultura científica. Só há ciência se a Escola for permanente. É essa escola que a ciência deve fundar. Então, os interesses sociais estarão definitivamente invertidos: a Sociedade será feita para a Escola e não a Escola para a Sociedade"⁴⁰.

2.3. "Teoria dos Ídolos" de Bacon

Conhecido como o "fundador da ciência moderna e do empirismo" ou ainda como o "inventor do método experimental", Francis Bacon, nascido em 1561 e falecido em 1626, vítima de uma bronquite, formulou, dentro de sua grande obra *Novum Organum*, a "Teoria dos Ídolos", uma vez que, como podemos colher da coleção de livros "Os Pensadores", ele achava que "até a sua época, os filósofos e sábios não trilham o caminho de uma ciência operativa, em benefício do homem"⁴¹ e, para reverter tal situação, deveria haver a libertação do que chamou de "ídolos e noções falsas"⁴².

O termo "ídolo" não foi escolhido a esmo por Bacon, já que queria chamar atenção para a idolatria, ou culto a algo como se fora deus ou deusa. E a idolatria é um obstáculo epistemológico não só à época de Bacon, mas até nos presentes dias. Tanto é que o autor em alusão diz no seu trigésimo oitavo aforismo:

"Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam"⁴³.

Para sistematizar a sua teoria, Bacon dividiu os ídolos em quatro diferentes "gêneros": "Ídolos da Tribo; Ídolos da Caverna; Ídolos do Foro e Ídolos do Teatro"⁴⁴, em que veremos a seguir cada um deles de maneira específica e depois em uma visão mais geral de aspectos da própria teoria.

40 - Gaston Bachelard. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*, cit., p. 309-310.

41 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores". Trad. de José Aluísio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. XIII.

42 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. XIII.

43 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 20-21.

44 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 21.

Bacon, seguindo uma seqüência metodológica, pois na observação dos ídolos não há ordem de surgimento, iniciou a discussão pelos ídolos da tribo, que relacionou diretamente com a natureza humana e não com o universo em si, atribuindo sua origem a diversa "uniformidade da substância espiritual do homem", "preconceitos", "limitações", "contínua instabilidade", "interferência dos sentimentos", "incompetência dos sentidos", ou ainda "no modo de receber impressões"⁴⁵.

Quanto aos ídolos da caverna, valendo destacar que tal expressão originou-se do *Mito da Caverna*, alegoria da obra "*República*", de Platão, a quem aliás Bacon comparava, juntamente com aqueles que o seguiam "a aranhas, que tecem teias maravilhosas, mas permanecem inteiramente alheios à realidade"⁴⁶; representava aqueles ídolos "dos homens enquanto indivíduos"⁴⁷. Enquanto que os ídolos da tribo diziam respeito à espécie humana no sentido do todo, da coletividade, os da caverna são aqueles relacionados com o homem enquanto membro individualizado. É o modo de ver particular, de cada pessoa, em sua própria "caverna ou cova", que pode distorcer a realidade daquilo que está a sua volta com suas impressões, análises, comparações, criando "ídolos" que, em muitas vezes, podem estar bem distante do que se pode chamar de verdade.

Para ficar mais claro, vale salientar que as conseqüências em relação ao "culto" aos ídolos da caverna podem ser as mesmas daquelas aos da tribo. O que distingue os dois tipos é que enquanto estes referem-se à natureza humana, no sentido de grupo, de todo, aqueles são imaginados pelo homem no que concerne a ele, do ponto de vista particular.

Chega-se então aos "ídolos do foro", que são os distúrbios causados pelos homens que se relacionam. Quer dizer, à medida que pessoas vão travando entre si as relações interpessoais, que as palavras ou gestos vão nortando e traçando o convívio, ao mesmo tempo que resolvem controvérsias surgidas por meio das explicações, podem forçar o intelecto e perturbá-lo totalmente, fazendo com que os homens sejam "arrastados a inúmeras e inúteis controvérsias e fantasias"⁴⁸.

Por fim, há os "ídolos do teatro", que significam precisamente o termo em que são identificados. Bacon buscou, assim como no teatro em que há demonstrações e/ou representações daquilo que nem sempre corresponde à realidade, comparar que os homens por suas convicções doutrinárias e filosófi-

45 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 26.

46 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. XII.

47 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 21.

48 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 22.

cas, fantasiam, criam ídolos imaginários e cometem erros em seu cotidiano que os afastam das corretas conclusões.

Traçadas estas linhas explicativas acerca de cada um dos "ídolos", valendo ressaltar que esta teoria ocupou "uma posição preliminar"⁴⁹ de um grande projeto (o *Novum Organum*) pensado e materializado por Bacon, este ainda discorreu mais sobre o assunto, embora de maneira menos específica, já que entendia que certas atitudes do homem faziam-no desviar de determinada rota, pois:

"o intelecto humano, quando assente em uma convicção (ou por já bem aceita e acreditada ou porque o agrada), tudo arrasta para seu apoio e acordo. E ainda que em maior número, não observa a força das instâncias contrárias, despreza-as, ou, recorrendo a distinções, põe-nas de parte e rejeita, não sem grande e pernicioso prejuízo"⁵⁰.

O poder do homem de manipular seus pares atrapalhava o andamento do progresso científico à medida em que:

"o intelecto humano não é luz pura, pois recebe influência da vontade e dos afetos, donde se pode gerar a ciência que se quer. Pois o homem se inclina a ter por verdade o que prefere. Em vista disso, rejeita as dificuldades, levado pela impaciência da investigação; a sobriedade, porque sofre a esperança; os princípios supremos da natureza, em favor da superstição; a luz da experiência, em favor da arrogância e do orgulho, evitando parecer se ocupar de coisas vis e efêmeras; paradoxos, por respeito à opinião de vulgo. Enfim, inúmeras são as fórmulas pelas quais o sentimento, quase sempre imperceptivelmente, se insinua e afeta o intelecto"⁵¹.

No trecho em que volta a referir-se especificamente sobre os ídolos do teatro, Bacon tenta demonstrar que o seu "método de descobrir a verdadeira ciência é de tal sorte que muito pouco deixa à agudeza e robustez dos engenhos; mas ao contrário, pode-se dizer que estabelece equivalência entre engenhos e intelectos"⁵².

O autor entendia que o grande número de ídolos do teatro se deu por conta da grande atenção que o homem deu à religião, que, como nos referimos

49 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. XV.

50 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 23.

51 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 25.

52 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit., p. 30.

na primeira parte deste trabalho, também representa um obstáculo epistemológico.

A crítica contumaz não à filosofia em si, mas a certos filósofos é uma constante na obra de Bacon, e, em especial, aos considerados grandes como Platão, sobre quem já foi comentado, e a Aristóteles, mormente no que diz respeito à experiência científica, pelo que acredita ser importante ao correto entendimento final. Tanto é que dizia Bacon que:

"Aristóteles estabelecia antes as conclusões, não consultava devidamente a experiência para estabelecimento de suas resoluções e axiomas. E tendo, ao seu arbítrio, assim decidido, submetia a experiência como a uma escrava para conformá-la às suas opiniões. Eis por que está a merecer mais censuras que os seus seguidores modernos, os filósofos escolásticos, que abandonaram totalmente a experiência⁵³."

Francis Bacon, ao final da parte de sua obra em que trata da teoria dos ídolos manifesta que pelas idéias e motivos apresentados:

"por decisão solene e inquebrantável todos devem ser abandonados e abjurados. O intelecto deve ser liberado e expurgado de todos eles, de tal modo que o acesso ao reino do homem, que repousa sobre as ciências possa parecer-se ao acesso ao reino dos céus, ao qual não se permite entrar senão sob a figura de criança⁵⁴."

Conclusões

Mesmo que do ponto de vista principalmente de apenas dois autores, Gaston Bachelard e Francis Bacon, acreditamos que a proposta inicial sobre o estudo da teoria dos "Obstáculos Epistemológicos" tenha sido atingida.

Vimos as principais idéias de cada um dos autores, sendo de Bachelard em relação a sua obra "A Formação do Espírito Científico", em que faz profunda análise do tema em alusão, apontando exemplos na história; e com Bacon, na sua "Teoria dos Ídolos", que é um estudo mais específico sobre a idolatria, que é um obstáculo epistemológico.

Podemos ao mesmo tempo ver como é importante para aquele que se propõe a realizar algum estudo científico o conhecimento acerca da epistemologia

e dos obstáculos epistemológicos, inclusive como forma de evitar estes últimos, ou, pelo menos, identificá-los, para daí não chegar a fins equivocados ou errôneas conclusões que podem comprometer todo o conhecimento sobre determinada matéria.

Esperamos também ter ajudado aquele iniciante no estudo da epistemologia com algumas noções trazidas no presente trabalho.

53 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit, p. 33.

54 - Francis Bacon. Coleção "Os Pensadores", cit, p. 37-38.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. coordenada e rev. por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

BACHELARD, Gaston. *A Formação do Espírito Científico. Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento*. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BACON, Francis. Coleção "Os Pensadores". Trad. de José Aluísio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira S/A, 1988.

JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1979.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e Refutações*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed. UNB, 1972.

ZILLES, Urbano. *Teoria do Conhecimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

Temas Polêmicos Sobre A Lei Nº 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro

Christiana Ramalho Bezerra Leite

Advogada

Pós graduada em Direito Público pela Universidade de Fortaleza

Assessora jurídica da Procuradoria Jurídica da AMC (desde julho de 2001).

Sumário

Introdução

1. A municipalização do trânsito
2. Da responsabilidade pelo pagamento das multas
3. Da distinção entre notificação e autuação no CTB
4. Da legalidade e legitimidade da utilização de equipamentos eletrônicos
5. Da legalidade do condicionamento do licenciamento ao pagamento das multas pendentes

Conclusões

Introdução

Dos processos que tramitam nas Varas Fazendárias, segundo estatísticas recentes, cerca de 60% (sessenta por cento), versam sobre questionamentos relacionados ao trânsito. Tal demanda justifica-se plenamente tanto pelo inconformismo, que é inerente ao ser humano, mas também pelo desconhecimento de algumas pessoas, até mesmo dos que advogam nesse ramo, dos principais institutos do Código de Trânsito Brasileiro. O presente trabalho, longe de pretender esgotar o tema, traz alguns comentários sobre os principais questionamentos desenvolvidos nas demandas movidas contra os órgãos executivos de trânsito.

1. A Municipalização do Trânsito

O Brasil é um país federativo. Baseado nesse espírito, o Código de Trânsito Brasileiro, Lei Nº 9.503/1997, preconiza uma clara distribuição de responsabilidades no que concerne ao trânsito entre os órgãos federais, estaduais e municipais. Dentre as inovações trazidas pelo CTB, a ampliação de competências do município nas questões de trânsito, foi uma das mais substanciais. Tal ampliação de competência justifica-se, até mesmo de certa forma, levando-se em conta uma realidade, consistente no fato de residir o Cidadão no Município.

Compete aos órgãos executivos municipais, nos termos do art. 24 do CTB exercer 21 (vinte e uma) atribuições em termos de planejamento, projeto, operação e a fiscalização de trânsito, tanto no perímetro urbano, bem como nas estradas municipais. Assim, uma vez tendo sido integrado o Município ao Sistema Nacional de Trânsito, a prefeitura, através de seus órgãos executivos, passa a desempenhar tarefas de sinalização, fiscalização, aplicação de penalidades e educação de trânsito. Aos Estados, reserva-se, sobretudo, a competência para licenciar, vistoriar e emplacar os veículos.

Em relação ao Município de Fortaleza, visando dotá-lo de um sistema de trânsito com segurança, fluidez e adequado para suportar em mais de 400.000 (quatrocentos mil) veículos, sem comprometer a boa qualidade de vida de seus munícipes, foi criada a **Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Público e de Cidadania- AMC**, através da Lei Municipal Nº 8.419, de 31 de março de 2000, publicada no Diário Oficial do Município de 26 de abril de 2000.

Com efeito, com a criação da AMC o gerenciamento do trânsito em Fortaleza sofreu grandes mudanças, sendo-lhe transferidas todas as atribuições pertinentes ao trânsito, como preceitua o art. 3º do diploma acima invocado:

“Art. 3º- Compete à Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza:

I- Organizar, controlar, fiscalizar e gerenciar o sistema de trânsito de veículos no âmbito do Município de Fortaleza.

II- ...”

Entretanto, devido ao processo de estruturação da aludida Autarquia municipal, respeitando todos os entraves burocráticos inerentes à Administração Pública (como realização de concurso público, posse de novos servidores, processos licitatórios, instalação em sede própria, entre outros), tornou-se impossível a esta Instituição assumir de imediato o gerenciamento do Trânsito em Fortaleza.

Somente em 19/07/2001, já com todo aparato necessário, foi possível à AMC monitorar e controlar o sistema de trânsito municipal, sendo, nesta data, devidamente integrada ao Sistema Nacional de Trânsito como órgão executivo de trânsito de Fortaleza, através do ofício 936/01 do G\CGPNE/DENATRAN, exercendo a partir de então pleno poder de polícia no trânsito municipal.

2. Da Responsabilidade pelo Pagamento das Multas

Na prática forense, um dos principais questionamentos é o da responsabilidade pelo pagamento das multas cobradas no extrato de licenciamento do veículo.

O art. 257 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece quem são os sujeitos passivos na aplicação das penalidades previstas na legislação de trânsito. Como regra geral, a responsabilidade recairá naqueles que conduzem os veículos, nos proprietários, nos embarcadores e nos transportadores.

Como antedito, dependendo da espécie de infração cometida, deve-se verificar, de acordo com o preconizado no art. 257 e seus parágrafos do CTB, de quem é a responsabilidade pelo pagamento da multa.

A grande maioria das exigências quanto à circulação dos veículos é da órbita exclusiva dos proprietários. A Resolução Nº 108 do CONTRAN institui que:

“ Art. 1º (...) o proprietário do veículo é sempre o responsável pelo pagamento da penalidade de multa, independente da infração cometida, até mesmo quando o condutor for indicado como condutor-infrator nos termos da lei, não devendo ser registrado ou licenciado sem que seu proprietário efetue o pagamento do débito de multas (...)”

De igual sorte, dispõe o parágrafo 2º, do art. 257, do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

“Art. 257 – (...)

§ 2º - Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

(...)” (os negritos não constam do original)

Dentre as formalidades exigidas para o regular trânsito do veículo encontra-se, além do IPVA, o licenciamento do veículo, que, por sua vez, de acordo com os arts. 130 c/c 133 da Lei Nº 9.503/97, somente poderá ser realizado após a quitação das multas pendentes ao veículo. Desse modo, verifica-se ser da inteira responsabilidade do proprietário do veículo o pagamento das multas pendentes para o regular trânsito do mesmo.

O que caberá ao condutor do veículo será a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo, no caso, a anotação da pontuação em sua Carteira Nacional de Habilitação referente àquela infração de trânsito cometida pelo mesmo, já que o pagamento da multa, como mencionado acima, é de total responsabilidade do proprietário do veículo.

Esse entendimento é ratificado em outro artigo do próprio CTB quando dispõe, no parágrafo 3º do artigo 282, *in verbis*:

“Sempre que a penalidade de multa for imposta a condutor, à exceção daquela que trata o parágrafo 1º do artigo 259, a notificação será encaminhada ao proprietário do veículo, responsável pelo seu pagamento”.

Arnaldo Rizzardo, in “Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro”, ao comentar o retro citado artigo estabelece:

“É o proprietário o responsável pelo pagamento (é evidente nos demais casos de multa). Não interessa que outro tenha praticado a infração, a menos que provada alguma excludente de responsabilidade, como o furto ou roubo. Em suma, pois, perante o Poder Público titular do valor da multa, o proprietário é o obrigado.”¹

Em comentário a artigo anterior, assim dispõe aludido doutrinador:

“Quanto à multa, não se pode esquecer a norma do § 3º do art. 282: exige-se o valor do proprietário, que poderá reclamar o reembolso regressivamente contra o condutor.”²

Observa-se, que de acordo com a legislação vigente, o procedimento a ser adotado é o seguinte: o poder público cobra a multa do proprietário do veículo, nos termos do art. 282, § 3º do CTB, e este, se não tiver sido o condutor, de forma regressiva, deve procurar recuperar o valor pago daquele.

Destarte, o que podemos concluir com todo o exposto, do confronto entre a Resolução do CONTRAN e o CTB, é que ambos se complementam. Resta, portanto, sem o mínimo amparo legal, o entendimento defendido por alguns condutores de veículos de transferir a responsabilidade pelo pagamento da multa do proprietário do veículo para o seu respectivo condutor. Observa-se que tal entendimento fere de morte tanto o Código de Trânsito Brasileiro, quanto a resolução do CONTRAN, que estabelecem ser do PROPRIETÁRIO do veículo a responsabilidade pelo pagamento das multas. Vale ressaltar que o CONTRAN detém a competência legal de regular as normas estabelecidas no CTB.

¹ Rizzardo, Arnaldo. “Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro”, 3ª edição, Ed. RT, 2001.

² Op. Cit.

No Código de Trânsito Brasileiro não existe previsão de transferência de multa; e sim, **transferência de pontuação**, como pode ser comprovado com o próprio CTB, em sua literalidade, nos artigos retro mencionados. Ademais, as multas estão diretamente ligadas ao veículo, não podendo as mesmas, até por falta de previsão no próprio CTB, estarem ligadas ao condutor, quanto à responsabilidade por seus pagamentos. Como já dito anteriormente, a indicação do condutor no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da multa, mencionado no CTB, refere-se à transferência de pontuação; e não, à transferência de responsabilidade de pagamento das multas cometidas.

3. Da Distinção entre Notificação e Autuação no CTB

Outro grande questionamento nas lides judiciais envolvendo o Código de Trânsito Brasileiro é a distinção entre os institutos da notificação e a autuação na forma prevista no art. 280 do Código de Trânsito. Alguns motoristas e mesmo os que advogam nessa área do Direito, alegam que os órgãos executivos de trânsito inobservam os ditames legais e há irregularidade nos autos de infração expedidos, tendo em vista que as autuações não são feitas na forma prevista nos artigos 280 e 281 do CTB.

O *caput* do art. 280 da Lei nº 9.503/97 estabelece, *in verbis*:

“Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:” (...) (*grifo nosso*)

No flagrante do cometimento de uma infração à lei de trânsito, a autoridade ou agente da autoridade de trânsito lavrará o Auto de Infração. O auto de infração é o documento de constatação e anotação da irregularidade praticada. O verbo *autuar* significa anotar, registrar, reproduzir no papel o que acontece na via quando envolvida a circulação. Nas palavras do renomado jurista Arnaldo Rizzardo, in Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed. rev. atual. e ampl., p. 607: “*Quem está fiscalizando ou controlando o trânsito, verificada alguma conduta que contrarie a lei, tem a incumbência de lavrar o registro, isto é, de fazer o auto com anotação dos dados do veículo, do condutor e do fato.*”

Empós a lavratura do AIT (auto de infração de trânsito), este será levado a exame pela autoridade de trânsito onde serão analisados os elementos constantes do mesmo, conforme o disposto no *caput* do art. 281 do CTB. Neste sentido, baseando-se no artigo “O julgamento da consistência do auto de infração no CTB”, publicado na Revista da Ajuris, n. 76, p. 297 e 303, Porto Alegre, dez. 1999 (nova série), ensina o professor Rizzardo:

“O termo *julgará* tem o sentido de juízo de admissibilidade, consoante doutrina da Magistrada Maria José Schmitt Sant’Anna: “A nosso sentir, os dispositivos legais em questão devem ser interpretados de acordo com a sistemática legal vigente. A lei é imprópria ao utilizar a expressão *julgará*, quando, na verdade, há mero exame da admissibilidade do auto de infração”.

Adiante, aprofunda-se: “No caso em exame, extrai-se que o administrador, quando aplica a multa, efetua a aplicação da lei, julgando a plausibilidade da ocorrência da infração, advindo daí o termo *julgará* empregado pelo legislador no art. 281, *caput*, do CTB.

O sentido e alcance da palavra *julgará* não é no sentido de julgar na acepção da palavra, e sim, trata-se de mero exame da ocorrência da infração de trânsito e elementos constantes do auto. Temos que interpretar o alcance dos termos usados na lei em face da sistemática legal vigente. A lei também contém palavras equivocadas; se assim não fosse seria prescindível a sua interpretação”.³

Desta forma, consistente o auto de infração, será aplicada a penalidade cabível ao proprietário do veículo infrator e expedir-se-á a notificação da autuação. O art. 282 do CTB estabelece que a notificação expedida ao proprietário deve assegurar a ciência da imposição da penalidade, desta feita o AIT expedido pelas gestoras do trânsito devem obedecer rigorosamente àquele ditame legal, pois não devem notificar apenas, mas, também, trazer todas as informações do flagrante do cometimento do ilícito.

Ainda no que diz respeito aos questionamentos formulados em relação à notificação dos autos de infração, outro muito freqüente é a reclamação de notificação pessoal.

A dúvida não tem razão de ser ante a clareza ímpar do art. 282 do CTB. Referido artigo, em momento algum, estabelece que a entrega da notificação deve ser feita pessoalmente ao endereçado, *in verbis*:

“Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.”

O jurista Arnaldo Rizzado, *in* Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 3. ed. rev. atual. e ampl., p.622, exemplifica quais os modos que, previstos em disposições legais, podem ser utilizados no envio das notificações de imposição de penalidade. Senão vejamos:

“As penalidades devem ser levadas ao conhecimento do infrator. (...) possível de efetivar-se pelas mais variadas formas existentes, como **simples remessa postal, entrega pessoal, carta com aviso de recebimento, fax, telex, Internet**, meios estes já previstos na Resolução 829/97, art. 1º, parágrafo único.” (*grifo nosso*)

Assim, inteligível se mostra a interpretação acerca do real teor do dispositivo supra, de forma a ficar evidenciado que *não* há sequer a menção de pessoalidade no envio da notificação de imposição de penalidade. Ao contrário, dentre os exemplos citados no destaque, enumeram-se vários que por sua própria natureza não se afiguram pessoais.

4. Da Legalidade e Legitimidade da Utilização de Equipamentos Eletrônicos

Um dos mais freqüentes questionamentos nas ações judiciais intentadas contra os órgãos gestores do trânsito é a questão da legitimidade ou não na utilização de equipamentos eletrônicos.

Inicialmente, é de suma importância esclarecer que os equipamentos eletrônicos para detecção de infrações de trânsito consistem em aparelhos que registram avanço de sinal vermelho ou parada sobre a faixa de pedestres e lombadas eletrônicas ou radares, portanto cada um exercendo seu papel de forma diferenciada.

O Código de Trânsito Brasileiro preceitua em seu art. 280, § 2º:

“Art. 280 (...)

§ 2º- A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou por qualquer meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.” (*grifos nossos*)

Verifica-se, portanto, que o flagrante de infração registrado por equipamento eletrônico é devidamente autorizado por lei, editada dentro dos trâmites legais pelo Congresso Nacional.

O CONTRAN exercendo competência atribuída pelo inc. I do art. 12 do CTB, regulamentou os equipamentos eletrônicos utilizados para a fiscalização do trânsito, lombadas eletrônicas e aparelho que registra avanço de sinal vermelho ou parada sobre a faixa de pedestres, através das Resoluções de nº 23 e 79, respectivamente; posteriormente, através da Deliberação de nº 29 e, em 16 de outubro de 2002, a Resolução nº 141.

Por desconhecimento às regras do trânsito vigentes, alguns desavisados motoristas entendem que as multas flagradas por "radares", aplicadas a partir do dia 10 de maio de 2002, são nulas, pois houve a revogação da Resolução nº 131 pela Deliberação nº 34 do CONTRAN.

Em nota divulgada à imprensa, aos dezenove dias do mês de setembro de 2002, o Ministério da Justiça informou que tendo reunido com o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, em 18 de setembro de 2002, "(...) *decidiu que não há qualquer vácuo jurídico na regulamentação do uso de aparelhos e equipamentos de fiscalização da velocidade no trânsito. A Resolução nº 131 que regulava a matéria é nula. A Deliberação nº 29 continua em vigor.*"

Desta forma, observa-se claramente que o CONTRAN entendeu que a Deliberação nº 29, que regulamenta os procedimentos de uso dos aparelhos eletrônicos controladores de velocidade, nunca deixou de estar em vigor.

Assim, verifica-se que a Resolução nº 131 realmente é nula, contudo a Deliberação nº 29 nunca deixou de vigor. Sendo, desta forma, plenamente exigíveis as multas aplicadas, no caso, por lombadas eletrônicas. Não existindo, portanto, o vácuo jurídico como forçosamente alguns tentam interpretar.

Em relação aos questionamentos concernentes à sinalização indicando a velocidade permitida na via, passa-se a tecer minuciosa explicação da obediência dos atos normativos que dispõe sobre tal assunto.

A Resolução Nº 79, estabelece:

"Art. 1º: Toda fiscalização de trânsito por meio mecânico, elétrico, eletrônico ou fotográfico, que tenha como fato gerador o controle da velocidade, deverá ser indicada, por sinalização vertical, estabelecendo a velocidade máxima permitida, conforme modelo "A" constantes do Anexo único, parte integrante desta Resolução.

§ 1º: A sinalização deverá ser colocada ao longo da via fiscalizada, do lado direito do sentido do trânsito, observada a engenharia de tráfego, e

obrigatoriamente respeitando espaçamentos mínimos de 300 metros antes de cada equipamento de fiscalização, mantendo o usuário permanentemente informado." (os grifos não constam do original)

Tal dispositivo institui sinalização obrigatória indicadora da presença de equipamento eletrônico fiscalizador de velocidade, qual seja a que estabelece a velocidade máxima permitida na via que deverá estar a uma distância de no mínimo 300 metros de cada aparelho eletrônico.

Faz-se mister chamar atenção que os equipamentos eletrônicos que registram avanço de sinal vermelho ou parada sobre a faixa de pedestres encontram-se regulamentados pela Resolução nº 79 em seus artigos 2º e 3º, não sendo aplicada a sinalização prevista na Resolução Nº 23 no que concerne a este tipo de aparelho, como determinado no art. 2º da Resolução citada. Senão vejamos:

"Art. 2º. A sinalização prevista no artigo anterior não se aplica ao avanço de sinal que identifica o semáforo como fato gerador da infração, e que tem prevalência sobre os demais sinais, na forma do que dispõe o inciso II do artigo 89 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

Art. 3º. Os equipamentos constantes do artigo anterior, empregados na fiscalização de avanço de sinal, atualmente em uso em todo território nacional, terão 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da data da publicação desta Resolução, para aferição no Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, ou por entidade credenciada pelo órgão máximo executivo de trânsito da União.

Parágrafo único. A aferição desses equipamentos deverá ser realizada anualmente ou quando notada alguma irregularidade no seu funcionamento, ou ainda, após sofrer manutenção." (grifo nosso)

Destarte, observa-se que as normas que regulam o trânsito brasileiro, diferentemente das lombadas eletrônicas, excluem qualquer forma de sinalização suplementar, ao regulamentar os equipamentos que registram avanço de sinal vermelho ou parada sobre a faixa de pedestres, já que a sinalização existente no local é o próprio semáforo de trânsito.

Ainda, em obediência às Resoluções do CONTRAN, bem como em

cumprimento ao disposto no Código de Trânsito Brasileiro, tanto as lombadas eletrônicas, assim como os equipamentos que registram avanço de sinal vermelho ou parada sobre a faixa de pedestres devem ser aferidos pelo INMETRO, sob pena de invalidade das multas pelos mesmos detectadas.

O Art. 1º em seu *caput* e parágrafos da Resolução nº 79/98 e a Resolução 820/96 do CONTRAN, foram revogados pela Deliberação n.º 29, de 19 de dezembro de 2001, que explicita em seu art. 9º, *in verbis*:

“Art. 9º - Ficam revogadas as Resoluções nº 795/95, 801/96, 820/96, 23/98, Art. 1º da 79/98, 86/99 e 117/00.” (grifo nosso)

Restaram modificadas, assim, as distâncias mínimas a que deverão se encontrar as placas que estabelecem a velocidade máxima permitida na via monitorada por aparelho eletrônico fiscalizador de velocidade. Senão vejamos:

“§ 5º - Para a fiscalização com medidor de velocidade fixo, estático ou portátil deve ser observada uma distância entre a placa de regulamentação de velocidade máxima permitida e o medidor de velocidade, conforme tabela do Anexo I desta Deliberação, facultada a repetição da mesma a distâncias menores.” (negrito nosso)

De acordo com o Anexo I da supra citada Deliberação, no caso das Lombadas Eletrônicas, auferidas para atuar em velocidades igual ou menor que 110 Km/h até 80 Km/h, as placas de regulamentação da “velocidade máxima permitida” em relação ao radar eletrônico é de 300 (trezentos) metros. Por sua vez, quando a faixa de velocidade máxima permitida oscilar entre 60 a 70 Km/h, a distância legal para a colocação de placas de regulamentação de “velocidade máxima permitida” (sinalização vertical), em relação ao medidor de velocidade fixo é de 100 (cem) metros e quando a velocidade máxima permitida for abaixo de 50 Km/h, a sinalização vertical deve estar a uma distância mínima de 50 (cinquenta) metros. Sendo de suma importância ressaltar que esta mesma distância foi recepcionada pela Resolução nº 141 do CONTRAN (Anexo II).

Vale ainda aditar que, apesar da Resolução 141 do CONTRAN ter entrado em vigor em 16 de outubro de 2002, no seu artigo 21, foi concedido à autoridade de trânsito um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para adequar a sinalização às distâncias estabelecidas no Anexo II da mesma Resolução, bem como para implantar a sinalização horizontal que a partir desta Resolução passou a ser obrigatória.

Quanto ao equivocado entendimento defendido por alguns motoristas/condutores de que a lei exige a presença de *display* em cada um dos equipamentos eletrônicos utilizados, passa-se a tecer os seguintes comentários.

A Resolução Nº 23 expressamente estabelece, *in verbis*:

“Art. 2º. (...)

III – estar dotado de dispositivo que registre, de forma clara e inequívoca, as seguintes informações: (...).

d) a velocidade regulamentada e a velocidade do veículo.” (negrito nosso)

Neste mesmo diapasão, a Deliberação nº 29 de 19 de dezembro de 2001 e a Resolução nº 141 de 16 de outubro de 2002, ambas do CONTRAN, em nenhum momento, estabeleceram que o uso do referido “*display*” é obrigatório nestes aparelhos eletrônicos fiscalizadores de velocidade.

Observa-se que em nenhum dos regramentos legais há menção a obrigatoriedade do uso de *display* nos equipamentos detectores das infrações cometidas por excesso de velocidade. Não há, em tais disposições, a exigibilidade da exibição pública da velocidade desenvolvida pelo veículo no momento em que o mesmo passa por um radar. O verbo utilizado em tais atos normativos é “registrar” e não “exibir” ou qualquer outro sinônimo deste.

Outro grande questionamento é o que diz respeito à obrigatoriedade da presença de autoridade ou agentes operando junto aos aparelhos eletrônicos fiscalizadores de infração de trânsito. Nos termos da Resolução Nº 141, de 03 de outubro de 2002, bem como da Deliberação Nº 29, de 19 de dezembro de 2001 e a Resolução Nº 23, de 21 de maio de 1998, tal entendimento não há como prevalecer, em se tratando de aparelho registrador de avanço de sinal vermelho ou parada sobre faixa de pedestres e lombadas eletrônicas fixas. Não há qualquer ato normativo, nem na Lei Federal nº 9.503/97, que estabeleça a obrigatoriedade dessa presença para validar o flagrante de infração registrado por aquele equipamento. Ao contrário, o art. 1º da Resolução nº 23, o parágrafo único do art. 3º da Deliberação nº 29 e a parte final do art. 4º da Resolução nº 141 dispensam expressamente a presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito.

Desta forma, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade na utilização dos EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS, principalmente porque atendem aos requisitos legais, estabelecidos pelo CTB e atos normativos do CONTRAN. Sendo, portanto, legais e plenamente válidas as aplica-

ções de multa decorrente desses sistemas eletrônicos.

5. Da Legalidade do Condicionamento do Licenciamento ao Pagamento das Multas Pendentes

De todas as ações judiciais intentadas contra os órgãos gestores do trânsito, o principal questionamento é a ilegalidade do condicionamento do licenciamento ao pagamento das multas de trânsito pendentes.

O condicionamento do licenciamento e da transferência de veículo ao pagamento de multa resultante de infração é estabelecido pelo próprio Código de Trânsito, no seu art. 131, § 2º, *in verbis*:

“Art. 131 (...)

.....

§ 2º - O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e MULTAS DE TRÂNSITO e ambientais, vinculados ao veículo, independente da responsabilidade pelas infrações cometidas.” (grifo nosso)

Ponderando-se que esta norma foi regularmente editada, dentro dos limites de competência e atribuições estabelecidos pela Constituição Federal e ainda, levando-se em conta a presunção de legalidade de que gozam as normas infraconstitucionais, não seria lícito à Administração Pública deixar de executá-la, enquanto o Supremo Tribunal Federal não reconhecer sua inconstitucionalidade e tomar as medidas necessárias a expurgá-las do ordenamento jurídico.

Sendo tal entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula nº 127, que estabelece *in verbis*:

“É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.” (o negrito não consta do original)

“*Punctum Saliens*” da questão é evidente, sendo descabido maior delongas: só é ilegal quando o infrator não é notificado do cometimento da infração.

Destarte, o desmembramento do licenciamento das multas viola frontalmente o ordenamento jurídico, assim como, o princípio da legalidade, causando ainda, grandes prejuízos à Administração Pública.

O Princípio da Legalidade representa o esteio para os atos do Administrador Público. Ao mesmo tempo em que a lei estabelece quais as garantias individuais, delimita a área de atuação administrativa que tenha como finalidade

restringir o exercício de tais direitos individuais em benefício da coletividade. Ficando patente a máxima do Direito, segundo a qual “a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”. Deste modo, deve o administrador público somente fazer aquilo que a lei expressamente permitir.

O renomado jurista Alexandre de Moraes, em sua difundida obra *Direito Constitucional*, ed.8, p. 298, ensina:

“Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.” (grifo nosso)

É salutar ressaltar, ainda que o Código de Trânsito Brasileiro dispõe:

“Art. 128. Não será expedido novo Certificado de Registro de Veículo enquanto houver débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.” (grifo nosso)

A lei deve ser respeitada e sua aplicação imposta pelo Judiciário, salvo se inconstitucional. Ao Colendo Supremo Tribunal Federal compete, “*precipualemente, a guarda da Constituição*” (CF, art. 102). A respeito da matéria enfocada, a Egrégia Corte assim decidiu:

“Automóvel de praça. Táxi. Renovação de licença. Exigência de prévio pagamento ou depósito da multa por infração das leis do trânsito. Legalidade” (RE nº 84.754, Min. Cunha Peixoto).

“Administrativo. Trânsito de veículos. Multa por infração às regras do Código Nacional de Trânsito. A falta de pagamento da multa impede a renovação anual da licença (art. 110 da Lei nº 5.108, de 21.9.1966, Código Nacional de Trânsito)” (RE nº 93.991, Min. Décio Miranda).

Assim, ao condicionar o licenciamento do veículo ao pagamento das multas pendentes, o processo legal é devidamente observado, pois se cumprem todas as normas preceituadas pela Lei Federal nº 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro, dispostas em sua Seção II, Capítulo XVIII. Após as lavraturas das infrações cometidas pelos condutores, os autos devem ter sua consistência ana-

lisada pela autoridade de trânsito e aplicadas as respectivas penalidades. No momento posterior, as notificações dos AIT's devem ser expedidas, dentro do trintídio legal, ao proprietário do veículo. Com o recebimento do auto de infração, passa-se a contar o prazo para a impetração de recurso no âmbito administrativo.

Neste interim, as notificações dos autos de infração expedidos pelos órgãos gestores de trânsito, em seus versos, devem trazer perfeitamente a possibilidade de ampla defesa, estabelecendo a previsão de recurso às multas aplicadas, em perfeita observância aos ditames do art. 282, § 4º e 285 da Lei nº 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro.

"Art. 282 (...)

(...)

§4º. Da notificação deverá constar a data do término do prazo para apresentação de recurso pelo responsável pela infração, que não será inferior a trinta dias contados da data da notificação da penalidade."

"Art. 285. O recurso previsto no art. 283 será interposto perante a autoridade que impôs a penalidade, a qual remeterá à JARI, que deverá julgá-lo em até trinta dias."

Da decisão da Junta Administrativa, ainda é oferecido ao motorista infrator oportunidade de recurso à instância administrativa superior na forma dos arts. 288 e 289 do CTB, *in verbis*:

"Art. 288. Das decisões da JARI cabe recurso a ser interposto, na forma do artigo seguinte, no prazo de trinta dias contado da publicação ou da notificação da decisão.

(...)

Art. 289. O recurso de que trata o artigo anterior será apreciado no prazo de trinta dias:

I – tratando-se de penalidade imposta pelo órgão ou entidade de trânsito da União:

a) (...)

b) nos demais casos, por colegiado especial integrado pelo Coordenador-Geral da JARI, pelo Presidente da Junta que apreciou o recurso

e por mais um Presidente de Junta;

(...)"

Em assim procedendo, não há como prevalecer o entendimento de que o condicionamento do licenciamento e transferência ao pagamento das multas cometidas não obedece ao processo legal.

Conclusões

O novo Código de Trânsito Brasileiro (Lei Nº 9.503/97) surgiu da preeminente necessidade social de sustar os desmandos cometidos pelos condutores de veículos que tem como consequência, quase sempre, a morte de pessoas inocentes. Daí a sua característica de uma norma jurídica forte, com repressão contundente aos que a desrespeitam.

Com efeito, a finalidade da norma está, paulatinamente, sendo alcançada, com a comprovada diminuição dos acidentes de trânsito com resultados fatais.

É de se entristecer, no entanto, o inequívoco hábito do brasileiro de desrespeito às leis, que pode ser observado diante do grande número de ações judiciais que tramitam nas varas da Fazenda Pública, colimando desconstituir os atos jurídicos emanados da autoridade de trânsito.

Buscar a prestação jurisdicional para se escusar da penalidade imposta pelo cometimento de infração de trânsito passou a ser um costume no nosso País. Tal comportamento precisa ser combatido de imediato pelo Poder Judiciário, para que não se transforme o Código de Trânsito Brasileiro em uma norma contraproducente, morta, ineficaz.

Ademais, os magistrados não podem nunca menoscabam a teleologia da norma no momento de dizer o direito no caso concreto; devendo, assim, aplicar o Código de Trânsito tendo em vista os fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum. Os apelos dos que querem utilizar a Justiça como subterfúgio para se ver livre das penas por infração de trânsito não devem ser ouvidos pelos juízes; e, sim, o clamor da sociedade, que não pode eternamente viver ameaçada pela ação de maus condutores.

Enfim, esperamos que o Estado-Juiz se imponha como um verdadeiro defensor da Justiça e sustentador da convivência social, repelindo as demandas infundadas que se levantam contra os órgãos executivos de trânsito, que têm como único escopo utilizar o Judiciário para se livrar das garras da Lei. Não podemos admitir que seja institucionalizada a desobediência civil, porque, assim, estaríamos caminhando para a própria falência do Direito, e, conseqüentemente, para o fim do Estado.

Bibliografia

- ARAÚJO, Marcelo José. "Trânsito - Questões Controvertidas". Editora Juruá, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo", 14ª edição, São Paulo, Atlas, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro", 17ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiro Editores, 1992.
- MORAES, Alexandre de. "Direito Constitucional", 8ª edição, Editora Atlas, 2002.
- OLIVEIRA, Juarez de. "Direito de Trânsito", São Paulo, 1999.
- _____. "Código de Trânsito Brasileiro sistematizado", 2ª edição, São Paulo, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. "Comentários ao código de trânsito brasileiro", 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- Revista da Ajuris, n. 76, Porto Alegre, dez. 1999 (nova série)
- Site do DENATRAN: www.denatran.gov.br
- Site do STJ: www.stj.gov.br
- 1 Rizzardo, Arnaldo. "Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro", 3ª edição, Ed. RT, 2001.
- 2 Op. Cit.
- 3 Op.cit.

As Licitações Públicas, o Princípio da Razoabilidade e o Excesso de Formalismo

Pedro Saboya Martins

Procurador Geral Adjunto do Município de Fortaleza

Sumário

Introdução.

2. Princípios instrutores da administração pública em sede de licitações.
 3. Invocação do princípio da razoabilidade em certames licitatórios.
 4. Excesso de formalismo e razoabilidade nas licitações públicas.
 5. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
 6. Hipóteses exemplificativas.
 7. Momento próprio para a aplicação do princípio da razoabilidade em matéria de licitações.
 8. Conclusão.
- Bibliografia.

Introdução

O tema proposto no presente trabalho é o da fixação de limites para a aplicação do princípio da razoabilidade e da rejeição ao excesso de formalismo, em matéria de licitações públicas.

Nesses últimos 10 anos de vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a prática tem demonstrado, em muitos casos, uma forte tendência à supervalorização do princípio da razoabilidade.

Em diversas oportunidades isso ocorre em detrimento da aplicação de outros princípios de origem constitucional e legal. Estes, por opção do legislador, uma vez positivados na norma, devem animar preferencialmente a atividade administrativa na condução de processos de licitação.

Acontece que esse certo abuso da invocação do princípio da razoabilidade e do repúdio ao excesso de formalismo nas licitações, tem dado lugar a algumas decisões de caráter extremamente subjetivo, sujeitas ao casuismo e ofensivas aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, dentre outros.

O escopo do presente trabalho é traçar, a partir de precedente do Supremo Tribunal Federal, STF, limites para a invocação da rejeição ao excesso de formalismo e do princípio da razoabilidade, para deixar de inabilitar ou de desclassificar concorrentes em licitações públicas.

2. Princípios Instrutores da Administração Pública em Sede de Licitações

A cabeça do art. 37 da Constituição da República enumera os princípios gerais regentes da Administração Pública. São os "*princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*".

A Administração Pública tem a obrigação de licitar a compra, o fornecimento e a contratação de bens, obras ou serviços. Tal dever é orientado pelo princípio da licitação pública, ao qual aludiu o Ministro Ilmar Galvão¹, do STF, quando disse:

"A constituição Federal, no art. 37, instituiu princípios destinados à orientação do administrador, na prática dos atos administrativos, de molde a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos, no interesse coletivo, com o que também assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas (cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 561)

Entre eles, figura o princípio da licitação pública, instituído no inc. XXI ao mencionado artigo, segundo o qual 'ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei...'

Constitui corolário do princípio da moralidade pública e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público."

A partir dessa matriz constitucional, a Lei n. 8.666/93, editada para regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição, prevê em seu art. 3º, que a "*licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*".

1 - ADIMC nº 651/TC, in DJU de 28.08.1992.

Pela análise sistemática dos dispositivos constitucionais e legal acima transcritos, é possível enumerar diversos princípios que o legislador positivou como norte para a atividade administrativa em procedimentos licitatórios.

Vale destacar que o princípio da eficiência, inserido no texto constitucional a partir da Emenda nº 19, de 04 de junho de 1998, portanto instituído depois da edição da Lei de Licitações, reforçou a tendência já existente na prática, na doutrina e na jurisprudência, de busca pela qualidade nas contratações públicas. Realçou o entendimento de que o mais vantajoso nem sempre é o mais barato, e que o mais barato pode não ser o melhor ou o mais eficiente.

Em meio aos princípios constitucionais e legais positivados pelo legislador para a regência dos processos de licitação, não se encontra explicitamente o da razoabilidade. Apenas implicitamente tal princípio é notado. Os inúmeros princípios jurídicos não positivados pelo legislador nas normas procedimentais das licitações públicas, também são aplicáveis no processo licitatório, entretanto, apenas de maneira subsidiária.

É óbvio que o Direito em geral e o Direito Administrativo são riquíssimos em princípios jurídicos de regência. Todos eles construídos sobre sólidos fundamentos filosóficos, e que podem servir de instrução ao aplicador da Lei, no momento de uma decisão sobre matéria de fato que não tenha sido objeto de previsão legal.

O que deve ficar assentado, contudo, é que os princípios não mencionados nos dispositivos aplicáveis às licitações, só excepcional e subsidiariamente podem instruir a atividade administrativa nos certames públicos.

3. Invocação do Princípio da Razoabilidade em Certames Licitatórios

O enunciado e a definição dos princípios regentes da atividade administrativa em matéria de licitação pública já são objeto de farta doutrina. Para uma melhor compreensão destas palavras, porém, é bom que se diga apenas que o princípio da razoabilidade deriva do princípio da proporcionalidade, originário do Direito alemão.

A razoabilidade recomenda, em linhas gerais, uma certa ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz de Marçal Justen Filho², o princípio da proporcionalidade, prestigia a "*instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam*" e "*exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) pela norma*".

2 - in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 65.

O princípio da razoabilidade é comumente invocado para deixar de inabilitar ou de desclassificar concorrentes em certames licitatórios, ainda quando presentes motivos reais e suficientes para as suas exclusões das licitações. Na maior parte das vezes, o princípio da razoabilidade fundamenta decisões de caráter extremamente subjetivo. Tal procedimento é inadmissível em sede de licitação pública, pois o princípio da razoabilidade é dotado de um forte matiz de subjetividade.

Na prática, o fundamento de decisões no princípio da razoabilidade vem, habitualmente, associado à rejeição ao excesso de formalismo, quando do julgamento de documentos de habilitação ou de propostas técnicas ou comerciais apresentadas por licitantes. Daí porque este trabalho conjuga a abordagem do tema tanto no aspecto do princípio da razoabilidade, quanto no da rejeição ao rigorismo formal, quando da apreciação de documentos e propostas em licitações públicas.

4. Excesso de Formalismo e Razoabilidade nas Licitações Públicas.

O excesso de formalismo, com efeito, não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põem em posição vantajosa em relação aos demais participantes.

É preciso, contudo, ter bastante cuidado ao invocar o princípio da razoabilidade e o repúdio ao excesso de formalismo para deixar de excluir da licitação propostas deficientes. A reverência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no âmbito das licitações públicas, é procedimento que se encontra numa zona jurídica extremamente movediça, à beira da subjetividade.

A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

É que o razoável para uns pode não ser para outros. O excesso de formalismo em um caso pode não ser em outros. Tudo depende do olhar do julgador. A desprezível subjetividade impera quando, em matéria de licitação pública, a razoabilidade fala mais alto do que os princípios positivos da legalidade, da vinculação ao ato convocatório, do julgamento objetivo, da isonomia e da impessoalidade. Nessa zona cinzenta é que podem ser cometidas, até inconscientemente, brutais injustiças. Tudo isso sem falar no terreno fértil para a ado-

ção de decisões casuísticas e de legitimidade duvidosa, o que é atentatório também ao princípio da moralidade.

Comentando acerca do princípio da proporcionalidade em licitações públicas, Marçal Justen Filho³ foi muito feliz ao observar que "*na maior parte dos casos a tensão se estabelece entre proposta mais vantajosa e isonomia*".

Esse dilema se instala muito mais habitualmente do que se imagina e é preciso muita coragem, segurança e autoconfiança ao agente público para se filiar a uma corrente voltada à homenagem aos princípios da vinculação ao ato convocatório, do julgamento objetivo, da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

De fato, é muito mais fácil justificar aos órgãos de controle uma decisão ofensiva à Lei ou ao Edital, mas que manteve um concorrente a mais na licitação ou que selecionou uma proposta mais barata para a Administração; do que justificar uma decisão irreprochável do ponto de vista jurídico e legal, mas que, por outro lado, afastou do certame um ou mais concorrentes ou desclassificou um preço inferior em detrimento de outro mais elevado.

Isso, de certa forma, explica a supervalorização do princípio da razoabilidade referida no início. De fato, a aplicação dos princípios da legalidade, da isonomia, da impessoalidade e da moralidade que originaram os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo nas licitações públicas, tem sido mitigada pela crescente invocação da razoabilidade e do repúdio ao rigorismo formal, como fundamento das decisões adotadas nas licitações, principalmente em casos que tais fundamentos são inaplicáveis.

Essa supervalorização do princípio da razoabilidade conduz a atividade administrativa para um terreno muito perigoso e infirma a legitimidade das decisões adotadas indiscriminadamente à luz desses argumentos.

É importante realçar, usando as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, "*que o princípio da razoabilidade não pode servir de instrumento para descumprimento da lei, ainda que sob o pretexto de que ela é irrazoável; por outras palavras, esse princípio não pode substituir o princípio da legalidade; não pode a Administração, sob pretexto de irrazoabilidade da lei, deixar de aplicá-la*".

Ocorre excesso de formalismo capaz de atrair a incidência do princípio da razoabilidade, quando uma concorrente é desclassificada por uma mera irregularidade formal, que não lhe traz qualquer vantagem, não redundando em prejuízo ao direito subjetivo dos demais licitantes, nem afeta a objetividade do julgamento da proposta deficiente e muito mesmo retira a efetividade de suas condições perante a Administração.

3 - Op. cit., p. 68

4 - *in* Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos, São Paulo, Malheiros, 4a Ed., 2000, p. 32.

Exemplos clássicos são: a) quando o edital pede a numeração da proposta em algarismos romanos e ela vem numerada em algarismos arábicos; b) quando é exigido um determinado formulário e a proponente apresenta outro diferente, mas que, substancialmente, contém o essencial; c) quando se pede que as propostas sejam apresentadas em duas vias e o licitante o faz em apenas uma; d) quando há um erro de grafia ou modificação de numa determinada nomenclatura por um sinônimo; e) quando o modelo do edital pede que os preços venham com suas casas de milhar separadas por pontos e a decimais por vírgulas e o proponente faz o contrário (comum em licitações internacionais); e por aí vão diversos exemplos de irregularidades que objetiva e intrinsecamente consideradas, não afetam a proposta e nem prejudicam os demais concorrentes.

5. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

As matérias do excesso de formalismo, da irrelevância das falhas e da aplicação da razoabilidade em licitações públicas, foram objeto de debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, STF.

O caso dizia respeito à licitação promovida pelo Tribunal Superior Eleitoral, TSE, para a compra de 186.000 urnas eletrônicas. A matéria chegou ao conhecimento do STF por meio de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela empresa Unisys Brasil Ltda.

Citada empresa ficou em segundo lugar na licitação realizada pelo TSE. Promoveu, então, mandado de segurança, por entender que a proposta da empresa vencedora, Procomp Indústria Eletrônica Ltda., "ostentava vício insanável decorrente da deliberada ausência de requisitos reputados indispensáveis pelo Poder Público, o que contaminava, irremediavelmente, sua integralidade e adequação aos ditames editais".

Foi negada a medida liminar requerida no mandado de segurança da empresa Unisys Brasil Ltda. No mérito, foi indeferida a segurança, por votação unânime do TSE, baseada em voto do il. Ministro Garcia Vieira. Da ementa colhe-se: "a falta de preço unitário de componentes da urna não constitui vício insanável capaz de desclassificar a empresa vencedora, que apresentou proposta mais vantajosa par a administração."

O STF, conhecendo da matéria em sede de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela impetrante, manteve a decisão do TSE.

Do voto do Relator⁵, em. Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se a se-

guinte conclusão, por S. Exa. retirada do parecer do il. Procurador-Geral da República, que serviu de base para o julgamento da questão: "*Desta forma, se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa*".

Para atingir tal conclusão, o Relator, ainda citando o Parecer do Procurador-Geral da República, observou que: "*Se de fato o edital é a 'lei interna' da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmos vícios sanáveis os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício*".

Antes, porém, de argumentar da na forma transcrita no parágrafo anterior, o Relator, também com base no Parecer do Ministério Público, deixou assentado que "*persegue a Administração no procedimento licitatório a satisfação do interesse público, mediante a escolha da proposta mais vantajosa, mas sem deixar de lado a necessária moralidade e o indispensável asseguramento da igualdade entre os participantes, premissas de assentada constitucional, notadamente no art. 37, caput e inc. XXI, da Carta Magna. (...) Como consta do art. 3º da Lei nº 8.666/93, acima transcrito, afigura-se como princípio básico do procedimento licitatório, entre outros, a vinculação ao instrumento convocatório. Essa vinculação objetiva garantir o cumprimento do interesse público, pois não há dúvidas de que a obediência ao edital possibilita o controle de todos os princípios aplicáveis à licitação (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, entre outros)*".

Pelo referido precedente do STF a melhor técnica jurídica recomenda, de fato, a manutenção no certame de concorrente que não atendeu a formalidade editalícia, mas que, por outro lado, não se beneficiou da falha cometida, nem provocou prejuízo ao direito subjetivo dos demais licitantes, nem tão pouco afetou o julgamento objetivo da sua proposta e a sua efetividade desta perante o Poder Público.

É facilmente perceptível a orientação da decisão do STF pelo princípio

da razoabilidade. A frieza glacial da letra da Lei e do edital recomenda o afastamento do certame do licitante que não atendesse às formalidades exigidas. Não obstante, a ponderação entre os valores jurídicos tutelados pela norma, no caso a Lei de Licitações, e a situação de fato que se apresentou, recomendaram a manutenção do concorrente cuja proposta era formalmente deficiente. Assim a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, dentre as várias capazes de executar o objeto licitado.

6. Hipóteses Exemplificativas.

Há casos, porém, que a deficiência apresentada na proposta ou na documentação de determinado concorrente, o coloca em situação de vantagem em relação aos demais. É o caso, por exemplo, da deficiência na proposta comercial do licitante faltoso que a torna mais barata (e por isso vantajosa) que a dos outros participantes.

Outro exemplo factível se daria quando, em licitação do tipo menor preço e contratação sob o regime de empreitada por preço global, o licitante formulasse proposta comercial alterando as especificações e reduzindo os componentes mínimos dos serviços necessários à concretização do objeto, tal como previstos no projeto.

Se tal proposta viesse a ser a mais barata, e, portanto, vencedora, restaria claro que ela teria se beneficiado da falha cometida, vez que os demais concorrentes atenderam fielmente as especificações, quantidades e componentes estabelecidos no projeto.

Nessa hipótese, por ser certame do tipo menor preço e regime de execução por valor global, poder-se-ia ter como sanável a falha, pois o objeto licitado deveria ser entregue tal como contratado, independentemente da deficiência do licitante da composição de seus preços.

Agindo assim, contudo, a Administração estaria prejudicando o direito subjetivo dos demais licitantes que atenderam precisamente as especificações mínimas do projeto. Isso ofenderia os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Demais disso, a formação de preço incompatível com o detalhamento do projeto básico afetaria a objetividade e a efetividade da proposta, porque o licitante se vincularia às especificações da proposta formulada, ainda que deficientemente, vez que o contrato, à luz do art. 54, § 1º, da Lei n. 8.666/93, deve ser confeccionado "*em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam*".

De tal sorte, o concorrente que apresentasse proposta contendo altera-

ção no projeto licitado, mesmo em certame do tipo menor preço, com regime de empreitada por preço global, poderia vir a opor perante a Administração a vinculação devida à sua proposta, para deixar de executar o objeto de acordo com as especificações do projeto.

Nesse exemplo citado logo acima, seria incorreta a invocação do princípio da razoabilidade e do repúdio ao excesso de formalismo para deixar de afastar a concorrente com proposta supostamente deficiente. A invocação da razoabilidade e a rejeição ao rigorismo formal, em tal hipótese, se operariam contra a própria Administração e contra os demais concorrentes.

7. Momento Próprio para a Aplicação do Princípio da Razoabilidade em Matéria de Licitações.

A doutrina mais autorizada assenta que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade dele derivado instruem o exercício do poder discricionário do agente público. A discricionariedade, porém, em termos de licitação pública, não é absoluta e está pautada pelos limites que a própria Lei de Licitações impôs ao seu exercício. Em diversos pontos a Lei n. 8.666/93 faculta ao agente público agir de uma maneira ou de outra; permite impor aos licitantes e à própria Administração requisitos mais ou menos rigorosos; faculta também a formulação de exigências variáveis de acordo com a complexidade e a relevância do objeto licitado, sempre respeitada a espinha dorsal da Lei.

O exercício dessas opções deve se dar na fase interna da licitação, quando a Administração definirá, de acordo com suas necessidades e com o interesse público subjacente, o objeto a ser licitado, sua especificação, quantidade, qualidade, prazo de execução ou de fornecimento, etc. Definirá também quais exigências serão opostas aos pretensos concorrentes, para que assim se minimizem os riscos de contratar com licitantes incapazes de concretizar o objeto, e se assegure a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração dentre aquelas formuladas por concorrentes aptos a contratar com o Poder Público o objeto licitado.

Nesse momento, a atividade do administrador deve ser instruída pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre objetivo de ampliar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração.

8. Conclusão

Confeccionado o ato de convocação, e definidos os critérios e exigências a serem cumpridas pelos concorrentes, a Administração deve-lhe vinculação, em respeito aos princípios do julgamento objetivo, da isonomia, da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. Somente com a vinculação praticamente incondicional ao instrumento convocatório, o agente público assegurará a transparência e a probidade essenciais ao certame licitatório e garantirá a objetividade do julgamento.

Em casos restritíssimos, entretanto, o agente público poderá se valer do princípio da razoabilidade e do repúdio ao excesso de formalismo para instruir o seu julgamento e deixar de alijar da licitação concorrente que apresentou documentação ou proposta deficientes. Para tanto, quando da análise do caso concreto é necessário, cumulativamente, que a falha, objetivamente considerada:

- a) não ponha o proponente em situação vantajosa em relação aos demais;
- b) não fira o direito subjetivo dos outros licitantes;
- c) não afete a objetividade do julgamento das propostas;
- d) não prejudique a efetividade da proposta perante a Administração.

Bibliografia

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*, 4a Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9a Ed., São Paulo: Dialética, 2002.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 4a Ed., Porto Alegre: Síntese, 2002.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 5a Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Terceirizações na Administração Pública e os Limites às Despesas com Serviços de Terceiros e Terceirização de Mão-de-obra Previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal

Lia Sampaio Silva

Procuradora Administrativa do Município de Fortaleza
Mestranda do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará- UFC

Sumário

Introdução

1. Terceirizações na Administração Pública

1.1. Dificuldades da Administração Pública em valer-se das terceirizações - Enunciado n. 256 do TST. Definição de Limites.

1.2. O Enunciado n. 331 do TST- Contornos compatíveis com a Constituição Federal-

Possibilidade de terceirização em alguns casos.

1.3. Cautelas na terceirização de atividades pela Administração Pública.

1.4. Limitações à terceirização na Administração Pública pela Lei de Responsabilidade Fiscal- LRF.

2. A Interpretação do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal

2.1. Exegese conferida ao art. 72 da LRF por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

2.2. Manifestação do Tribunal de Contas da União quanto à exegese do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal e Instrução Normativa nº 003/00 do Tribunal de Contas dos Municípios no Ceará.

Conclusão

Bibliografia

Introdução

A prática de terceirizar atividades na Administração Pública, admitida e adotada há tempo¹, nunca deixou de ser questão tormentosa, seja porque for-

1 - O Decreto-lei nº 200/67 já admitia a execução de atividades descentralizadas mediante adoção da forma de prestação indireta, assim dispondo em seu art. 10, § 7º: "Art. 10 A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...) § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução".

ma vínculo sui generis e estranho às normas administrativas entre prestador e tomador dos serviços, seja pela dificuldade de apontar critérios precisos à identificação do que se considera como atividade *terceirizável*, ou ainda, seja pela necessidade de fiscalizar a utilização adequada do instituto, quando não raro desvirtuado do interesse coletivo.

Ao lado dos requisitos já conhecidos como limitadores à adoção das terceirizações na Administração Pública, a exemplo de somente se prestarem para execução de atividades-meio, com a edição da LRF- Lei de Responsabilidade Fiscal- Lei Complementar nº 101/00-, surgiu mais uma restrição, agora de ordem contábil.

É que tanto o art. 18, § 1º, como o art. 72 da LRF², trazem normas que fixam limites às despesas da Administração Pública com **contratos de terceirização de mão-de-obra** e com **serviços de terceiros**, respectivamente, controlando as terceirizações através de normas sobre finanças públicas.

Se a observação de tais limites com despesa pública já vem apresentando problemas na prática, no plano das discussões, por enquanto doutrinárias, não se encontra diferente, posto que a exegese do art. 72 quanto à **identificação do que se classifica como serviços de terceiros** não é pacífica, estando, o dispositivo, inclusive, com constitucionalidade questionada perante o STF, através da ADIN nº 2238-5 proposta pelo Partido Comunista do Brasil- PC do B, Partido dos Trabalhadores- PT e Partido Socialista Brasileiro- PSB contra o Presidente da República e o Congresso Nacional, tendo como Relator o Ministro Ilmar Galvão.

Na doutrina, o Professor e Procurador- Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, **JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES**, de maneira muito incisiva, põe em xeque a constitucionalidade do art. 72, porque rechaça a possibilidade de a LRF vir a fixar limites para as despesas que não sejam exclusivamente as de pessoal,

2 - Assim dispõe o art. 18, § 1º da LRF: "Art. 18 Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, inativos e pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas de Pessoal'".

3 - Essa é a redação do art. 72 da LRF: "Art. 72A despesa com serviços de terceiros dos Poderes e órgãos referidos no art.20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte".

4 - Consta no art. 169 da Constituição Federal: "Art. 169 A despesa com pessoal ativo e inativo da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar".

já que o art. 169⁴ da Constituição Federal reserva à Lei Complementar a atribuição de estipular patamares somente para de despesa com pessoal.

Já o Tribunal de Contas da União, instado a se manifestar acerca da interpretação adequada ao art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal, expressamente discorda de Jorge Jacoby, por, sobretudo, entender que tal diploma se dispõe a tratar de *todos os assuntos de finanças públicas, com fundamento no art. 163 da própria Carta Constitucional*, não vislumbrando, portanto, qualquer pecha de inconstitucionalidade na fixação de limite para o total despendido com serviços de terceiros.

A divergência de posicionamentos sobre a constitucionalidade do art. 72 por quem, de ambos os lados, pode discutir com autoridade o assunto, além da pendência de manifestação do STF, acentuam a necessidade de a doutrina jurídica pátria canalizar esforços para contribuir na identificação de qual seja a melhor exegese aplicável ao artigo em questão, vez que, muito embora o Superior Tribunal não tenha concedido liminar na ADIN nº 2238-5, ainda há espaço para profícuas discussões.

O presente estudo propõe a análise do disposto nos art. 72 da Lei de Responsabilidade sempre contextualizada com a prática das terceirizações de serviços no Brasil, vez que, o fato de a LRF ter fixado limites para essas despesas, evidencia, per si, seu uso desenfreado, a ponto de merecer limites.

Cabe então aqui, não somente verificar se a Constituição Federal conferiu ou não à Lei Complementar competência para limitar despesas com serviços de terceiros, mas também procurar as razões porque tal despesa precisou sofrer algum tipo de restrição pela Lei de Responsabilidade Fiscal, além de saber se tal providência da LRF tem possibilidade de resultar eficaz, em face da forma de utilização das terceirizações no Brasil.

1. Terceirizações na Administração Pública

As terceirizações de atividades na Administração Pública⁵ têm sua gênese

5 - A prática da terceirização é igualmente encontrada nas relações não envolvendo Administração Pública, regidas pela CLT (também aplicável aos empregados públicos), e teve sua definição básica muito bem elaborada por **SÉRGIO PINTO MARTINS**, no sentido de que *consiste na possibilidade de contratar terceiro para realização de atividades que não constituem objeto principal da empresa. (in, A terceirização e o Direito do Trabalho, p. 19.)*

6 - A idéia do Estado Social surgiu meados do século XIX, após a verificação das conseqüências adversas do Estado Liberal. Como resposta aos problemas, tanto econômicos quanto sociais, resultantes do não intervencionismo estatal, surgiu a concepção do Estado Social de Direito, também chamado de Estado do Bem-Estar ou Estado Providência, no qual houve uma considerável participação estatal nas mais diversas esferas da vida social. Tal forma de atuação, igualmente trouxe resultados adversos, entre os quais, cita-se a ineficiência na prestação de serviços, muito decorrente do volume de atividades a cargo do Estado, como também pela burocratização administrativa. A atual concepção estatal envolvendo as terceirizações é posterior à constatação das impropriedades do Estado Social, inseridas (as terceirizações) no contexto no qual predominam os anseios de eficiência e desburocratização.

vinculada ao atrofamento da massiva presença estatal nos mais diversos setores da vida em sociedade durante o período do Estado Social de Direito⁶, por conta da mudança de sua forma de atuação que, desvinculada do habitual paternalismo, passa a se restringir à execução de tarefas que lhes sejam próprias.

No direito positivo pátrio, as terceirizações na Administração Pública têm suas raízes no Decreto-lei nº 200/67, que, ao dispor sobre a Reforma Administrativa Federal, previu expressamente a execução de atividades descentralizadas, a serem prestadas indiretamente.

Mesmo após mais de 30 anos de edição do Decreto-lei assinalado, a utilização das terceirizações na Administração Pública ainda vem apresentando problemas, inclusive da ordem de sua compreensão e limites. Tais percalços merecem comentários, o que se passa a fazer a seguir.

1.1. Dificuldades da Administração Pública em valer-se das terceirizações - Enunciado n. 256 do TST. Definição de Limites.

Considerável dificuldade que a Administração Pública enfrentou na terceirização de determinadas atividades diz respeito à pretensão, deduzida em juízo, de alguns trabalhadores terceirizados de serem reconhecida sua relação de emprego direta com o tomador do serviço. E o que é pior, a jurisprudência vinha acatando o pedido, acreditando que em algumas terceirizações estavam configurados os critérios caracterizadores do vínculo empregatício⁷.

Tão predominante era o posicionamento jurisprudencial, que o Tribunal Superior do Trabalho - TST editou Enunciado n. 256⁸ nesse sentido, ou seja, de, não obstante a contratação de trabalhadores por empresa interposta, considerada expressamente ilegal com ressalvas, o vínculo empregatício era formado diretamente com o tomador de serviço.⁹

7 - Conforme entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência pátrias, considera-se empregado (havendo, na espécie, vínculo empregatício) quem mantém relação de trabalho quando presentes os seguintes requisitos: 1. pessoalidade- no sentido de que os serviços devem ser prestados pessoalmente; 2. onerosidade- ou, seja, devem ser remunerados os serviços; 3. continuidade- exige que os serviços sejam prestados de forma não-eventual; 4. subordinação do empregado em relação ao empregador e 5. intencionalidade, ou seja, vontade de firmar relação de emprego.

8 - Assim é a redação do Enunciado n. 256 do TST: "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços".

9 - Nessa mesma esteira de posicionamento, manifestou-se o Tribunal Federal de Recursos, editando a Súmula nº 214, que prescreve: "A prestação de serviços em caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horários e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia".

Com essas posições jurisprudenciais, evidencia-se que as terceirizações estavam sujeitas a perder sua razão de ser, posto que podiam ser desvirtuadas em sua essência e minadas em suas vantagens, demonstrando a necessidade de se lhe traçar contornos mais delineados, identificando as situações nas quais uma atividade pode ser terceirizada, mais isentas de problemas.

De fato, a identificação das atividades que podem se sujeitar à execução indireta, através de terceirização, apresenta-se como importante aspecto a ser enfrentado para aclarar e solidificar a tendência à prestação descentralizada de determinados serviços.

O Decreto Federal nº 2.271, de 07 de junho de 1997 é citado como expoente entre as tentativas em arrolar as atividades que podem se sujeitar à execução indireta, por trazer critérios pautados na vontade do legislador e nas funções previamente definidas como do pessoal integrante da Administração Pública, bem mais específicos do que a conhecida distinção entre atividade-meio e atividade-fim, tercerizáveis somente as primeiras.

O Decreto em relevo veda a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvando apenas os casos de expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.¹⁰

Certamente as regras traçadas no Decreto Federal muito contribuíram para identificação das atividades que podem ser terceirizadas, sendo de muita valia também para afugentar os pleitos trabalhistas pretendentes à caracterização de relação empregatícia entre terceirizados e a Administração Pública, já que evidentemente sujeitos a regime jurídico diverso.

2.1. O Enunciado n. 331 do TST- Contornos compatíveis com a Constituição Federal- Possibilidade de terceirização em alguns casos.

Como já se comentou, o Enunciado n. 256 do TST oferece dificuldades à caracterização das terceirizações na Administração Pública.

Não obstante tenha o Decreto Federal nº 2.271/97 se prestado a trazer critérios que afastam a pretensão de configurar vínculo empregatício entre a Administração Pública, o Enunciado do Tribunal Superior persistia, inclusive em descompasso com a Constituição Federal que, em seu art. 37, II, determina a obrigatoriedade de concurso público para ingresso em cargos e empregos públicos.

10 - Assim consta no texto do Decreto nº 2.271/97: "Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente".

Em face disso, o TST reviu o Enunciado n. 256, adequando-o à Constituição Federal (como não poderia deixar de ser), de forma afastar a formação de qualquer vínculo empregatício entre trabalhador e a Administração Pública direta e indireta, mesmo que contratada por interposta empresa.¹¹

Na mesma oportunidade deixou evidente a admissão de serem terceirizados os serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e subordinação. Dessa forma, conferiu o TST tratamento compatível às terceirizações, ressaltando as atividades em relação as quais podem se prestar.

A regra de que as contratações ilegais são formadoras de vínculo empregatício, conforme dispunha o Enunciado n. 256 do TST deixou de ser aplicável à Administração Pública.

Até o presente, fica o entendimento sintetizado pelo Professor e Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES¹², de que são admitidas as terceirizações na Administração para prestação de "atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementares e, ainda assim, quando essas não estejam integrando elenco de atividades de cargo ou emprego, salvo se esses estiverem extintos ou 'em extinção'."

2.2. Cautelas na terceirização de atividades pela Administração Pública.

As terceirizações têm sido encaradas com descrédito porque não vêm sendo utilizadas como deviriam, de forma compatível com sua natureza jurídica. É que, infelizmente, alguns administradores descomprometidos com o interesse público aproveitam-se das imprecisões e adaptações que vêm sofrendo o instituto e terminam por desvirtuar seus propósitos.

11 - Assim é a redação do Enunciado n. 331 do TST: "Contrato de prestação de serviços- legalidade-revisão do enunciado nº 256. I- a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo direto com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974). II- a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional (art. 37, II da CF/88). III- não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. IV- o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do executivo judicial".

12 - Jorge Jacoby, *Responsabilidade Fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesas; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. Brasília Jurídica, Brasília, 2002, p. 70.

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹³, expondo sua preocupação com a utilização das terceirizações na Administração Pública, aponta que ordinariamente vem se travando contratações ilegais e inconstitucionais, aparentemente concebidas como *terceirização*, mas que, na verdade, constituem-se verdadeiras *burla à obrigatoriedade de concurso público* e escape para as intenções de nepotismo e apadrinhamento.

Nas observações da professora, o que se vem verificando na prática não é a contratação da prestação de serviços em si, mas sim as que veiculam como objeto o próprio fornecimento de mão-de-obra, essa inadmissível posto que a Administração deve observância à regra do concurso público.¹⁴

Ainda em suas considerações, destaca ser perfeitamente possível, no âmbito da Administração, a terceirização como contrato de prestação de serviços¹⁵, colacionando, inclusive a legislação que indica exemplificadamente aqueles que podem se sujeitar à prestação indireta¹⁶. Na mesma oportunidade, aproveita para chamar atenção ao importante fato de que a *terceirização admitida é aquela versando sobre a prestação de serviços* (como a locação de serviços), excluída a que tenha por objeto determinado serviço público como um todo, esses de prestação possível aos particulares somente sob a forma de permissão ou concessão de serviços públicos, jamais mediante terceirização.¹⁷

Diante das constatações fáticas e das importantes idéias da professora Di Pietro, percebe-se que a utilização das terceirizações pela Administração Pública não é tão tranquila e não está adstrita somente às questões quanto à formação de vínculo empregatício ou à identificação das atividades terceirizáveis.

13 - Di Pietro, *Parcerias na Administração Administração, Concessão, Permissão, Franquia, Terceirizações e outras Formas*. São Paulo, Atlas, 1997, pp 116-117.

14 - Para a autora essas contratações que se limitam a fornecer mão-de-obra, mascaram a relação de emprego que seria própria da Administração, escapando às normas constitucionais sobre servidores e sobre concurso público, além de não protegerem o interesse coletivo e favorecem favores e apadrinhamentos políticos. (Idem, p. 117)

15 - Observada a exigência de prévia licitação imposta pelo art. 37, XXI da CF/88.

16 - São esses os dispositivos normativos colacionados pela professora: 1. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, afirma serem preferencialmente de execução indireta as atividades relacionadas ao transporte, à conservação, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes; 2. Decreto-lei nº 2.300 que previu a locação de serviços; 3. Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, II, considera como serviço: a demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais, e, em seu art. 13, traz mais um elenco de serviços, quais sejam: estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal e restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

17 - Idem, idem.

Sua admissibilidade está sujeita à avaliação de relevantes e indispensáveis critérios, sob pena de se tornarem instrumentos antagônicos ao interesse público.

2.3. Limitações à terceirização na Administração Pública pela Lei de Responsabilidade Fiscal- LRF.

Acrescenta-se ainda à questão das terceirizações na Administração Pública os limites contábeis impostos pela Lei Complementar nº 101/00 à sua utilização.

O legislador federal, preocupado em estabelecer normas de finanças públicas para o controle das despesas efetuadas pelas administrações da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabeleceu limites, em seu art. 18, § 1º, aos contratos de terceirização de mão-de-obra e, em seu art. 72, aos serviços de terceiros.

Assim, as terceirizações na Administração Pública, além de deverem observância às regras de que somente podem ter por objeto as atividades-meio do Estado, excluído o fornecimento de mão-de-obra, agora passam a ser limitadas também por norma de contabilidade pública, ou seja, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ocorre, que a limitação dos serviços de terceiros contida no artigo 72 assinalado não vem sendo aceita pacificamente na doutrina pátria, tendo o professor **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes** como expressivo exemplo, ao questionar a abrangência da expressão serviços de terceiros e a refutar a severamente interpretação literal do dispositivo.

Ainda, como já se destacou, o artigo 72 da LRF está tendo sua constitucionalidade questionada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN nº 2238-5.

Como se vê o destino do dispositivo em questão ainda se encontra incerto, estando no aguardo de análise definitiva do Supremo Tribunal Federal, que, muito embora tenha negado pedido de liminar, ainda não apreciou definitivamente seu mérito, restando ainda aos juristas profícuo espaço para discussões.

3. A Interpretação Do Artigo 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal

Discute-se o art. 72 da Lei de Responsabilidade no que diz respeito ao que se pode entender como serviços de terceiros sujeitos à limitação de despesa.

Com respeito à busca pela interpretação adequada, encontram-se duas posições expressamente antagônicas, uma muito bem perfilhada e ardorosamente defendida pelo professor Jacoby e a outra, sustentada também com argumentos próprios, manifestada pelo Tribunal de Contas da União.

Para autoridade que cada um dispõe para tratar do assunto, importante se faz comentar a respeito, para permitir futuras reflexões.

3.1. Exegese conferida ao art. 72 da LRF por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, propugnando pela existência de consideráveis vantagens da terceirização para o setor público, situando-a como instrumento de trabalho e desenvolvimento das atividades que pode e deve ser implementada com vantagens significativas¹⁸, desde que atendidos os requisitos legais para tanto- esses exaustivamente destacados por ele- insurge-se veementemente contra à interpretação literal do art. 72 da Lei de Responsabilidade, que, aparentemente, parece limitar as despesas com terceirizações (em sentido amplo) dos entes federativos.

Entende o autor que tal limitação, se concebida de forma ampla, envolvendo todo e qualquer tipo de serviço de terceiro, incorre em inconstitucionalidade, por ter a Constituição Federal, em seu art. 169, reservado à Lei Complementar a limitação com despesa de pessoal, não lhe cabendo, portanto, impor patamares para outras despesas com serviços em geral.¹⁹

Não imputa o professor Jacoby a eiva de inconstitucionalidade irreparável ao art. 72 da LRF, porque sugere que lhe seja conferida interpretação conforme a Constituição Federal, de forma a compatibilizá-lo com esta, e com a própria Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para o autor, a única exegese cabível ao dispositivo capaz de afastar qualquer pecha de inconstitucionalidade, seria aquela que coordena o art. 72 ao art. 18, § 1º do mesmo diploma, ou seja, aquela que entende como serviços de terceiros sujeitos à limitação a terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos.

Desta feita, propõe que seja o STF utilize-se da interpretação conforme, como única medida à garantia à constitucionalidade do dispositivo.

Sustenta seu entendimento em conhecidas normas de hermenêutica que proclamam: a interpretação sistemática, sugerida in casu, ao se destacar a necessária coordenação entre o art. 72 e o § 1º do art. 18, ambos da LRF; a teleológica, que busca a finalidade a ser alcançada pela norma, na espécie entendida pelo

18 - Jorge Jacoby, *Responsabilidade Fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. Brasília Jurídica, Brasília, 2002, p. 83.

19 - No texto original, pode-se encontrar essa constatação na passagem transcrita a seguir "Vislumbrando essa perspectiva, verifica-se que a Constituição Federal não permite à Lei Complementar imiscuir-se nesse tipo de despesa. De fato, enquanto é dever da União, legislando para a federação estabelecer os limites de despesa de pessoal e da dívida, não é permitido fixar limites para todas as atividades". (in, *Responsabilidade Fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. Brasília Jurídica, Brasília, 2002, p.75.

professor, como a finalidade de impedir que o administrador público viesse a transferir o contingente de servidores integrantes do quadro para imposta empresa²⁰ e a interpretação vertical, ou seja, conforme a Constituição, todas, conduzindo à mesma conclusão.

3.2. Manifestação do Tribunal de Contas da União quanto à exegese do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal e Instrução Normativa n° 003/00 do Tribunal de Contas dos Municípios no Ceará.

O Tribunal de Contas da União- TCU, por conta de consulta da Secretaria de Controle Interno do Senado Federal, foi instado a se manifestar no Processo 014.185/2001-3, acerca da interpretação admitida para o art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo registrado entendimento expressamente divergente ao exarado pelo professor Jorge Jacoby, no exercício da função de Procurador-Geral do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal, no Ofício n° 191/01-PG²¹, em resposta ao Ofício n° 078/2001- SAC/SCINT/SF, no qual a mesma Secretaria do Senado Federal questiona a aplicação do art. 72.

Posicionou-se o TCU no sentido de que o art.72 da LRF abrange a totalidade das despesas com serviços de terceiros, ficando apenas deduzidos desse cômputo os gastos com pessoal caracterizados como de substituição de servidores e empregados públicos, referentes ao art.18, § 1° do diploma legal.

Como se percebe, não vislumbra o Tribunal de Contas da União qualquer indício de inconstitucionalidade na limitação de despesas com serviços de terceiros pela Lei Complementar n. 101/00.

No voto do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, devidamente confirmado em votação plenária, pediu o Ministro vênua para discordar do posicionamento do Procurador-Geral do Ministério Público no Tribunal de Contas da União no Distrito Federal, Jorge Jacoby, manifestado no Ofício n° 191/01-PG carreado aos autos, por entender que partiu de premissa equivocada no sentido de que a Lei de Responsabilidade Fiscal, regulando o art. 169 da

20 - Ainda, quanto ao sentido finalístico da norma, defende: "Entender de modo diverso seria condenar toda a Administração Pública à mais absoluta estagnação, pois estar-se-ia vedando aumentar o efetivo de pessoal- pelos arts. 19 e 20- e também a prestação do serviço público com auxílio da terceirização. Obviamente, nem mesmo o governo federal mais aparelhado que está ao cumprimento da LRF pode ser submetido a tamanha restrição. Logo, interpretar de modo diferente conduz ao absurdo, impondo-se aqui a milenar lição no sentido de que o intérprete deve rejeitar sumariamente as exegeses que conduzem ao absurdo.

21 - Manifestação, obviamente, no mesmo sentido da exposta na obra *Responsabilidade Fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*, devidamente mencionada no presente.

Constituição Federal, só poderia tratar de despesas de pessoal, premissa essa da qual *construiu um arcabouço lógico conducente à conclusão de que a única interpretação possível para o art. 72 seria a que o limite de despesa com serviços de terceiros refere-se à despesa que o art. 18, § 1° da própria lei classificou como outras despesas de pessoal.*

Sustenta o Relator que a Lei de Responsabilidade Fiscal não se limita a regulamentar somente despesas de pessoal, posto que, em seu próprio art. 1° dispõe que estabelece normas de finanças públicas voltadas para responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título IV da Constituição.

Assim, defende o Ministro Relator, que não se presta a LRF somente para regular o art. 169 da CF/88, mas *todos os assuntos de finanças públicas, com fundamento no art. 163 da própria Carta Constitucional, daí porque não vislumbra inconstitucionalidade alguma em fixar limite para o total despendido com serviços de terceiros.*

Consigna no Relatório a coerência do disposto no art.72 com a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, posto que esta visa a responsabilidade na gestão fiscal que "pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas.

Vale registrar que o Tribunal de Contas dos Municípios no Estado do Ceará- TCM-CE, editou Instrução Normativa no mesmo sentido da manifestação do TCU quanto à interpretação conferida ao art. 72 da LRF, ou seja, de exclusão do cômputo de despesas com serviços de terceiros apenas os gastos com pessoal caracterizados como de substituição de servidores e empregados públicos, referentes ao art.18, § 1° do diploma legal.²²

Como se percebe, muito embora o TCU já tenha fixado entendimento, orientando como se procede o cálculo com despesas de serviços de terceiros, rechaçando a idéia de inconstitucionalidade do art.72, é de se lembrar, não obstante o peso de um entendimento deste Tribunal, que não lhe cabe decidir quanto à constitucionalidade de qualquer norma, nem em sede de análise incidental, portanto, enquanto se aguarda a manifestação do STF já provocado a se manifestar a respeito, abre-se espaço à discussão do assunto.

22 - Instrução Normativa n° 003/00- TCM, em seu art. 15, assim dispõe: "Os contratos de terceirização de mão-de-obra, celebrados a partir da vigência da LRF, devem discriminar os custos específicos de mão-de-obra, os quais serão contabilizados como "outras despesas de pessoal" para fins do previsto no art. 18, § 1° da LRF. Os demais custos serão computados como serviços de terceiros, na forma do art. 72 da LRF. Parágrafo único. Os contratos a que alude o caput, que não discriminem os custos específicos de mão-de-obra, serão contabilizados como "outras despesas de pessoal".

Conclusões

Diante da presente abordagem acerca das terceirizações no Brasil e dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal limitadores das despesas com contratos de terceirizações de mão-de-obra e serviços de terceiros, tem-se a concluir:

1. Terceirizar determinadas atividades da Administração Pública representa importante medida de bom senso à eficaz atuação administrativa, sobretudo na concepção do Estado moderno voltada aos anseios da eficiência, posto que não há razão para se deixar a seu cargo atividades auxiliares à consecução de seus fins institucionais, abarrotando máquina estatal, tanto de servidores, como de atribuições.
2. Às terceirizações, muita vezes salutares, devem ser reservados cuidados, notadamente quanto à fiscalização de seu emprego. A fixação pela Lei de Responsabilidade Fiscal de limites para despesas com atividades terceirizadas já é reconhecimento e resposta a uma fiscalização inoperante dos Poderes que deveria ser prontamente exercida nos termos fixados constitucionalmente. É de se cogitar que, caso a terceirização de atividades fossem utilizadas dentro dos limites do devido, provavelmente nem seria necessário combater excesso com esse tipo de despesa.
3. A interpretação teleológica do art. 72 da LRF não prescinde da análise prévia acerca da realidade das terceirizações no Brasil, que sob o escopo de consistir-se medida eficiente, termina por provocar excessivos gastos com despesas mal aplicadas, daí, provavelmente, a iniciativa de limitação.

Quanto à divergência de posicionamentos do Tribunal de Contas da União e do Procurador-Geral do Ministério Público no Tribunal de Contas do Distrito Federal, professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, acerca da constitucionalidade do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal, circunscrita à possibilidade ou não de tal diploma de limitar despesas com serviços de terceiros em face do disposto no art. 169 da Constituição Federal, entende-se que o fato de a Constituição somente ter reservado expressamente à Lei Complementar a fixação de tetos para despesa de pessoal, não o fazendo para outras despesas, não inibe a possibilidade de a LRF limitar aquelas com serviços de terceiros, tal como se encontra disposto em seu art. 72.

4. É que, muito embora possa haver aparência não somente exorbitância ao art. 169 da CF/88, mas também de afronta à autonomia financeira e orça-

mentária dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o dispositivo da LRF não merece essa leitura, inclusive porque se trata de disposição transitória, muito bem afinada com os propósitos da Lei e com as competências legislativas traçadas pela própria Constituição para o Federalismo brasileiro, nas quais, cabe à União dispor sobre normas gerais de direito financeiro, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal.

5. Traçar normas gerais sobre finanças públicas, voltadas à prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, como o fez a LRF, certamente diz respeito à possibilidade de fixar limites para despesas eleitas pelo legislador, provavelmente por fruto de análises de contas, como excessivas, de forma a garantir o cumprimento dos percentuais de gastos a serem observados com saúde e educação, por exemplo. Além do que, se é necessário reorganizar as contas públicas, a estipulação de limites de gastos parece medida da qual não se pode prescindir.
6. Não obstante o exposto, registre-se que, entender pela constitucionalidade do art. 72 da LRF não inibe sua análise crítica, sobretudo no que diz respeito à eleição do exercício de 1999 como paradigma para o limite com despesas de serviços de terceiros nos três exercícios seguintes. É de se indagar em qual critério se baseou o legislador para entender como limite ideal o despendido em 1999 com serviços de terceiros, inclusive porque não se deve desconsiderar que o art. 72 atinge todos os entes federativos, indistintamente, mas cada um possui necessidades e circunstâncias administrativas tão diversas. Provavelmente outro critério contábil deveria ter sido levado em conta na elaboração do art. 72.

Como consequência dessa falta de critério, vem a dificuldade de observância prática do dispositivo e de adaptação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

7. Por fim, entende-se que, afastando-se um pouco a perspectiva de ordem contábil, se o art. 72 tivesse vindo para moralizar a prática de terceirizações pelas administrações públicas brasileiras, veio em boa hora. Contudo, não se parar e confiar somente nele, tanto porque é transitório, quanto porque não contorna a situações das terceirizações ilícitas, chamando-se aqui à responsabilidade os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo para o exercício de suas competências.

Bibliografia

- CASTRO**, José Nilo de. *Responsabilidade Fiscal nos Municípios*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. Brasília Jurídica, Brasília, 2002.
- MARTINS**, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo, Malheiros, 1995.
- MOTTA**, Carlos Pinto Coelho e **FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar n. 101, de 4/5/2000*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- PIETRO**, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Administração, Concessão, Permissão, Franquia, Terceirizações e outras Formas*. São Paulo, Atlas, 1997.

Outorga de Águas

Luciola Maria de Aquino Cabral.
Procuradora do Município de Fortaleza.
Especialista em Direito Público.
Mestranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento.
Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais.

Sumário

Introdução.

1. Recursos hídricos na Constituição Federal de 1988.

2. Bem público.

3. Outorga das águas. Natureza jurídica. Formas de materialização.

4. Cobrança pelo uso de recursos hídricos.

Conclusão.

Bibliografia.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 declara como pertencentes à União os bens referidos no art. 20, interessando-nos, para efeito do presente estudo, aqueles contidos no inciso III, a saber: "os lagos, rios e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado da federação, sirvam de limite com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais".

Importa salientar que o texto constitucional inovou no tratamento conferido aos recursos hídricos, deixando de recepcionar alguns dispositivos legais que regulamentavam a matéria, como por exemplo, o art. 29 do Código das Águas.

O texto constitucional estabelece ainda no inciso I do art. 26 que: "são bens dos Estados, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União."

As águas, pertencentes que são à União e aos Estados, conforme enunciado no inciso III do art. 20 e I do art. 26 da Carta da República, são consideradas bens do domínio público, ou, como assevera Celso Antônio Bandeira de Melo, são bens do domínio hídrico, assim compreendidas as águas salgadas e doces, incluindo o mar territorial, as águas dormentes e correntes qualificáveis como públicas. (in, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 732).

Segundo o autor, os lagos e lagoas situados e murados por um só prédio particular e que não forem alimentados por correntes públicas não são bens públicos. Essa discussão, entretanto, não será empreendida no momento.

Os recursos hídricos integram o meio ambiente, direito de todos, constituído como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, nos termos do art. 225, caput da Constituição Federal de 1988.

A dicção do citado dispositivo não deixa dúvida quanto à identificação do bem constitucionalmente tutelado, a saber: "o meio ambiente ecologicamente equilibrado".

No âmbito do ordenamento jurídico, o preceito contido no caput do art. 225 referente ao dever imposto ao Poder Público assim como à coletividade de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, traz implícita a necessidade de se adotar políticas públicas visando à conservação e preservação do meio ambiente, a disponibilização de instrumentos jurídicos aptos a solucionar problemas decorrentes da ação humana e a criação de mecanismos de controle preventivo (licenciamento e monitoramento) e repressivo (fiscalização).

Assim, as políticas ambientais devem contemplar, pelo menos em princípio, as políticas dos recursos hídricos a ser desenvolvidas pelas unidades da federação de forma articulada e em regime de cooperação quando necessário.

As regras para a implementação de políticas públicas ambientais foram definidas pela legislação ordinária, que cuidou de regulamentar as diversas matérias que compõem o tema "meio ambiente" (fauna, flora, caça, águas etc), as quais, entretanto, devem ser analisadas em seu conjunto, uma vez que o ordenamento jurídico é composto por um sistema de normas que se complementam.

Todavia, deve ser considerado pelo intérprete que parte dessa legislação data de antes da Constituição Federal de 1988 e que nem toda ela foi recepcionada.

1. Recursos Hídricos na Constituição Federal de 1988.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 ao estatuir que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...", estabeleceu que o contorno jurídico-político ora adotado corresponde a um modelo político democrático baseado nos princípios do federalismo e da legalidade dentre outros.

Traço característico do federalismo consiste na descentralização do poder, cuja operacionalização se faz por meio da repartição de competências.

Para Raul Machado Horta, a repartição de competências é uma exigência para a própria existência do federalismo, devendo a Constituição estabelecer, desde logo, as atribuições de cada esfera de Poder, determinando os limites da competência, de forma que cada ente da federação saiba onde começa e onde termina a sua competência. (in, *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v.33, p.249, 1991).

A técnica de repartição de competências adotada pelo legislador constituinte busca alcançar o federalismo de equilíbrio, ou seja, aquele cujas tendências não se apresentam de forma acentuada para a centralização ou a descentralização.

Analisando o conjunto de normas sobre meio ambiente, é possível afirmar que a União detém competência privativa para legislar sobre águas (inciso IV do art. 22 da CF/1988) e os Estados-membros detém competência suplementar, na conforme previsto no § 2º do art. 24 do texto constitucional.

O inciso XIX do art 21 da Carta da República diz que: "Compete à União, instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso".

Assim é que, com base no dispositivo acima citado, a União, através da Lei nº 9.433, de 1997, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, na qual foi implementado o regime de outorga do direito de uso de recurso hídrico e sua cobrança.

Em decorrência da tutela constitucional conferida ao meio ambiente, a Lei nº 9.433/97, prescreveu como sendo objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Tais objetivos estão em consonância com o que estabelece o art. 225 da Constituição Federal de 1988 e com as disposições da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente.

Deve ser observado, por último, que, dentre as diretrizes gerais de ação para gestão dos recursos hídricos, foi estabelecido no inciso III do art. 3º da Lei nº 9.433/97, a integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental.

2. Bem Público.

Os bens públicos obtiveram a primeira classificação metódica através do Código Civil de 1916, a qual foi mantida pelo estatuto atual.

O art. 99 do vigente Código Civil classifica os bens públicos em três categorias distintas:

- I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
- II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
- III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades."

O critério utilizado para a classificação dos bens, entretanto, é o da **destinação ou afetação**, como salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos, os mercados públicos, os cemitérios públicos etc.; existindo uma terceira, os quais não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis. (in, Direito Administrativo, 15ª ed., Editora Atlas S. A., 2003, p. 541).

Assim, a Lei Federal nº 9.433, de 08.01.97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, reforça o entendimento acerca da institucionalização de regime jurídico específico para as águas, o que afeta fundamentalmente o domínio no que tange à gestão dos recursos hídricos sob o poder soberano do Estado.

O art. 1º do citado diploma estabelece os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, destacando-se o inciso I que a **água é um bem de domínio público**.

Deste modo, considerando que a Constituição Federal de 1988 delimitou os bens da União e dos Estados, quanto aos recursos hídricos, nos arts. 20, III e 26, I, respectivamente, a dominialidade das águas está diluída apenas entre a União e os Estados-Membros; não repetindo a previsão da Constituição anterior, para os Estados-Membros, onde constava a expressão "em terrenos de seu domínio", o que impõe a conclusão de que as águas que não pertencem à União passam a integrar o domínio dos Estados. Ressalte-se que o texto

refere-se à águas em suas diversas maneiras de manifestação: águas superficiais; águas subterrâneas; águas fluentes; águas emergentes e águas em depósito; res-salvando, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Para melhor compreensão da abrangência da expressão **domínio público**, José dos Santos Carvalho Filho destaca que há sentidos variados para o tema, sendo necessária a interpretação em seu sentido amplo considerando que comumente há referência aos bens que pertencem ao domínio do Estado, ou que estejam sob sua administração e regulamentação, e, de outro modo, o domínio público pode ser visto como um conjunto de bens destinados à coletividade. Sob esse aspecto, "incluir-se-iam não somente os bens próprios do patrimônio do Estado, como aqueles que servissem para a utilização do público em geral, mesmo quando fossem diversos dos bens que normalmente são objeto de de propriedade (como as praças públicas, por exemplo) ou quando se caracterizassem pela inapropriabilidade natural (como o ar, por exemplo)." (in, Manual de Direito Administrativo, ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999, p.767).

Segundo o Autor, os bens públicos estão inseridos no âmbito do **domínio eminente**, que diz respeito ao "poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade os bens situados em seu território", não tendo qualquer referência com ao domínio de caráter patrimonial. Nesse contexto, pode-se afirmar que esses bens têm uma disponibilidade potencial em razão do poder soberano atribuído ao Estado. **O domínio eminente** abrange três categorias: os bens públicos; os bens privados e os bens não sujeitos ao regime normal da propriedade, como, por exemplo, o espaço aéreo e as águas. No âmbito político, que é inerente à concepção de domínio eminente, estão relacionadas todas as formas de intervenção que o Estado emprega na propriedade privada, considerando sua função social revigorada pela Constituição de 1988, onde se inclui o regime especial de domínio em relação a algumas espécies de bens, como os situados no subsolo e nas águas. (in, ob. cit., p.768).

Decorrem deste aspecto político as formas de intervenção do Estado na propriedade privada, seja por meio do instrumento da desapropriação ou ao estabelecer limitações administrativas. Essa prerrogativa de intervir é que lhe permite criar regime jurídico especial de domínio em relação a algumas espécies de bens, tais os situados no subsolo, nas águas, florestas etc. E, embora não seja o Estado proprietário de todos os bens, pode instituir regimes específicos que afetam profundamente o domínio.

Não resta dúvida, portanto, que a água é um bem público, de domínio eminente, integrando o domínio da União ou do Estado, de acordo com o desiderato constitucional.

O direito ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida da população”, assegurado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, no qual encontra-se inserido o **direito de acesso à água para satisfação das necessidades básicas e proteção dos ecossistemas**, não se confunde com o direito de uso de recursos hídricos previsto na Lei nº 9.433/97, o qual gera conseqüências de ordem econômica.

Paulo Affonso Leme Machado salienta que da conceituação da água como “bem de uso comum do povo” podem ser extraídas as seguintes conseqüências:

- a) o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa, física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial;
- b) o uso da água não pode significar a poluição ou agressão desse bem;
- c) o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado;
- d) a concessão ou a autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público. (in, Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 25).

O uso da água em pequena quantidade, por outro lado, não pode ser cobrado.

Na análise de José Ribeiro, o direito de propriedade dos particulares sobre as águas, surgido anteriormente à vigente Constituição Federal, foi totalmente retirado ora inexistindo a categoria de águas particulares. De acordo com o novo regime jurídico, aos particulares somente é permitida a outorga do direito de uso, o que não implica na alienação parcial das águas, posto que estas são inalienáveis. (in, Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais, Juruá Editora, Curitiba, 2000, p.40).

Discute-se, entretanto, sobre a necessidade ou não de indenização aos antigos proprietários, detentores do respectivo registro público das águas que antes permeavam o seu domínio e que, após a Constituição de 1988, passaram a integrar os bens dos Estados ou da União.

Renato Alessi, jurista italiano, entende que a promulgação da lei que estabelece a dominialidade é causa da passagem automática da propriedade de cada um dos bens do Estado, sem que isso possa dar motivo a indenização, por faltar o requisito da especialidade do sacrifício do direito privado. Em sentido contrário entendem Sebastián Martín-Retortillo e Díez-Picazo. (apud, Paulo Affonso Leme Machado, p.28). A doutrina não é uniforme.

3. Outorga de águas. Natureza jurídica. Formas de materialização.

A outorga do direito de uso dos recursos hídricos encontra-se prevista no inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal de 1988, o qual foi regulamentado pela Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

O citado diploma legal definiu em seu art. 5º, seis instrumentos para implementar a execução das políticas e diretrizes concernentes aos recursos hídricos, a saber: I - os Planos de Recursos Hídricos; II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V - a compensação a municípios; VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Deve ser destacado, em princípio, que a outorga do direito de uso dos recursos hídricos referida no texto constitucional não constitui instituto novo. Cuida-se de ato administrativo, mediante o qual o Poder Público confere a alguém o direito de fazer uso de um determinado bem, na forma e condições estipuladas no respectivo ato.

Diógenes Gasparini define a outorga como sendo um processo. Segundo o autor, processo de outorga “é o que permite à Administração Pública atribuir, a quem o requer, um direito.” Acrescenta ainda que o processo de outorga, consoante Hely Lopes Meirelles, “é aquele em que se pleiteia algum direito ou situação individual perante a Administração”. (in, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 760).

Salienta ainda o mesmo autor que: “Processo administrativo, em sentido amplo, consiste no conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessários ao registro de atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.” São exemplos de processos de outorga os que têm por objeto a concessão de serviço público e a permissão de uso de bem público. Entretanto, o que caracteriza fundamentalmente o processo de outorga, é o fato de que o interessado não possui direito subjetivo ao que pleiteia, embora as decisões proferidas no aludido processo sejam vinculantes e, em princípio, irrevogáveis para o Poder Público, por acarretarem direito subjetivo para o beneficiário. Tratando-se, porém, de ato discricionário, será por natureza precário e passível de revogação, vez

que tais atributos integram sua essência, a exemplo da permissão de uso de bem público. (in, ob. cit., p. 760)

O processo de outorga, assim como entendido por Diógenes Gasparini, rege-se pela Lei Federal nº 9.784/99, devendo, portanto, observar os princípios estruturadores do processo administrativo: a) legalidade objetiva; b) oficialidade; c) informalismo; d) publicidade.

Fixadas essas premissas, pode-se dizer que a outorga de uso dos recursos hídricos possui **natureza jurídica** de ato administrativo, materializado através de processo administrativo, sob a forma de autorização, permissão ou concessão, segundo as condições e destinação conferida ao bem público.

O uso de bem público pode ser conferido a pessoa jurídica de direito público ou a particular, podendo o uso ser classificado em **uso normal** ou **uso anormal**, entendendo-se por uso normal o que se exerce em conformidade com a destinação principal do bem; e por uso anormal o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contradição com aquela destinação. É como ensina Maria Sylvia Z. Di Pietro. (in, Direito Administrativo, Editora Atlas S. A., São Paulo, 2003, p. 558/559).

O bem público poderá ter destinação de bem de **uso comum ordinário**, sujeito a determinadas regras (generalidade, liberdade, igualdade, gratuidade), ou, bem de **uso comum extraordinário**, sujeito à remuneração e ao consentimento da Administração.

Consoante Di Pietro, o bem público poderá ainda ter destinação de uso privativo, ou de uso especial, *quando a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público.* Nesta hipótese, guardará as seguintes características: a) a **exclusividade** na utilização da parcela dominial, para a finalidade consentida; b) a exigência de **título jurídico individual**, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido.

O título jurídico individual poderá ser **público** ou **privado**, sendo o primeiro inerente e obrigatório para o uso privativo de bens de uso comum e de uso especial. Os bens de uso comum do povo e uso especial constituem **bens fora do comércio jurídico de direito privado**, portanto, as relações jurídicas deles decorrentes sujeitam-se às regras de direito público, resultando daí que, para **fins de uso privativo** são possíveis apenas três instrumentos:

- a) a **autorização**;
- b) a **permissão**;
- c) a **concessão de uso**.

O título jurídico privado, por outro lado, é passível de utilização somente sob expressa previsão legal e abrange: a locação, o arrendamento, o comodato e a concessão de direito real de uso.

A outorga do direito de uso de recursos hídricos, portanto, poderá ser efetuada por meio de **autorização, permissão ou concessão de uso**.

Autorização de uso é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade, de forma gratuita ou onerosa. A utilização do bem, no caso, não tem como premissa atender à utilidade pública, mas sim ao interesse do particular. Esta peculiaridade constitui, na verdade, o traço característico que distingue a autorização da permissão e da concessão, identificando-se importantes efeitos, a saber:

- a) a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão;
- b) é outorgada, em geral, em caráter transitório;
- c) confere menores poderes e garantias aos usuários;
- d) dispensa licitação e autorização legislativa;
- e) não cria para o usuário um dever de utilização, mas simples faculdade.

Segundo Di Pietro, a autorização pode ser **simples** (sem prazo) e **qualificada** (com prazo). Exemplo de autorização qualificada é o caso de derivação de águas, no interesse do particular, com fundamento no art. 43 do Código de Águas. (in, ob. cit., p. 564/565).

Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público, para fins de interesse público. *A permissão pode recair sobre bens públicos de qualquer espécie.*

O direito brasileiro alinha três diferenças básicas entre a Autorização de Uso e a Permissão de Uso: a) enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo; b) dessa primeira diferença decorre outra, relativa à **precariedade**, traço comum entre ambas às modalidades, embora seja mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso da permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público; c) a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma **faculdade** de uso, ao passo que a permissão, sendo

conferida no interesse predominantemente público, **obriga** o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.

A outorga de permissão qualificada ou condicionada de uso, conforme anota Di Pietro, acarreta para o Poder Público *a redução da precariedade do ato, constituindo, em consequência, uma autolimitação ao seu poder de revogá-lo, o que somente será possível quando a utilização se tornar incompatível com a afetação do bem ou se revelar contrária ao interesse coletivo, sujeitando a Fazenda Pública a compensar pecuniariamente o permissionário pelo sacrifício de seu direito antes de findo o prazo estabelecido.* (in, ob. cit., p.566).

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação.

A concessão é um contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*, mais utilizado preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário.

O art. 2º da Lei 8.666/93 estabelece que a concessão se fará por meio de licitação, todavia, o citado dispositivo não faz referência quanto à modalidade a ser utilizada.

Di Pietro, citando Raimundo Nonato Fernandes, ressalta que a concessão poderá contemplar as seguintes modalidades:

- a) de **exploração** ou de **simple uso**, conforme seja, ou não conferido ao concessionário poder de gestão dominial, substituindo-se à Administração concedente;
- b) **temporária** (como a concessão de águas e a maioria das utilizações privadas) ou **perpétua** (como a de sepultura);
- c) **remunerada** ou **gratuita**; d) de **utilidade pública** (como a que é acessória de uma concessão de serviço público) ou de **utilidade privada** (como a de sepultura, a de derivação de águas para irrigação, de exploração de campos de algas e de minas). (in, ob. cit., p. 568/569)

4. Cobrança pelo uso de Recursos Hídricos.

A cobrança pelo uso de recursos hídricos, instituída pela Lei 9.433/97, constitui mais um instrumento de gestão do seu sistema de gerenciamento, cujos objetivos, conforme estabelece o art. 19 da Lei 9.433/97, consistem em: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II - incentivar a racionalização do uso da água; III - obter

recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

O art. 20 do citado diploma legal prescreve que serão objeto de cobrança os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 da mesma Lei.

O art. 21, por sua vez, estabelece os critérios que deverão ser observados para fixação dos valores a serem cobrados: I - nas derivações, captações e extrações de água, o volume retirado e seu regime de variação; II - nos lançamentos de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, o volume lançado e seu regime de variação e as características físico-químicas, biológicas e de toxicidade do afluente.

Outro ponto importante destacado pela Lei 9.433/97 reside na destinação dos valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos, os quais serão aplicados prioritariamente **na bacia hidrográfica em que foram gerados** para financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos e no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Paulo Affonso Leme Machado ensina que *a utilização da cobrança pelo uso dos recursos hídricos é uma das formas de se aplicar o Princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992: "As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais."* (in, Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 79).

Antônio Eduardo Lanna destaca, por outro lado, que "As Políticas Nacional e Estaduais de Recursos Hídricos no Brasil têm enfatizado as contribuições da cobrança para a racionalização econômica e a viabilização financeira de investimentos. O objetivo financeiro será aparentemente aquele que orientará a quantificação dos valores a serem cobrados. Eles serão determinados em função dos planos de bacia hidrográfica e dos investimentos neles previstos. Serão uma espécie de rateio de custo entre os usuários de água e dos beneficiários das melhorias a serem geradas na bacia pelas intervenções. O efeito de racionalização econômica sempre estará presente, já que a cobrança, especialmente quando seus valores são suficientemente indutores, determina uma reação dos usuários no sentido de economizar o recurso. Ao contrário dos tributos, a cobrança está sendo estabelecida para se assemelhar mais a uma taxa condominial. A

Política Nacional de Recursos Hídricos determina que ela será estabelecida por bacia, através da deliberação de Comitês de Gerenciamento especialmente formados com a participação de usuários de água, entidades públicas, privadas e organizações da sociedade." (Gestão dos Recursos Hídricos no Contexto das Políticas Ambientais, disponível na internet em < <http://www.mma.gov.br/web/pdf.file>. Acessado em 03.Março.2003).

O Estado do Ceará já instituiu o Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FUNORH, por meio da Lei nº 12.664, de 30 de dezembro de 1996, cujos recursos serão utilizados para financiar projetos voltados para a Política Estadual de Recursos Hídricos e para aplicação, preferentemente, nas intervenções na própria bacia onde foram originados.

A gestão de recursos hídricos, como se pode perceber, requer a implantação de um processo descentralizado de planejamento, no qual os integrantes dos Comitês deliberam sobre quais intervenções serão implementadas, tendo por base as suas necessidades e anseios e, também, as suas capacidades de pagamento.

Como ressalta Eduardo Lanna, a melhor analogia que existe, portanto, é a do condomínio de edifício, onde os moradores decidem as obras necessárias e o rateio de seus custos. E explica: *"Este instrumento tem acarretado alguma polêmica, embora seu uso na gestão de recursos escassos seja muito comum, afetando cotidianamente qualquer cidadão. No caso do uso do solo e, mais especificamente, das vagas de estacionamento nos centros das grandes cidades, é corriqueira a cobrança. Os valores cobrados podem ser fixos, como no caso das chamadas "áreas azuis", onde se deve colocar no parabrisas do carro um cartão que dá direito a uma ou duas horas de estacionamento, ou seja, à utilização do espaço. Nesse caso está se conjugando os dois instrumentos: outorga, com a limitação de tempo, e a cobrança. Essa, via de regra, devido aos baixos valores que são praticados, serve apenas para pagar o serviço de monitoramento dos fiscais, tendo portanto um objetivo de viabilização financeira e não de racionalização econômica pelo uso da vaga. Seria, portanto, equivalente à taxa que é cobrada pelos órgãos públicos de proteção ambiental para a emissão das licenças ambientais."*

Para estabelecer um paralelo entre situações envolvendo escassez de recursos, o citado autor cita outros exemplos: *"Em outros casos pode ocorrer uma cobrança progressiva em que cada hora adicional de permanência custa unitariamente mais caro. Esta prática é adotada no Terminal Menezes Cortes, no Centro da cidade do Rio de Janeiro. Diante disto, um usuário que necessite permanecer pouco tempo no Centro da cidade sempre encontrará vaga de estacionamento. Aquele que necessitar mais tempo de permanência deverá considerar o alto custo de estacionamento, que, em certos casos, será superior ao custo de deslocamento de táxi, fazendo-o optar por essa alternativa. Desta forma, racionaliza-se o uso*

de um recurso escasso induzindo aos grandes usuários, ou seja, aqueles que necessitam de muito tempo de permanência, a adotarem outras alternativas, e liberando as vagas para um maior número de usos com pouca intensidade, temporalmente falando. Verifica-se que nos exemplos de cobrança progressiva existe um efeito de racionalização econômica que pode ser primordial para a determinação dos valores a serem cobrados."

A racionalidade econômica, entretanto, nem sempre estabelece situações equânimes do ponto de vista social, podendo, em alguns casos constituir fator de discriminação.

A França adota modelo de cobrança bastante interessante. A alternativa adotada considera que os montantes a serem cobrados anualmente são baseados no volume de utilização na estação de estiagem, tanto no que se refere à derivação de água, quanto no lançamento de despejos. Isto determina que usuários que possam restringir o uso de água nestes períodos críticos o façam, induzidos pelas economias que receberão.

Ademais, a cobrança pelo lançamento de poluentes no meio hídrico é estabelecida por bacia, sendo considerados o tipo e o local de lançamento. Isto faz com que locais excessivamente poluídos com determinado poluente onerem relativamente mais os usuários que o lançam.

Verifica-se que a intervenção do Poder Público pode evitar o monopólio das águas, e sua conseqüente mercantilização, sem a observância de valores éticos. No Chile, onde não existiu esta preocupação, ocorreu uma grande aquisição de direitos de uso em certas bacias, por parte de empresas privadas de geração de energia elétrica, que não os usam, dificultando o desenvolvimento de atividades usuárias de água.

A chamada Reforma Tributária Verde ou Ecotributação, como é conhecida nos países industrializados, retrata uma política que tem sido aplicada de forma gradual e que tem como idéia central deslocar os tributos das atividades produtivas, fazendo com que passem a onerar aquelas que promovam a degradação ambiental.

Salienta Lanna que a Reforma Tributária Verde já em andamento em alguns países europeus utiliza este instrumento gerencial de forma mais abrangente, procedendo a cobrança pelo uso do ambiente (e não somente da água) como fossa de resíduos, gerando incentivos a um controle ambiental básico, recursos para o estabelecimento de subsídios a agentes que promovam níveis adicionais de controle e para investimentos e operação dos órgãos públicos envolvidos. (in, ob. cit., p. 106).

O citado autor adverte ainda que, em alguns casos, é estabelecido um remanejamento de impostos dentro do mesmo setor. Por exemplo, seriam aplicados tributos relativamente maiores a indústrias que não atinjam determinado nível de controle de

efluentes, sendo que os recursos arrecadados seriam destinados a atribuir prêmios pecuniários àquelas que os superem, ajudando-as a amortizar os investimentos de controle ambiental e introduzindo um estímulo às práticas conservacionistas. Isto poderia ser também adotado na cobrança pelo uso dos recursos hídricos, na forma de lançamentos de efluentes. Na situação não haveria a interferência do Poder Público no financiamento de obras de controle da poluição. As partes privadas seriam estimuladas a realizar seus próprios investimentos de acordo com o controle que já alcançaram e dos valores que lhes seriam cobrados ou concedidos como prêmio.

Rodrigo Andreotti Musetti destaca, por sua vez, que a cobrança pelo uso dos recursos ambientais (incluídos os hídricos) é um mecanismo econômico – legal de um sistema maior denominado Política Nacional do Meio Ambiente e que muito antes de 1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), o Código de Águas de 1934 (art. 36; 109; 110 e 11) já dispunha sobre a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e sobre aquilo que hoje chamamos de Princípio Usuário-Poluidor-Pagador. (in, Da Proteção Jurídico Ambiental dos Recursos Hídricos, LED – Editora de Direito Ltda., São Paulo, 2001, p. 86/87).

Não se cuida, portanto, de promover aumento de arrecadação, mas de estimular a produção e a criação de empregos, ao mesmo tempo em que se incentiva, por outro lado, a proteção ao meio ambiente.

O art. 11 da Lei 9.433/97 dispõe que “O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. A norma possui caráter vinculante, obrigando o Poder Público a somente conceder ou autorizar usos adequados, ou seja, quando não prejudiquem a qualidade e a quantidade do recurso natural, devendo ainda estabelecer critérios equânimes quanto ao acesso à água.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado reconhecido a todos, acarreta para o Poder Público e para a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, consoante prevê o art. 225 da Constituição Federal de 1998. A afirmação deste princípio constitucional se infere no inciso I do art. 2º da Lei 9.433/97, uma vez que “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos” constitui um dos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

O controle dos níveis de poluição dos recursos hídricos, portanto, bem como sua disponibilização deve ser um objetivo perseguido pelo Poder Público e pela coletividade. A implementação deste controle por parte do Poder Público poderá ser feita de duas maneiras:

- a) através do sistema de mandato e controle (command-and-control), no qual a autoridade licenciaria os despejos individuais, ou seja, estabeleceria seus níveis de abatimento e passaria a fiscalizar seu cumprimento, mediante a adoção de instrumentos normativos;
- b) por meio de mecanismo de incentivação econômica para a consecução do objetivo de abatimento ótimo, o órgão público aplicaria o princípio do poluidor pagador – ppp – através da cobrança pelos lançamentos.

A atividade de controle permitiria à autoridade ambiental impor uma cobrança por unidade de efluente, por exemplo, restando aos agentes poluidores as seguintes alternativas:

- a) continuar vertendo todo o efluente no rio, mas agora pagando o valor cobrado por unidade;
- b) abater toda a poluição gerada, tentando evitar a tarifa;
- c) os agentes abatem a poluição enquanto for mais barato fazê-lo, que pagar pelos lançamentos.

A alternativa “c” é a mais racional para o conjunto dos agentes poluidores. A mudança de comportamento dos agentes poluidores poderá ser induzida por meio dos mecanismos de cobrança, o que possibilitará ao órgão público obter êxito em sua gestão além de arrecadar recursos para despesas de monitoramento e investimentos na melhoria da qualidade das águas.

Considerando que os custos de tratamento são crescentes e o preço unitário cobrado pelos lançamentos é fixo, haverá um ponto ótimo em que parte da carga é abatida e parte é lançada. As conseqüências econômicas de cada decisão em termos de controle da poluição acham-se detalhadas em CÂNEPA, PEREIRA e LANNA (1999), conforme salienta Lanna. (in, ob. cit., p. 95).

A outorga dos direitos de uso de recursos hídricos e a cobrança pelo uso desses recursos são instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos que atuam no planejamento gerencial do meio ambiente, embora não estejam previstos de forma expressa na Política Nacional de Meio Ambiente.

Indiscutível, portanto, a necessidade de se promover a articulação entre os órgãos responsáveis pela gestão de recursos hídricos e pela gestão ambiental, a fim de que se possa dar efetividade aos objetivos lançados pela Política Nacional de Meio Ambiente.

Merece ser avaliada a possibilidade de inclusão mais efetiva de instrumentos econômicos como alternativa gerencial das políticas ambientais.

CONCLUSÕES.

A gestão dos recursos hídricos deve ser contemplada no contexto das políticas ambientais, em especial porque a dicotomia hoje existente no âmbito das três esferas de governo – federal, estadual e municipal – no que concerne a questão do licenciamento ambiental deve ser superada.

No caso específico de lançamentos de resíduos nos corpos hídricos verifica-se a necessidade de licenciamento ambiental, por parte do órgão ambiental, todavia, a outorga de lançamento de efluentes nos corpos de água requer **prévia** manifestação do órgão de recursos hídricos. Essa dicotomia acarreta algumas dificuldades, em decorrência da falta de comunicação e interação entre os distintos órgãos.

O mais racional seria que houvesse prévia manifestação do órgão de recursos hídricos, a fim de que fossem avaliados os impactos dos lançamentos quanto a qualidade dos corpos hídricos afetados, tendo em vista os objetivos de qualidade fixados pelo enquadramento dos corpos de água. Isto por que o licenciamento ambiental por ser mais amplo, alcança todos os impactos ambientais que direta ou indiretamente possam repercutir sobre os demais elementos ambientais.

O licenciamento ambiental se constitui, portanto, em importante mecanismo de controle da gestão ambiental, cuja função precípua se traduz em inviabilizar a implantação de empreendimentos incompatíveis com as exigências ambientais, nos termos da Resolução 237 CONAMA, que o regulamenta.

Trata-se, segundo Eduardo Lanna, *de um instrumento de planejamento que avalia os potenciais conflitos e determina as medidas mitigadoras necessárias para compatibilizar as demandas de uso e de proteção ambiental e acha-se inserido na atividade de Gerenciamento de Oferta do Ambiente vinculando o Gerenciamento da Oferta de Água.* (in, ob. cit., p. 103).

Solução ainda mais simples seria reunir tais atribuições em um mesmo órgão, de forma que houvesse melhor interação e uma unificação de procedimentos.

As vinculações existentes entre o Gerenciamento das Águas e o Ambiental enfatizam as dificuldades de implementação de políticas ambientais, tendo em vista que tais atividades devem ser realizadas de forma articulada e integrada. Neste momento, contudo, dificuldades de ordem prática se interpõem, uma vez que existem no âmbito federal e no âmbito dos estados distintos órgãos de meio ambiente e de recursos hídricos.

Ademais, embora a Política Nacional de Recursos Hídricos se encontre em fase de implementação, esta deverá ser vista no contexto da Política Nacio-

nal de Meio Ambiente, a qual carece, mais do que a de recursos hídricos, de uma série de modernizações conceituais e instrumentais para viabilizar um novo modelo de Gestão Ambiental.

Como destacou Paulo de Bessa Antunes, o instrumento da outorga do direito de uso dos recursos hídricos, juntamente com o estabelecimento da cobrança por sua, é um dos fatores mais importantes trazidos pela nova legislação. (in, *Direito Ambiental*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002, p. 598). Ressalte-se ainda, que a inexistência de controles trouxe conseqüências danosas ao meio ambiente e para a sociedade, na medida em que os ônus pela manutenção de sua qualidade foram transferidos para esta de maneira extremamente desigual.

Considerando-se, portanto, que a água é um bem de valor e fator de desenvolvimento econômico, a cobrança pelo uso de recursos hídricos, segundo Paulo Affonso Leme Machado, deve levar em conta o **preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem.** (in, ob. cit., p. 32).

Por fim, o uso de instrumentos econômicos de gerenciamento ambiental e das águas, conjugado com instrumentos normativos, deve ser uma das vias para o **aprimoramento** de ambas as atividades gerenciais.

Atenção maior deve ser dirigida à Reforma Tributária Verde, como alternativa válida para conjugar um ambiente protegido com objetivos sociais e econômicos. Os instrumentos econômicos devem ser agregados pela legislação ambiental ao elenco de alternativas de Gerenciamento Ambiental.

Bibliografia

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 6. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, , 2002, p. 598.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999, p.767.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. , Direito Administrativo, 15. ed., Editora Atlas S. A., 2003, p. 541.
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 760).
- HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v.33, p.249, 1991.
- LANNA, Antônio Eduardo. Gestão dos Recursos Hídricos no Contexto das Políticas Ambientais, disponível em < <http://www.mma.gov.br/web/pdf.file>. Acessado em 03.Março.2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos Hídricos – Direito Brasileiro e Internacional, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 732.
- MUSETTI, Rogério Andreotti. Da Proteção Jurídico Ambiental dos Recursos Hídricos, São Paulo: LED, 2001, p. 86/87.
- RIBEIRO, José, Coordenação; FREITAS, Vladimir Passos de. Águas – Aspectos Jurídicos e Ambientais, Curitiba: Juruá, 2000, p.40.

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Rosaura Moreira Brito Bastos

Procuradora do Município de Fortaleza

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará

Professora da Faculdade Christus e da

Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Sumário

Introdução

1. Afronta ao princípio da legalidade
2. Descumprimento do dever de sigilo
3. Agressão ao princípio da legalidade
4. Agressão ao princípio da isonomia

Conclusão

Bibliografia

Introdução

A Administração Pública fundamenta toda a sua atividade no princípio da realização do bem comum, na prevalência do interesse público sobre o privado. O interesse público é a sua razão de ser. Daí que seus atos devem ser praticados sempre em perfeito atendimento aos mais elementares deveres de honestidade, lealdade e moralidade, de forma legal, para que o destinatário final de sua atividade possa ter plena segurança quanto a sua legitimidade. É preciso que a Administração Pública, portanto, tenha plena credibilidade junto ao administrado.

Considerando que a fiscalização dos atos da Administração Pública pelo administrado é alvo de uma série de limitações de ordem prática, desde a falta de informação e até uma certa acomodação de ordem cultural, a Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, ao estabelecer a espécie de improbidade por atentado aos princípios da Administração Pública, revela-se como importante instrumento de proteção, ou mesmo de resgate, da probidade administrativa, com severas punições direcionadas para aqueles que se desviam do mínimo ético exigível.

É o seguinte o teor da caput do artigo 11 da mencionada lei:

Art. 11 Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da

Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Busca-se, com efeito, promover a realização, dentre outros, do princípio da eficiência, princípio ora inserido no caput do artigo 37 da Carta Magna por força da Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998, que exprime a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público. É de se destacar, ainda, que as punições de ordem disciplinar para aqueles servidores que atentam contra tais princípios são decorrentes do fato de que a ineficiência do serviço público compromete todos os fundamentos da atividade administrativa e, conseqüentemente, sua credibilidade. **É direito subjetivo de todo cidadão uma Administração proba, ética, eficiente, transparente, pautada pela honestidade e pelo respeito ao bem comum.**

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca a supremacia dos princípios sobre as normas, asseverando que princípio "é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."

De todo o exposto até então, cabe abrir um parêntese sobre o tema com a seguinte questão: se é indiscutível que agredir um princípio é muito mais grave que agredir uma norma, por que será que as sanções para a espécie de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública são mais leves do que as aplicadas às demais espécies? Em seu artigo 12, a ora comentada lei estabelece as penas aplicadas ao agente ímprobo, nas suas diversas espécies de improbidade.

Para os casos de improbidade por enriquecimento ilícito, o inciso I prevê a "perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão

dos direitos políticos de **08 a 10 anos**, pagamento de multa civil de até 3 vezes o acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **10 anos**" (Deu-se realce).

Para as hipóteses de lesão ao erário, o inciso II estabelece "ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de **05 a 08 anos**, pagamento de multa civil de até 2 vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **05 anos**" (Fez-se destaque).

Por fim, e é aqui que surge a aparente impropriedade, para os casos que atentam contra a lógica do sistema jurídico da probidade administrativa o inciso III prevê "ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de **3 a 5 anos**, pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de **3 anos**" (Grifo desta autora).

Como se vê, há uma aparente incoerência no sistema legal da improbidade administrativa, porquanto pune mais severamente as condutas de enriquecimento ilícito e lesão ao erário, enquanto as que agridem os princípios da Administração recebem punição mais leve, quando se sabe que os princípios são bem mais importantes do que as normas e deveriam ser, ao lado da probidade, verdadeiro objeto de proteção dessa lei. A incoerência, na verdade, é apenas aparente porque qualquer espécie de improbidade administrativa atenta contra os princípios da Administração Pública, causando ou não dano ao erário ou propiciando ou não o enriquecimento ilícito do agente.

Por fim, destaque-se que, como os incisos dos demais artigos relativos às espécies de improbidade, os incisos do artigo 11 são meramente exemplificativos. As condutas ali previstas são necessariamente dolosas; não admitem mera culpa em sentido estrito, pois ninguém é desonesto sem querer, por negligência. Desse entendimento resulta a noção de que é preciso muito cuidado ao se interpretar o artigo 11, principalmente no que toca ao seu caput. É que uma leitura apresada pode levar à falsa concepção de que o legislador teria equiparado o ato de improbidade a qualquer ato ilegal. Cabe aqui fazer uso do princípio da

proporcionalidade, bem como da razoabilidade. As condutas irregulares cometidas sem má-fé escapam do universo da improbidade administrativa e a ela não pode ser equiparada.

Marcelo Figueiredo¹ assevera que "(...) a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade, ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade, etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade. (...) Ao que parece, os formuladores da lei olvidaram-se de estudo aprofundado a propósito da teoria do dano (sentido lato), não estabelecendo gradações e proporcionalidade entre as normas primárias e secundárias do dispositivo legal. O resultado será a injustiça flagrante, se tomada a lei ao pé da letra."

Para que o ato seja tido como de improbidade administrativa não basta que seja meramente ilegal. Tem que trazer consigo a pecha de imoral, de conduta realizada com má-fé, com dolo. O objetivo da lei é regulamentar o artigo 37, parágrafo 4º, da Carta Magna, ampliando a tutela da probidade administrativa, sendo impossível simplesmente equipará-la à mera agressão à lei. Do contrário o legislador faria referência à ilegalidade administrativa e não à improbidade, que é um algo mais, que vai além da noção de legalidade, trazendo em seu contexto a mácula da má-fé, da desonestidade que, como dito, jamais é fruto de negligência. O agente desonesto sabe muito bem o que faz.

2. Afronta ao princípio da legalidade (incisos I, II e VI do artigo 11 da Lei nº 8.429/92)

I - praticar ato visando (sic) fim proibido em lei, no regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Conforme dito anteriormente, a Administração Pública fundamenta toda a sua atividade no princípio da realização do bem comum, na prevalência do interesse público sobre o privado. O interesse público é a sua razão de ser. Ao lado do princípio da supremacia do interesse público, ou da finalidade pública,

1 - Probidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, p. 104.

encontra-se o princípio da legalidade. Ambos dão sustentáculo ao Estado Democrático de Direito.

Mesmo sendo a Administração Pública a realizadora do interesse público, ela não o faz meramente ao seu alvedrio. É, ao contrário, limitada pela finalidade legal de seus atos. O dispositivo contido no inciso I é transcrição fiel do art. 2º, "c", da Lei nº 4.717/65, Lei da Ação Popular. Conforme tal dispositivo, o agente pratica ato nulo por ilegalidade do objeto ou por falta de competência para a prática de tal ato.

Na verdade, em linhas gerais, todas as condutas ímprobas violam o princípio da legalidade. A norma em comento é apenas norma residual para os casos que não se enquadram nas demais espécies de improbidade administrativa, desde que praticados com a mácula da má-fé, da imoralidade. Diz respeito à finalidade do ato. A finalidade, ao lado da competência, da forma, do motivo e do objeto, constitui atributo essencial do ato administrativo, a conferir-lhe validade. O ato administrativo deve sempre ser realizado de acordo com a finalidade que a lei lhe conferiu. A obediência à finalidade do ato é o meio mais seguro de se conferir seu caráter de moralidade. O ato é moral se atende à razão da lei. Esta não descreve simplesmente uma conduta, mas almeja um fim social. O ato que a executa, portanto, deve atender a essa finalidade legal.

O inciso I, portanto, contempla o ato praticado com desvio de poder ou desvio de finalidade, para usar expressão de Hely Lopes Meirelles, para quem o gênero abuso de poder se divide em excesso de poder e desvio de finalidade. O STJ, em decisão mencionada por Marcelo Figueiredo², assentou que "o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. Análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento" (Recurso Especial 21.156-0-SP, reg. 92.0009144-0, j. 19.9.1994, rel. min. Milton Luiz Pereira).

Os elementos essenciais a caracterizar a conduta prevista no inciso I são três: a conduta visando a fim proibido em lei, a que desrespeita regulamento e aquela que, mesmo atendendo a ditames legais, é praticada por quem não tem competência. A lei aqui mencionada é aquela em sentido formal, editada pelo

2 - Obra citada, p. 108.

Legislativo e o regulamento é a norma emanada do Executivo, sem inovar o conteúdo legal, apenas explicitando-a.

Agustín Gordillo³ destaca que "poucas vezes é o ato mesmo que permite demonstrar, através, por exemplo, de sua motivação, que padece desse vício: mas, normalmente a prova resultará de um conjunto de circunstâncias alheias ao aspecto externo do ato, porém que estão na realidade e nos antecedentes do caso". É o contexto do ato que vai interessar. Muitas vezes o ato, pela sua forma exterior, parece perfeito, mas eivado do vício do desvio de finalidade, pois praticado com a intenção de beneficiar a este ou àquele em particular, desatendendo à impessoalidade, à finalidade legal. É o caso de prefeito que dá prioridade a asfaltar rua em que se localize estabelecimento comercial de parente seu em detrimento de local onde há necessidade mais urgente de asfalto, pois, não é possível a circulação de transporte coletivo, ficando uma comunidade inteira prejudicada.

Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício é a conduta prevista no inciso II. Todo servidor tem o dever funcional de ser diligente, a teor do artigo 116 da Lei nº 8.112 de 1990. Não pode se omitir, sem um motivo justo, de realizar ato administrativo para o qual seja obrigado. Do contrário, está agindo em desacordo com o princípio da eficiência, além de atentar contra a moralidade pública.

Aqui, como nas demais espécies de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, a conduta há de ser dolosa, ou seja, deve haver a presunção de que o agente sabe o que está fazendo, deve restar caracterizada a intenção de violar a ordem jurídica. A palavra "indevidamente" inserida no referido inciso caracteriza o discernimento, o dolo, mesmo que não haja auferimento de vantagem pessoal; apesar de que, via de regra, o benefício próprio do agente ímprobo quase sempre está presente nessa espécie de conduta.

Algumas vezes o agente pode querer justificar seu ato de omissão ou retardamento em razão de seu poder discricionário. Os limites da discricionariedade para o agente público são muito tênues. Para Hely Lopes Meirelles, vinculado é o ato que cingido à expressa previsão legal quanto à competência, à forma, à finalidade, ao motivo e ao objeto. Os demais, realizados segundo critérios de conveniência e oportunidade, seriam os discricionários. O elemento diferenciador pode ser a moralidade, a honestidade. Voltando ao exemplo do asfaltamento de via pública, se o prefeito deixa de asfaltar

3 - *Princípios Gerais de Direito Público*. p. 186.

determinada rua porque há outras prioridades, age fazendo uso de seu poder discricionário, com critérios de conveniência e oportunidade intangíveis pelo Judiciário. Se, ao contrário, age em razão de interesse pessoal, por vingança contra algum comerciante daquela área, de forma imoral, portanto, sofre a sua conduta a incidência do inciso em comento. Outro exemplo típico é o do agente que não pune ato de subordinado seu que sabe ser ilegal.

Tal conduta pode ser enquadrada também, na esfera penal, como crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Diploma Criminal. Relembre-se, entretanto, que tais condutas são autônomas, porquanto há independência entre a esfera civil e a penal, não prevalecendo a tese da "prejudicialidade" da ação penal, conforme jurisprudência pacífica.

O inciso VI prevê a conduta do agente que deixa de prestar contas, mesmo sendo obrigado, outra espécie de improbidade administrativa que agride princípios da Administração Pública ao violar a legalidade. A obrigação de prestar contas está prevista no art. 70, parágrafo único da Lei das Leis, bem como no Decreto-lei nº 200/67 e na Lei nº 4.320/64 e é exigível de qualquer agente público, gestor financeiro ou ordenador de despesa, que lide com o dinheiro da coletividade. Se o mesmo desatende a tal mandamento é porque deseja esconder algum ilícito, ou seja, as suas contas devem estar irregulares. Tais contas, além de sujeitas ao controle interno da Administração, submetem-se obrigatoriamente ao crivo dos tribunais de contas. A ausência de tal controle externo já acarreta a conduta sob análise.

Os tribunais de contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, mas a eles não têm qualquer subordinação hierárquica. A Constituição Federal lhes dá autonomia. As cortes de contas exercem sua função fiscalizatória, acompanhando a execução orçamentária e patrimonial dos entes responsáveis por valores públicos, tendo, ainda, função de orientar tais entes através de suas instruções, realizando, assim, seu controle externo.

Qualquer cidadão é parte legítima para representar contra o agente público que esteja cometendo irregularidades com valores públicos. Basta que forneça todos os dados necessários à instauração da necessária sindicância, lembrando sempre que a Carta Magna veda o anonimato, através do inciso IV de seu artigo 5º, por isso, é preciso que o cidadão se identifique. Deve também carrear provas ou mesmos indícios que justifiquem a abertura de sindicância, pois, meras alegações, sem qualquer fundamento, não merecerão crédito.

Detectando-se irregularidades nas contas sob seu crivo, os tribunais estabelecem um prazo para que a situação seja normalizada, sob pena de sustação do ato impugnado, definindo a responsabilidade individual ou solidária do agente

ou agentes. Toda a atividade dos tribunais de contas é realizada com estrita obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal.

Os tribunais de contas não julgam, apenas fiscalizam. Não têm poder de jurisdição. Suas decisões não têm força de sentença, ou seja, não dizem o direito de modo definitivo. São apenas pareceres administrativos. Podem até ser conclusivos, mas, nunca, jurisdicionais. Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, citado por Waldô Fazzio Júnior⁴, nesse sentido, exemplifica: "a certidão do Tribunal de Contas em afirmando o alcance do agente público, como documento de instrução do processo judicial, tem tão somente a presunção de verdade *juris tantum*, ante o texto constitucional e não *juris et de juri*. Isso porque não possui força de sentença judicial e isso não pode ter, a menos que lhe fosse atribuída competência de julgar o próprio ilícito civil e penal, atribuindo aos agentes ordenadores da despesa e seus pagadores, isto é, os agentes responsáveis pelas contas".

3. Descumprimento do dever de sigilo (incisos III e VII, art. 11 da Lei nº 8.429/92)

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

A atividade administrativa é essencialmente pública. Essa característica faz parte de sua natureza. Na Administração, a publicidade, além de servir para comunicar seus atos aos cidadãos administrados, possibilita o controle finalístico de tais atos pela sociedade. É requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo, além de servir como garantia dos administrados, pois, se eles só podem ter sua liberdade de ação limitada por meio de lei, tais atos devem ser publicados. Sem publicação, deixam de produzir seus efeitos jurídicos, sendo, portanto, contra a noção de Estado Democrático de Direito que se oculte dos administrados o que se passa dentro da Administração. O cidadão tem todo o direito de saber para onde vão os recursos financeiros que lhe são arrecadados sob a forma de tributos e outras formas de receita.

A exceção ao princípio da publicidade na Administração Pública admite-

4 - Obra citada, p. 195.

se apenas quando "imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado", conforme o artigo 5o, XXXIII da Constituição Federal, ou quando "a defesa da intimidade ou o interesse social" exigirem a publicidade dos atos processuais, de acordo com o inciso LX do mesmo artigo 5o da Lei Maior.

De fato, existem diversas situações na órbita da Administração Pública em que, apesar do princípio da publicidade, o agente público deve guardar sigilo. Autores há, como Marcelo Figueiredo, que entendem que, para que determinado fato ou assunto administrativo seja considerado sigiloso, ocasionando a responsabilidade do agente devasso, seria necessário que houvesse norma específica assim o declarando, pois, do contrário, seria muito difícil aferir sua violação. Há muitas situações, entretanto, em que se percebe claramente a necessidade do sigilo, como por exemplo nos casos de concursos públicos em que os componentes da banca examinadora devem guardar sigilo acerca das provas, ou mesmo em procedimentos licitatórios, quando o mesmo se diz em relação às propostas dos licitantes. Os exemplos são inúmeros, bastando, para identificá-los, apenas se aquilatar a natureza e a finalidade do ato administrativo.

A conduta prevista no inciso III retromencionado é semelhante à prevista no artigo 325 do Código Penal Brasileiro, sendo que neste diploma há a previsão expressa das duas formas de realização da conduta: "revelar" e "facilitar" a revelação do sigilo, enquanto nesse inciso III do artigo 11 da Lei da Improbidade Administrativa consta expressamente apenas a previsão expressa de "revelar". Apesar disso, a conduta de facilitar a revelação do sigilo também pode ser alcançada pela LIA através do próprio *caput* do artigo 11 ora comentado.

A outra forma de improbidade administrativa de descumprimento do dever de sigilo é prevista no inciso VII e consiste em "revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço". A intenção do legislador com esse dispositivo certamente foi a de frear os desmandos que vinham ocorrendo na Administração Pública brasileira, através do tráfico de informações privilegiadas.

São muitos os exemplos de escândalos envolvendo o conhecimento de informações privilegiadas antes da divulgação oficial. Destaque-se que geralmente os agentes envolvidos nesses fatos são pessoas do alto escalão da Administração, mas que exercem apenas cargos comissionados, cargos esses de livre nomeação e exoneração e de necessidade para a Administração bastante questionável, pois, geralmente são exercidos por pessoas que, apesar de serem da estrita confiança do administrador que as nomeou, não fazem por onde merecer a confiança da massa dos administrados, fim maior da atividade admi-

nistrativa. Para esses resta a responsabilização penal, podendo ser enquadrados na conduta tipificada no artigo 325 do Código Penal, que é a violação de sigilo funcional, já comentada.

Pazzagalini Filho⁵ assevera que "como o rol do art. 11 também não é exaustivo, consigne-se que a Lei Federal nº 6.404/76 contém norma que impõe ao administrador de companhia aberta o dever de sigilo sobre *qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários...* Exige, ainda, que o administrador zele para que a informação não chegue prematuramente ao conhecimento do mercado através de seus subordinados ou terceiros de sua confiança (art. 155, p. 1º). A regra ajusta-se aos agentes públicos administradores de sociedades de economia mista ou empresas que envolvem capitais públicos, que mantenham à venda seus valores mobiliários em bolsa ou mercado de balcão".

Destaque-se, por fim, que se o agente revela segredo funcional para defesa própria em processo judicial não se configura aqui a improbidade administrativa, pois o interesse público não pode obrigar ao agente o sacrifício de seus próprios direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

4. Agressão ao princípio da publicidade (inciso IV do artigo 11 da Lei nº 8.429/92)

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

Este dispositivo diz respeito ao princípio da publicidade, como visto, preceito de importância indiscutível dentro da Administração Pública e expressamente previsto no caput do artigo 37 da Carta Magna, "in verbis":

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...);

A atividade administrativa é essencialmente pública. Essa característica faz parte de sua natureza. Na Administração, a publicidade, além de servir para comunicar seus atos aos cidadãos administrados, possibilita o controle finalístico de tais atos pela sociedade. É requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo, além de servir como garantia dos administrados, pois, se estes só po-

5 - Obra citada, p. 127.

dem ter sua liberdade de ação limitada por meio de lei, tais atos devem ser publicados. Sem publicação, deixam de produzir seus efeitos jurídicos e deixam de fluir os prazos prescricionais de impugnação administrativa ou anulação judicial, bem como o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança ou de prescrição para a ação judicial cabível; além do que é contra a noção de Estado Democrático de Direito que se oculte dos administrados o que se passa dentro da Administração, bem como o cidadão tem todo o direito de saber para onde vão os recursos financeiros que lhe são arrecadados sob a forma de tributos e outras formas de receita. Sua exceção admite-se apenas quando "imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado", conforme o artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal, ou quando "a defesa da intimidade ou o interesse social" exigirem a publicidade dos atos processuais, de acordo com o inciso LX do mesmo artigo 5º da Lei Maior.

Além de expressamente previsto no dispositivo constitucional acima transcrito, o princípio da publicidade da Administração Pública insere-se, ainda, no inciso XXXIII do mesmo artigo, que estabelece o direito à informação sobre a atividade administrativa, bem como no inciso XXXIV, "b", que garante a obtenção de certidão para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Apesar de quase nunca utilizado, o *habeas data* é o remédio constitucional apto a assegurar judicialmente o conhecimento e a retificação de informações pessoais registradas em bancos de dados de âmbito público.

Hely Lopes Meirelles⁶ destaca a abrangência do princípio da publicidade que, "como princípio de administração pública, (Const. Rep., art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação (provavelmente o autor quis dizer "propiciação") de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais" (Inserido comentário.)

Um exemplo dos mais corriqueiros de improbidade administrativa que atenta contra o princípio da publicidade na Administração é a comunicação dos atos licitatórios aos participantes do certame apenas por meio de simples

6 - Obra citada, p. 83.

intimação pessoal, quando tais atos devem ser regularmente publicados nos órgãos oficiais, sob pena de nulidade. É isso que se infere da decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, citada por José Armando da Costa,⁷ cuja ementa ora se transcreve:

EMENTA: Administrativo. Licitação. Nulidade. Ofensa aos princípios da legalidade, publicidade e moralidade administrativa.

I - Processo licitatório procedido com vícios capazes de invalidar o certame realizado, tais como as ofensas aos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade administrativa.

II - A lei regulamentadora dos procedimentos licitatórios era clara no sentido de que a intimação dos referidos atos deveria ser feita através de publicação no Diário Oficial da União. Não resta ao administrador qualquer faculdade de escolher outra forma de intimação, até pela forma imperativa que o legislador utilizou para redigir o artigo.

III - A determinação de que os atos licitatórios devem ser objeto de publicação no DO transcende ao caráter de simples comunicação processual. Vai muito mais além, dando ciência universal dos atos praticados pela Administração Pública, possibilitando e ampliando o controle do referido agir.

IV - O fato de a Autora ter-se classificado em terceiro lugar no certame licitatório não retira dela a legitimidade de questionar o procedimento realizado, visto que, se constatada a irregularidade do mesmo e a sua respectiva nulidade, outro deverá ser realizado, com novas chances a todos os licitantes, independente da classificação que tenham alcançado no procedimento invalidado.

V - Apelação improvida. (TRF - 5ª Região. AC 94.05.63283/RN. Rel.: Juiz Araken Mariz. 2ª Turma. Decisão: 15.08.95. DJ2 de 08.09.95, p. 58.946.)

Questão da maior importância acerca do tipo de improbidade ora comentada diz respeito à promoção pessoal do gestor público, a título de publicidade de seus atos, quando os chefes do Poder Executivo se utilizam de *slogans* ou logotipos que associam a sua administração, "munus" público, à sua figura pessoal. A entidade estatal, Município, ente da Federação ou mesmo a União, devem usar seus símbolos oficiais e não os logotipos criados por esta ou aquela gestão administrativa.

Waldo Fazzio Júnior⁸ assevera que "a Constituição Federal, no art. 37, p. 1º, consagra o caráter educativo, informativo e de orientação da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, asseve-

⁷ - Obra citada, p. 115.

⁸ - Obra citada, p. 189.

rando que dela não podem constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Assim, o prefeito que utiliza os recursos do Município que conduz, em sua publicidade pessoal, está menosprezando a advertência constitucional e praticando ato de improbidade administrativa. Isso quando não lesa o erário, investindo dinheiro público em sua política pessoal. (...) A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras, serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que, de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante a servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, p. 1º, da Constituição Federal, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa".

Recordemos que as espécies de improbidade ora comentadas requerem para sua caracterização o dolo ou a voluntariedade e esta, especificamente, consuma-se mesmo que não haja prejuízo ao administrado diretamente interessado na publicidade de tal ato, pois, a publicidade dos atos da Administração interessa a todos, indistintamente.

5. Agressão ao princípio da isonomia (inciso V do artigo 11 da Lei nº 8.429/92)

V - frustrar a licitude de concurso público;

O inciso V acima transcrito prevê outra espécie de improbidade que agride os princípios da Administração Pública. Mesmo tendo forte caráter de atentado à legalidade, o que tal conduta fere de morte é o princípio da isonomia, insculpido no capuz do artigo 5º da Constituição Federal, "in verbis":

Art. 5º (CF) Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito de vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

Despiciendo é lembrar que a igualdade jurídica é relativa e não absoluta, sob pena de serem realizadas as maiores injustiças em nome de uma suposta igualdade. As pessoas não são simplesmente iguais, são iguais "perante a lei". Esta deve tratar igualmente os iguais, mas, desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades. É o princípio da proporcionalidade que aqui se procura proteger, com a correta compreensão do que seja a verdadeira isonomia.

Veja-se o que reza a Constituição Federal acerca da exigência de concurso como forma de provimento no serviço público:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Constituição Federal, art. 37, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05/06/1998.)

É certo que esse dispositivo tem por escopo garantir que o princípio da isonomia no acesso ao serviço público seja preservado. Certo também é, entretanto, que tal dispositivo constitucional fecha uma porta, mas, abre uma enorme janela para os abusos. Ressalvar "as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" não parece ser a melhor técnica num país como o Brasil onde os gestores ainda não têm a exata consciência do respeito à coisa pública e ao cidadão. Vale ressaltar que tais nomeações não passam pelo crivo moralizador dos tribunais de contas, o que, por si, já facilita as possíveis fraudes.

Como se escreveu, a frustração de concurso público é prática arraigada na Administração Brasileira. Por isso, a legislação deveria ser muito mais severa nesse sentido, pois, do contrário, o serviço público jamais alcançará a profissionalização tão necessária à sua eficiência e credibilidade junto ao administrado. Cargo comissionado, por definição, é cargo de livre provimento e livre exoneração que prescinde, portanto, de concurso público. Se a regra é a realização do certame, a contratação sem concurso deve ser a exceção. Mas, na prática, não é isso que acontece e isso atenta contra o artigo 39 da Constituição que estabelece a profissionalização do serviço público ao assegurar planos de carreira para os servidores.

A Constituição deveria ser mais severa, menos pela sua impropriedade técnica e mais pelo perfil dos administradores brasileiros. É que tais gestores não parecem interpretá-la da forma mais correta. Na verdade, não é qualquer cargo que pode ser provido em comissão, mesmo que uma lei assim disponha. Apenas aqueles cargos para os quais excepcionalmente se requer, além do dever de lealdade exigível de qualquer agente público, uma lealdade pessoal, subjetiva, à pessoa do gestor. Quais cargos seriam esses? Pouquíssimos, certamente, já que qualquer servidor ou agente público já tem por dever funcional a lealdade à Administração. Nesse sentido é possível o questionamento da licitude de determinado cargo ser provido em comissão ou somente por servidores de carreira, com base no inciso XXXV do artigo 5º da Lei das Leis que garante o livre acesso ao Judiciário.

Acrescente-se, ainda, que a Carta Magna "estabelece", e não "recomenda" simplesmente, que "os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei" (artigo 37, V). Tal dispositivo não pode ser entendido como mera recomendação, pelo simples fato de que não se pode conceber que um dispositivo constitucional seja mera recomendação moral, desprovido de eficácia. Tem-se é que interpretá-lo sempre de modo a garantir sua plena aplicabilidade.

A admissão de servidor sem atendimento à exigência constitucional do concurso público pode ensejar a responsabilização civil tanto do administrador quanto do servidor ilegalmente contratado. Para tanto é preciso que aconteçam três circunstâncias: a inocorrência da efetiva prestação do serviço pelo contratado, a má-fé do agente público ou do contratado e a dispensabilidade da contratação ao serviço público. Dependendo do caso, responderá o agente público ou o contratado.

A exigência constitucional de concurso público não é mera formalidade. Se o concurso for realizado atendendo-se a todas as exigências de forma, mas, materialmente não se prestar a selecionar o melhor candidato, será, então, nulo, pois esse ato não terá atendido a sua finalidade legal, condição de validade de qualquer ato administrativo.

Ressalte-se, ainda, que todos os entes da Administração Centralizada e Descentralizada estão sujeitos à obrigatoriedade de realização de legítimo concurso público, inclusive aqueles cujo pessoal é regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, tais como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, já que o seu regime privado não é absoluto e tais entes não visam apenas ao lucro, mas, à realização do bem comum. Mesmo as sociedades de economia mista irregulares, não criadas por lei especial ou sem autorização legislativa para existir, sujeitam-se a tal exigência, pois, "seria o maior dos contra-sensos entender que a violação do direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada".⁹

Finalizando esse tópico, cabe lembrar que o inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal não autoriza a contratação livre de pessoas portadoras de deficiência, sem o concurso público. Ali está dito apenas que a lei definirá os critérios peculiares de admissão dessas pessoas. Não cabe também aqui uma

9 - PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa - Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público, p. 134.

interpretação errônea que vise a fraudar a exigência constitucional de concurso público, pois qualquer atitude nesse sentido enseja a que se considere a conduta como atentatória da probidade administrativa, nos moldes do inciso ora comentado, por afronta aos princípios da isonomia, da moralidade e da legalidade, dentre outros, ensejando a responsabilidade civil do agente e do contratado que, com já explicitado, agem presumivelmente com dolo.

Conclusão

A normatividade dos princípios é assunto que não se discute mais entre os estudiosos, pelo menos entre a maioria. Estando tais categorias normativas alçadas ao plano constitucional, são os princípios reconhecidos como normas-chave de todo o ordenamento jurídico, não mais apenas com conteúdo de programaticidade. Assim, hoje é possível ver decisões jurídicas fundamentadas "apenas" em princípios jurídicos e esse consenso jurisprudencial é importante porque permite, por exemplo, a plena e eficaz aplicação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, que prevê a improbidade administrativa, qualquer espécie dela, que venha a atentar contra os princípios da Administração Pública. Isso significa que, mesmo que o ato supostamente ímprobo não esteja expressamente previsto naquele rol, poderá o agente ser condenado às sanções previstas na referida lei, inclusive, sem ter havido o seu entequhecimento ilícito ou qualquer dano ao erário, bastando apenas a afronta a um princípio constitucional da Administração Pública.

Bibliografia

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Discrecionalidade e Controle Judicial*. 2 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. 2 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vs. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988* (organizada por Antônio Joaquim Ferreira Custódio). 4 ed. atualizada até a EC 22/99. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999).
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Improbidade Administrativa*. In: BELLO FILHO, Ney de Barros. *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sílvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes do prefeito*. São Paulo: Atlas, 2000.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 4 ed., atualizada e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2000;
- GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 a.

_____. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro do controle de constitucionalidade. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 b.

_____. *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92* / LEITE SAMPAIO, José Adércio; NICOLAO Dino; FREITAS, Nívio de; e ANJOS, Roberto dos (Orgs). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira (Estudo de casos - abordagem interdisciplinar)*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. v. I. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1991.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *O controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Francisco Octavio de Almcida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade* (coord.). Belo Horizonte: Ed. Jurídicos-Lê, 1990.

_____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.

_____. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Análise do Direito de Vizinhança no Novo Código Civil quanto a muros, paredes e plantas divisórias.

Manuela Lourenço Pires Torquato
Professora Titular da Universidade de Fortaleza
Procuradora do Município de Fortaleza.

Sumário

1. Breve cotejo das disposições do Direito de Vizinhança nos Códigos Cíveis de 1916 e 2002
 2. Abordagem do Direito de construir, inserido nos Direitos de Vizinhança
 3. Da questão de alteamento de parede divisória e diferença entre parede meia e muro divisório.
 4. Repartição de despesas e encargos, reparação de prejuízos
- Conclusões
Bibliografia

1 - Breve cotejo das disposições do Direito de Vizinhança nos Códigos Cíveis de 1916 e 2002

O Código Civil de 2002 não inovou muito nesta matéria. Uma leitura, não aprofundada ainda pelo curto tempo de vigência, leva-nos a concluir que em alguma coisa foi o direito do proprietário abrandado por um conceito mais social de propriedade, o que já fica patente na atualização de Silvio Rodrigues.

O artigo 1299 inicia o direito de construir e mantém praticamente todas as disposições do Código anterior.

Evidentemente, embora o preço do m² de terreno tenha subido vertiginosamente no séc. XX, após o código anterior, as limitações ao direito de construir mostram poucas diferenças. É que o direito à privacidade, ao sossego, ao conforto, à segurança e à saúde ainda não foram engolidos pela desvalorização neo-liberal.

Encontram-se, não obstante, algumas mudanças, derivadas de uma outra posição jurídica de pensamento, incluindo como dissemos, alguns enfoques, tornando o direito à propriedade, mesmo da moradia, um pouco mais atenuado.

Pode estranhar-se que comecemos pelo direito de construir, e não pelos direitos de vizinhança em geral. É que embora a população não tenha muito a idéia de que esta matéria (civil) encontra enfoque no Novo Código Civil, o fato é que, tratando este da matéria civil, por isso mesmo é ele o Código que mais usamos, leigos ou versados em Direito. Atrevo-me até a dizer que poucos de

nós, os não leigos, damos ao Código Civil o valor que ele tem na vida de todos os dias e de todos nós, cidadãos. Não é de estranhar se repararmos que, no Brasil nem a Constituição ganha o destaque que merece dos cidadãos. Se assim não fosse, mais a respeitáramos, do que lutaríamos por emendas, bastas vezes, bem piores que o "soneto".

2- Abordagem do Direito de construir, inserido nos Direitos de Vizinhança

No Código Civil, uma das matérias que mais deveriam interessar-nos, seria exatamente a dos direitos de vizinho e do direito de construir.

Ao iniciar estas linhas de análises sobre as novas disposições pelo direito de construir, fi-lo pela convicção, que manifesto, de que, onde mais se reivindica direitos de vizinho é exatamente quanto ao direito de construir.

Penso até que se deveria reclamar bem mais, respeitando a idéia de que a Lei beneficia a convivência social, por que a disciplina. E no Direito Civil, temos de reconhecer que predomina ainda o Direito à liberdade do cidadão, mas ressalve-se o tempo todo, desde que esta não fira direitos dos outros, normalmente os próximos, neste casos os vizinhos.

Delimitamos no título o que vai ser objeto de nossa análise: apenas os muros, paredes e plantas divisórias. Não nos peça o leitor que vamos além disso, mas sinta-se à vontade para debruçar-se sobre todas as implicações dos direitos dos vizinhos e de construir e sobre eles escreva, divergindo ou concordando.

Assim, tracemos algumas linhas sobre o que esta brevíssima análise já nos trouxe e perdoem-nos os doutrinadores mais famosos, se o trabalho lhes parecer superficial. É reflexão inicial, preocupada com entender o espírito desta Lei que levou mais de duas décadas pelas comissões, gavetas e corredores do Congresso Nacional. Sobretudo esta é uma reflexão da professora que introduziu, a Hermenêutica Jurídica no Currículo da Universidade de Fortaleza, como que, nos conste, no Nordeste do Brasil. Escrevi-as como professora de Hermenêutica, desde 1978 na Unifor e professora de Direitos Reais num semestre, nos anos 1990 na UFC. Nunca pretendi falar difícil e sempre objetivei descomplicar os Direitos Reais. Então, reparem leitores, esta é uma visão de cidadã, mais que de doutrinadora.

Dissemos acima que houve pequena mudança no encarar da propriedade. Continuemos então a análise:

O artigo 1300 mostra o devido cuidado a ter, para com o prédio vizinho: "O proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas diretamente sobre o prédio vizinho", dados os incômodos que mesmo no século XXI, isso pode nos causar.

O artigo subsequente mantém exatamente a anterior disposição legal de não se abrirem janelas, fazer eirado, terraço ou varanda, porque é presumível que incomodarão. E resguarda o espaço anterior de um metro e meio. Como seria bom que nossa "privacidade urbana" fosse do mesmo tamanho da rural que se estende para o dobro!

Como desejaríamos que fosse possível alargar esse direito, também nas cidades, em que o preço do terreno já diminuiu a privacidade; e a todo momento somos incomodados por sirenes, alarmes, gritos do térreo para o 1º andar, etc. Os vizinhos laterais ganhariam sossego. Resta-nos desejar que os do andar de cima, ou de baixo, sejam bem educados e respeitem as leis do silêncio e acionar os órgãos que fiscalizam, até para fins educativos; Desejaríamos que nossa "privacidade urbana" fosse do mesmo tamanho da privacidade rural – três metros.

Existe novidade quanto a limites do prédio e direito de tapagem? Veremos:

Não podemos esquecer que desde o início do século XX se fazia a repartição proporcional entre os interessados, nas respectivas despesas. Este princípio de equilíbrio está mantido.

Acresce ele, que quem constrói primeiro, por não ter vizinho, goza de maior liberdade de construir. Liberdade essa devidamente limitada pelos regulamentos administrativos. E que passará a ser menor, quando houver vizinhos. Logo, quem constrói posteriormente, pela lógica, terá de melhor se harmonizar com quem já construiu.

3- Da questão de alteamento de parede divisória e diferença entre parede meia e muro divisório.

O artigo 1305 mantém o direito maior do que primeiro construiu, de receber indenização pela utilização de parede divisória pelo vizinho que depois vier (o meio valor dela).

O artigo 1307 tem de ser entendido "com vários grãos de sal". Como se sabe a Seção VII do Direito de Construir deve ser interpretada sistematicamente e portanto mantém o Código Novo as necessárias cautelas.

É por isso que entendemos necessário esclarecer que em Fortaleza, se fazia, como deveria, essa repartição de despesas, mas que recentemente se verifica um fato que nos causa alguma estranheza. Generalizou-se o hábito de não oferecer meação nas despesas do muro divisório. O comum hoje, é o proprietário inicial ter de pedir a participação das despesas a quem chega. E normalmente obtém uma recusa, como se isso fosse ganância ou algo abusivo. O que obviamente não é. Apenas se faz o que a lei prevê. Havia e há a necessidade

jurídica de repartir despesas, já que muro, tapume, cerca beneficia os dois e só se deve beneficiar, com o mínimo de custo e o máximo de proveito.

Mesmo que a lei atual ressalve os costumes locais, deve o vizinho lembrar-se de que o costume não é unilateral, é **consenso** e há muito era vigente. Exatamente por que preservava o coletivo, o direito de vizinhança de quem já investiu só, no benefício de dois – ele e seu próximo vizinho.

De resto, os regulamentos administrativos existem precisamente para que se faça o equilíbrio entre benefícios e custos, detalhando se necessário, as peculiaridades locais.

Algumas existem - em Fortaleza são cada vez mais comuns os muros altos e espessos, reforçados. Em Campos do Jordão e Gramado, cidades semelhantes, entre si, já se notam diferenças. A proximidade com São Paulo, implica em muros e muretes em Campos do Jordão. Em Gramado, até as cercas são vivas ou baixas. Em Fortaleza, tentam implantar-se novos costumes, ao oposto do que existe, prevalece e é *secundum legem*. Só muito tempo e reiteradas atuações contrárias criarão um novo costume. E evidentemente é impossível que o procedimento contrário à previsão legal venha a constituir-se. Seria necessária uma repetição constante, uniforme, diuturna. Não nos parece que os antigos proprietários concordem nesse ponto. Não seria lógico fazê-lo, mesmo sendo os fortalezenses pessoas normalmente muito acomodadas nestes aspectos de vizinhança. É que fere o bolso e aí, o caso muda de figura. Não **havendo consenso, não se formará novo costume**. Portanto prevalece o antigo, que é conforme à Lei.

Não seria despiciendo verificar-se na teoria do Direito Civil Brasileiro se ainda é aceita a criação de novo costume contrário à Lei e ao consenso anterior. Cremos que não.

4- Repartição de despesas e encargos, reparação de prejuízos

O § 1º do artigo 1297 é bem claro: “sendo comuns muros, tapume, cerca, presume-se que pertençam a ambos os confinantes, sendo estes, em partes iguais, **obrigados** a concorrer, pelos costumes da localidade, para a construção e a conservação deles.

Daí, poderá concluir-se que, se em Fortaleza o imóvel vazio é vendido já com muros, se por isso ele for mais caro, do que o do 1º confinante, deve o vendedor do terreno, que vai receber a mais, fazer jus ao dever de contribuir, em partes iguais, para a construção, já feita, que o beneficiou. **O que não desonera o comprador, se tal pagamento não for executado, a pagar, agora**

ao construtor, ou ao novo proprietário a parte que lhe cabe saldar do construído muro, tapume, ou da cerca, viva ou não, que já existia.

Não seria admissível que o novo construtor pagasse mais caro pelo m² de terreno por já ser murado e que **ainda** lhe coubesse pagar de novo a divisória ao 1º ao construir. Mas é evidente, pelo vendedor ou pelo novo construtor, **metade da despesa da divisória deve ser ressarcida ao 1º construtor**. De outro modo, haveria enriquecimento ilícito do vendedor do terreno vazio em detrimento de seu adquirente e do 1º construtor. Parece-nos que essa é uma forma nova de duplo enriquecimento ilícito. É fácil de resolver: o adquirente do terreno vazio, com cerca, muro, tapume, paga ao seu vizinho e guarda o comprovante, para ser ressarcido pelo 2º adquirente, que então já comprovará perante o vizinho, que nada deve a este título.

O difícil parece, é que o construtor de moradia já murada ou com tapume divisório entenda isto. A cerca normalmente irá ser substituída por muro e então nada haverá a pagar, se o que sobrar aproveitável dela for devolvido ao que cercou. (mourões, por exemplo)

Destaquemos que o § 2º deste artigo, reportando-se a sebes vivas, árvores e plantas que servem de marco divisório, é **novo** e apresenta uma tímida defesa do verde. Muito tímida, digamos, mas já se nota e não se fazia antes, uma preocupação de não deixar cortar ou arrancar quaisquer plantas divisórias. Espera-se que a doutrina ambientalista rapidamente estenda esse direito do verde a não ser destruído ou afetado por vizinhos que não gostem de verde, mesmo que não seja divisório.

Consideramos imprescindível esta colocação, pois na cidade em que moramos, Fortaleza, é patente que ofensas contra as plantas são diariamente praticadas até por agentes públicos, ou quem as vezes lhe faz, esquecendo até que **todos** pagamos e muito caro essas agressões.

Constantemente se vê: decepar ou arrancar plantas, em áreas públicas ou privadas e pior ainda, depositar os restos em calçadas, esquinas ou terrenos baldios, até só Deus sabe quando, pois a limpeza pública, irregular, a horas inconvenientes e a largos espaços de tempo, também não leva os restos. Os prejuízos: aumento de temperatura, desambientação do homem, sujeira, entulhamento. Pior, a população acostuma-se na reincidência, a fiscalização não pune, e os depósitos tornam-se constantes e de todos os tipos de lixo: até obstrução de bueiros é diária.

Nos anos de 2001 e 2002 e pior ainda, no início de abril de 2003, uma tromba d'água mostrou como Fortaleza é uma cidade sem defesa contra as chuvas fortes. Nestas condições, persistir no erro, da parte do serviço público,

como dos particulares, que objetivando o bem comum, deveriam colaborar, leva à dramática situação de se lamentar a perda de vidas humanas, levadas nas enxurradas, soterradas nos casebres, etc.

Todo um rosário de desgraças evitáveis, especialmente se lembrados de que Fortaleza é uma cidade quente e que a vegetação, bem usada, impede muitos prejuízos e melhora a qualidade de vida.

No momento, em que estou elaborando este trabalho vivencio uma questão de incoerência de um dos meus vizinhos. Há meses, antes da chuvadas de março, eu cortava ramos velhos da bouganvilia que defendia mais a minha extrema. O vizinho como é vulgar, nada plantou em seu terreno, cimentou tudo – dificultou, portanto a infiltração de águas da chuva. Uma voz feminina pediu: “Não corte, dê-nos sombra.” Fiquei feliz, pelas plantas e por eles – defendem o verde alheio, fazendo-o comum.

A animação durou pouco. Fui a Gramado. Na volta descobri que minha roupa posta ao sol nos varais da minha casa tinha pedaços de cimento. Olhei para cima. Um muro (parede?) aparentando atingir três metros era a causa do excesso de cimento. Fui logo à casa do vizinho. É claro que pensei ser o alteamento do meu muro, o que é permitido com aviso prévio ao confinante, conforme a Lei e a boa vizinhança. Mas depende de consulta ao vizinho. Ninguém me consultara, nem aos que ficaram na casa, o que antes fizera o construtor da residência, em outras circunstâncias anteriores.

Resumindo – o muro alto estava sendo concluído colado ao meu, tirando-me arejamento, aquecendo a minha casa, tirando minha privacidade. Segundo o vizinho, garantindo-a, pois taparia a vista da casa dele. Só seu telhado é visível agora, mas em compensação, sem eu de nada ter conhecimento anterior, homens se empoleiraram no muro, repito – colado ao meu, olhando diretamente para dois dos meus banheiros.

Não gostei, argumentei.

Tendo posteriormente passado a fiscalização, recebi o troco – “Corte os galhos verdes todos que passarem do meu muro.” Lá se foi o verde, substituído pelo desejo irrefletido de construir, no **pretense** exercício de um direito absoluto de propriedade, que a Lei não protege há muito.

Espero que as relações de vizinhança se não azedem muito. Verifico agora que certamente aquela obra viria, cedo ou tarde a ser objeto judicial de derrubada. Ao menos desejo que, não se concretizando a irregularidade total, o vizinho não tenha um prejuízo tão grande, construindo o que seguramente viria a causar despejo de águas para o meu quintal, como já causa despejo de cimento.

Qual o direito resguardado pelo vizinho, impedindo construção de jane-

la, eirado, terraço ou varanda? O da intimidade, quer sejam os sujeitos ativos dessa violação os proprietários ou os operários de construção. É exatamente por isso e para proteger de sujeiras, arremesso de cimento, cal, tinta, etc que se exigem tapumes. Mas para o levantamento de uma parede também? É de mero bom senso que sim.

É obrigatória por exemplo, a colocação de tapumes para construção, reforma e demolição. (Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza)

Eu, simplesmente estou obstando legalmente aos meus prejuízos.

Além de que, como é uso nesta cidade, todo material de construção entope a calçada, própria e alheia, a rua e vai deixar o espaço público bem mais sujo! (o que é duplamente proibido pelo regulamento local).

De todos os artigos citados, emana o sentido de o interessado em construir algo, legal, que implique no alteamento de parede divisória, o pode fazer, arcando com todas as despesas, mas ressalvados os direitos dos vizinho e os regulamentos administrativos, o que não dá a ninguém, direito absoluto de construir por que e como quer.

Justifica-se o mero alteamento de muros de fundo e de frente, pela grande insegurança que decorre do que José Simão considera de forma bem risível a “bagurança pública”. Mas altear desnecessariamente muros divisórios laterais, é abuso. Devemos reportar-nos a Orlando Gomes, que foi bem incisivo ao referir a “teoria da proibição de atos de emulação”. Por exemplo, o direito de levantar muro contra vãos ou aberturas de luz, nem antes prescrevia. Mas qual o sujeito ativo desse direito? O 1º construtor, naturalmente, por ser quem pode embargar construção que prejudique a sua (posterior a sua construção), ou usar o direito a demoli-la

Como se determinará o necessário e o desnecessário? Seguramente os civilistas e os ambientalistas terão um critério. Ou já o têm ou se apressarão em estudá-lo. Muro divisório de três metros de altura certamente irá aumentar a temperatura das duas casas. Afinal, muro reflete calor. Se o novo construtor deseja isso, até pode aceitar-se. Mas não poderá impô-lo ao seu vizinho. Se houver concordância, vá lá, embora o artigo 1312 estabeleça para toda a seção, o **direito** à demolição, com o correspondente **dever**. Com a indenização correspondente. Também não caberia uma atitude de arrogância: “A sua construção está ilegal, o senhor não pode construir isso”. – A resposta foi: “mas o muro fica”! O direito de propriedade e de construção inserem-se no de vizinhança, que representa um bem maior da sociedade.

Em nenhum artigo do novo código, nesta seção, se menciona ou prevê

a hipótese de construir muro colado ao divisório. Neste ponto, a liberdade civil deve, a Lei o afirma textualmente, cingir-se aos direitos dos vizinhos e às normas de construção. É estranho que se permita alteamento, condicionado às mesmas restrições e acordos e não se permita outro muro colado? Está aí, em nossa opinião, uma restrição ao 1º construtor da parede divisória (parede não é muro) que terá de ceder, em termos, às conveniências do 2º; e se este precisar de reforçar-lhe a capacidade de agüentar o alteamento, poderá até mesmo reconstruí-la arcando com todas as despesas. A Lei não fala em muros divisórios. E se nela madeirar, suportável a construção, terá de embolsar ao vizinho, metade do valor da parede e do chão correspondentes. Aliás as legislações municipais sempre reforçam a necessidade de respeitar o Direito de Vizinhança. O vizinho irá madeirar ou travejar a parede comum, estabelecendo-se um condomínio, não uma servidão. (in Didímo de Veiga – As Servidões Reais apud Código Civil de 1966 comentado por Maria Helena Diniz – 6ª ed., 2000, págs. 486/7)

Portanto, já está claro por que usamos o “em termos” - há necessidade de avisar da obra, causar o mínimo de prejuízos, arcar com as despesas correspondentes, colocar tapumes e indenizar o que se usou. E tanto assim é, que o § único do artigo 1311, trata do direito a ressarcimento do proprietário do prédio vizinho, “não obstante terem sido realizadas as obras acautelatórias” – novidade legislativa elogiável. Refere-se ainda, que o novo código não exige uso nocivo de propriedade, já cuida de uso anormal, o que indica em nossa concepção um alargamento das limitações ao direito de construir que já se vislumbrava nas colocações de Orlando Gomes. A ele vos reporto... Para acrescentar a utilidade prática desta análise é forçoso reconhecermos que mesmo atualmente não deve esquecer-se a lição de Orlando Gomes também ao fixar critérios reguladores das relações de vizinhança.

O artigo seguinte é mais enfático: “Violadas as proibições estabelecidas “nesta seção” (toda ela) o construtor é OBRIGADO a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos. E por quê exigiria isso? Para minimizar os prejuízos.

Permita-nos o Prof. João Batista Herkenhoff citá-lo, de um trabalho publicado em 1976, ainda atual: “... A polícia de construções a serviço de uma cidade mais humana, afirmação peremptória do absoluto primado do social sobre o plano único, do ser sobre o ter, da cidade do homem, sobre a cidade dos bens” encerrando.

Conclusões

O Novo Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor em 2003, mudou o subtítulo dos Direitos de Vizinhança. Agora designa-se “uso anormal da propriedade” (o que nos parece denotar a função social da propriedade) sem colocar “panos quentes” no “anormal”. Pode até não ser genericamente nocivo, mas se ocasiona prejuízos, ensejará reparação e indenizações;

É indubitável que a nossa Lei usou ligeiras tintas de função social no tratamento do Direito de construir, que estava e continua inserido no DIREITO DA COISAS – III Livro;

O Direito de construir é circunscrito no cap. V, - dos direitos de vizinhança, do título III – Da propriedade, pois se trata apenas de uma Seção – a VII;

O Código objetivou um certo equilíbrio entre o direitos de quem construiu primeiro (o que já existia), compensando com os direitos dos novos construtores. Nem o 1º, nem o seu novo confinante, têm direito absoluto de propriedade;

Muros, cercas, tapumes continuam sendo tratados na Seção VI – artigo 1297. Muros, cercas, tapumes, não são paredes. Não eram como tal considerados e ainda não o são. Aliás, um pouco de senso comum explicaria que não há similitude entre paredes e muros, pois nem em favelas, onde a solidariedade é maior, se pensaria em colocar armários em muros, o que a Lei veda em paredes e em muros é inconcebível. Muro demarca, assim como cercas, valas tapumes;

O § 1º do artigo traz novidades que denotam a preocupação com o repartir de encargos;

Uma tímida proteção ao verde está no § 2º do referido artigo 1297;

O § 3º não fazia parte das disposições do artigo 569;

A disposição de proibir edificações a menos de um metro e meio do limite comum (pode ser muro), ganhou reforço, recebeu configuração mais definida. Antes, o proprietário que anuísse em terraço, goteira, varanda, janela, poderia usar apenas o lapso de ano e dia para o desfazimento; hoje nem se fala mais de ter consentido ou não. É simplesmente defeso edificar eirado, janelas, terraço ou varanda;

Quanto ao meio rural, onde o espaço é menos reduzido e as pessoas estão mais perto, vivendo mais longe, o chamado espaço da privacidade ampliou-se de metro e meio para três metros. (artigo 1303). Portanto, na zona rural, mantém-se o que já acontecia – o dobro do espaço deve ser preservado, a distinção contínua.

O artigo 1312 é bem taxativo, não estabelecendo prazo para o pedido de demolição, havendo o direito de pedir reparação de perdas e danos, a qualquer tempo. O artigo estabelece um dever de demolição. Em outras disposições do mesmo capítulo V se menciona ou reforça o direito a reparações e indenizações, repartição de ônus.

Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HERKENHOFF, João Baptista. A Polícia das Construções e os Direitos de Vizinhança. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Secretaria de Edições Técnicas. Janeiro a março 1976. Ano XIII número 49.1976 Brasília.

RODRIGUES, Silvio. Direito das Coisas de acordo com o novo Código Civil - (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) V. 5. São Paulo: Saraiva. 2002.

A Interpretação e a Riqueza do Sentido

Edvaldo Assunção e Silva

Advogado

Procurador do Município de Fortaleza

Especialista em Direito Tributário

Sumário

Introdução

1. Hermenêutica e Interpretação

2. Relance Sobre as Principais Escolas Hermenêuticas

3. A Riqueza do Sentido no Ato de Interpretar

4. Conclusão

Bibliografia

Introdução

O homem é por natureza um ser pensante. Pensa com *liberdade* porque Deus assim o dotou. Para que tivesse vida em abundância Deus derramou sobre o homem o seu espírito, deu-lhe *conhecimento* e raciocínio para capacitar-lhe uma existência criativa, embora dentro de um modelo concebido a sua imagem e a sua semelhança.

Para expressar-se, o homem põe em execução o que aprendeu, o que sente e o que pensa. O seu modelo de conduta agrega valores que guardam sintonia com a sua formação, seja familiar ou acadêmica, com a sua ideologia e com as experiências vivenciadas. Assim entendido, os objetos de conhecimento estão na vida humana, se manifestam na realidade do dia-a-dia, ou, sob o aspecto jurídico, são apanhados na conduta em interferência intersubjetiva na expressão de Carlos Cossio, utilizada pelo Prof. Arnaldo Vasconcelos.¹

O homem é quem regra a sua liberdade, e o faz através da linguagem. Sem idéias não se pensa e sem língua (sistema de símbolos e relações) não se fala (uso atual da língua). A fala emite as palavras dando a entender a alguém alguma coisa pensada, ou seja, as palavras se constituem no veículo de exteriorização das idéias.

A linguagem ideal, não só para o Direito, seria aquela pregada pelos nominalistas, consoante a qual cada palavra pudesse designar ou apontar apenas

¹ - Arnaldo Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Teoria da Norma Jurídica, Vol 1, Malheiros, 4ª edição, 1996, pág. 11.

uma coisa, correspondesse a uma só idéia ou conceito, tivesse um só sentido (significado)². Contudo, não é assim, e, mormente para o operador do Direito, que tem a missão de interpretar e compreender o texto legal, texto que veicula um complexo de palavras do qual se extrairá a norma jurídica.

As palavras por natureza se apresentam polissêmicas, sobretudo para o jurista que se depara ora com o seu sentido vulgar ora com o seu uso técnico, compelindo-o no mais das vezes a buscar o significado da palavra mediante a sua interpretação no contexto em que se insere, porque, em si, a palavra não tem um significado completo nem unívoco.

Captar a vontade expressa na norma jurídica, assim, constitui-se não só num processo de raciocínio, mas de conhecimento (= compreensão) e de liberdade. De conhecimento, porque envolve um fato a ser valorado como objeto cultural; de liberdade, porque o intérprete é livre para escolher e para decidir. Mas decidir dentre as possibilidades selecionadas na moldura da lei, com **Justiça**.

O valor atribuído a um fato numa dada circunstância da vida pode não ser o mesmo que se lhe confere nos dias de hoje. O sentido e alcance das normas jurídicas são mutáveis com a atualização do direito. Portanto, o sentido que se apropria da **cultura** é dinâmico e é rico, porque a própria **cultura**, como objeto cognoscível, se desenvolve de acordo com a liberdade de pensamento do intérprete.

A polêmica existente, então, entre o que vem a representar a vontade da lei (*mens legis*) e a vontade do legislador (*mens legislatoris*) tem perdido terreno na doutrina, em confronto com uma função mais social da hermenêutica.

2. Hermenêutica e Interpretação

A distinção pareceria muito clara para os operadores do direito, se o ato de interpretar, aqui, não tivesse relação com a riqueza do sentido. Sim, porque uma coisa é explicar, aclarar ou buscar o alcance da norma jurídica; outra bem diversa é tomar a norma jurídica como objeto cultural e atribuir-lhe as possibilidades de sentido para decidir.

A Hermenêutica é uma ciência. Ela contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que norteiam a interpretação. É a teoria científica da arte de interpretar, que não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para a sua realização.³ Enquanto interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos.⁴

2 - Othon M. Garcia, Comunicação Em Prosa Moderna, Fundação Getúlio Vargas, 17ª ed., pág.158

3 - Maria Helena Diniz, Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, Editora Saraiva, 1988, pág. 381.

4 - Maria Helena Diniz, Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, Editora Saraiva, 1988, p. 380.

Mas o que é que interpretamos? Interpretamos tudo aquilo que o homem agrega à natureza, isto é, a **cultura**. A **cultura** é o sentido que o homem coloca nas coisas presentes na natureza.

Conhecer a **cultura** é interpretar. Compreendê-la é o objeto da interpretação. A hermenêutica é a teoria e a interpretação é a atividade (a técnica), sendo assim distintas.

3 - Relance Sobre as Principais Escolas Hermenêuticas

Conhece-se por **Escola da Exegese** aquele movimento transcorrido no século XIX que sustentava haver no Código Civil de Napoleão a possibilidade de uma solução para todos os eventuais conflitos da vida social. Significava dizer que a lei era tudo. Os usos e costumes não tinham validade, a não ser que a lei lhes fizesse expressa referência.

O intérprete devia ater-se ao texto da lei, extraindo dele exatamente o seu sentido, sem procurar soluções estranhas a ele. Todos os preceitos jurídicos que regiam a vida em sociedade estavam ali positivados. Cabia ao intérprete analisar a disposição legal captando a plenitude do seu valor. A vontade do legislador declarada na lei deveria reproduzir-se com exatidão e fidelidade.⁵ A lei, portanto, deveria submeter-se ao método gramatical, onde o intérprete vincula-se tão só ao sentido literal das palavras.

A interpretação gramatical, pois, num primeiro momento era uma imposição da Escola da Exegese. Os termos utilizados no texto legal tinham que ter um sentido próprio, não contraditório e não supérfluo, procurando ensejar uma compreensão harmônica em seu âmbito. Isso, no entanto, era impossível, porque o homem na sua imperfeição, não tinha - e não tem - como estabelecer um sentido exato das palavras empregadas.

Pela Revolução Francesa se declarou a igualdade de todos perante a lei. Surgiram, então, os primeiros intérpretes, que diziam estarem todas as parcelas da sociedade sob a proteção da lei. O Código Civil de Napoleão representava a expressão da Vontade Geral do povo (Jean-Jacques Rousseau). A Lei passou a ser como que a única fonte do Direito, submetendo-se à interpretação sistemática.

Mas o desajuste entre a lei, agora codificada, e as profundas mudanças decorrentes da revolução francesa, com reflexos na vida sócio-econômica dos povos, levaram os intérpretes a estabelecer o processo de interpretação histórico-evolutivo, onde o objeto da interpretação é o desenvolvimento histórico das

5 - Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, Editora Saraiva, 15ª ed., São Paulo, 1987, p. 275.

instituições jurídicas (*ratio legis*), envolvendo o histórico de todo o processo legislativo, as condições culturais ou psicológicas em torno das quais a norma jurídica surgiu (*occasio legis*).

O descompasso entre a causa que gerou a norma jurídica e o conteúdo que este encerra não granjeou a simpatia dos antigos intérpretes, porquanto o seu "valor decresce à medida que o tempo transcorre após o surgir da regra, escrita ou consuetudinária".⁶

Se a lei é a ordenação da razão, resulta evidente que a finalidade constitui-se elemento essencial ao seu bom entendimento, *tendo tudo a ver, portanto, com o processo teleológico, previsto no artigo 5º, na Lei de Introdução ao Código Civil, cuja preocupação perscruta as necessidades práticas da vida social.*⁷

A Escola da Livre Investigação Científica tem em François Géný o seu fundador. Géný parte do princípio de que, num primeiro momento, o intérprete deve ater-se ao texto da lei. Num segundo momento, não encontrando o intérprete a solução do caso na lei, emprega a analogia, o costume e a sua livre pesquisa.

O intérprete deve fidelidade ao texto legal, objetivando reproduzir a vontade do legislador. Verificando, porém, que a lei já não atende a solução de fatos supervenientes, o intérprete, então, tem a liberdade de buscar a solução nos elementos da analogia, do costume e da livre pesquisa, ou até, por desatualizada em face da *occasio legis*, procurar outra, que melhor atenda aos fins sociais do problema em estudo.

O que juiz não pode é deixar de sentenciar, suprimindo a lacuna da lei mediante o processo da livre investigação do direito tomando como base a observação dos fatos sociais. Ao realizar sua pesquisa, o jurista deve ter sempre presente que as leis existentes são balizas ao trabalho. A fórmula Géný é esta: Além do Código Civil, mas através do Código Civil.⁸

Como esclarece o Prof. Miguel Reale, o jurista tinha que obedecer a índole do sistema positivo. A Livre Investigação Científica seria apenas uma terceira etapa para, supletivamente, encontrar a solução do caso concreto. Daniel Coelho de Sousa leciona que Géný caracterizou com precisão a Escola da Livre Investigação Científica: *livre, porque realizada fora da ação de uma autoridade positiva; científica, porque apoiada em elementos objetivos revelados cientificamente.*⁹

6 - Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 13ª ed., Ed. Forense, RJ, 1993, p. 150.

7 - Art. 5º, do LICC: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às necessidades do bem comum."

8 - Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, ibidem, p. 282.

9 - Daniel Coelho de Souza, *Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 5ª ed., 1988, p. 394.

De forma percuciente, o Prof. de Filosofia nas Universidades Federal e Católica do Paraná, Luiz Fernando Coelho, argumenta que *a livre investigação científica não é, pois, a liberdade para o jurista de investigar nos fatos da vida qual a melhor solução para as controvérsias e para as lacunas da lei; ela não é uma livre criação do direito, uma criação arbitrária do juiz; produto das convicções pessoais do intérprete, ela consiste na técnica de construir os meios de realizar o direito e conseguir justiça; é o trabalho científico de extrair, do "donde" da realidade social, o direito, sempre levando em conta os interesses das partes em conflito.*¹⁰ (Grifou-se)

Verifica-se que escola da livre investigação científica trouxe uma grande contribuição, qual a de ter propiciado o desenvolvimento intelectual do intérprete, como anotou L. Fernando Coelho: *O essencial para o intérprete é saber distinguir, nos elementos de que se serve, os que lhe são impostos como dados e os que ele pode construir para a consecução dos fins do direito.*¹¹ (Grifou-se)

A Escola do Direito Livre exacerbou a idéia de liberdade do juiz para decidir. No sentido kelseniano a escola é voluntarista, pois a vontade do intérprete predominava sobre a *mens legis* e *mens legislatoris*.

Hermann Kantorowicz foi o seu maior representante. Ele admitia a existência de um direito livre, paralelo ao estatal. Preconizava que *a ciência do direito deveria desenvolver-se totalmente autônoma da lei, com liberdade, criando as suas próprias definições e atuando por um procedimento integralmente livre.*¹²

Declarava, segundo as palavras do Prof. Miguel Reale que: *haja ou não lei que reja o caso, cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e de sua consciência, devendo ser devidamente preparado, por conseguinte, para tão delicada missão.*¹³

O juiz, em suma, era investido de tantos poderes para decidir que se confundia com a própria lei. A pretensão da escola do direito livre em reduzir o direito à Sociologia do Direito deu ensejo a que o conhecimento da realidade social tomasse o lugar do próprio poder estatal de dizer direito, nos limites da lei.

O magistrado, porém, não pode usurpar os domínios do legislador. A autenticidade do juiz cinge-se aos limites da lei, e, no exercício da sua atividade, os fundamentos para estabelecer a sua convicção residem nos fins sociais e no bem comum.

Nesse sentido, a grande contribuição da Escola do Direito Livre residiu na força criadora atribuída ao magistrado em motivar as suas decisões, repercutindo na formação valiosa da atual jurisprudência.

10 - L. Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Forense, 2ª ed., 1981, p. 253

11 - Luis Fernando Coelho, *Lógica e Interpretação das Leis*, Forense, 2ª ed., p. 253

12 - Daniel Coelho de Souza, *Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, p. 395.

13 - Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, 1987, 15ª ed., p. 284.

4 - A Riqueza do Sentido no Ato de Interpretar

Ao longo dessa exposição, verifica-se que a "finalidade social" foi um ponto comum de preocupação de todas as escolas hermenêuticas, ainda que num primeiro momento não a tivessem em mira, mas se tratava sempre de um último recurso para o intérprete. Nos dias atuais, não poderia ser diferente. O fim social é o vetor que deve nortear a interpretação do jurista, ainda que não existisse uma regra de direito expressa nesse sentido (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Não é sem razão, que inspirado nessa regra, o legislador tem enaltecido os princípios da boa-fé, da função social da propriedade, do contrato etc. E por quê? Porque o conteúdo da norma de direito só pode ser o valor **Justiça**.

O Direito é a disciplina da convivência. Trata-se de uma disciplina racional. O homem cria regras para interagir-se socialmente de forma pacífica e ordeira tendo em vista o seu bem-estar, ou, melhor colocando, a sua felicidade.

Quem define a sua felicidade é o homem, pois as pessoas são essencialmente iguais entre si, porém existencialmente diferentes, em face à particularidade da conduta de cada qual e a diferença no modo de expressão de cada um.

O homem é um milagre, e de Deus. As condições objetivas foram dadas para o homem se transformar. Ele age e reage em conformidade com a sua consciência, vale dizer de acordo com a compreensão que extrai das coisas.

As coisas só são compreensíveis e concretizáveis a partir da linguagem ou dos signos lingüísticos que se atribui aos objetos, porque *as coisas se apresentam como essência (razão de ser) e não como existência (modo de ser)*¹⁴.

A coisa é o objeto de conhecimento, que transformado em linguagem se torna visível. A norma jurídica, como modelo de direito, é esse objeto cultural, cognoscível do sujeito (intérprete), que se debruçará em decifrá-la.

A norma jurídica (objeto cultural) é a mesma que se apresenta para qualquer intérprete; o que varia, no entanto, é o modo como o intérprete olhará esse objeto. Eis aí toda a questão.

Conhecer o sentido que a norma jurídica veicula, então, muda de sujeito para sujeito segundo a ordem de valores que se carrega, e o sentido, assim, é mutável. O homem só se apercebe do sentido das coisas quando interpreta. A interpretação, então, é algo inerente à condição humana.

O Direito como participação de liberdade (Arnaldo Vasconcelos) impõe ao homem o respeito mútuo aos interesses do outro. A relação de justiça como conteúdo da norma jurídica é o bem maior a ser preservado nas relações de conflito.

14 - Arnaldo Vasconcelos, Teoria da Norma Jurídica, Malheiros, 4ª, ed., 1996, p. 47.

Se assim não for, de nada adianta a segurança jurídica que não assegura nada a quem busca e tem sede de justiça, pois o que interessa ao jurisdicionado e ao administrado é gozar do bem da vida, e não simplesmente ver o cumprimento de formalidades.

Com tal percuciente visão, o Prof. Raimundo Bezerra Falcão leciona com bastante propriedade afirmando: *"Em nome desses receios é que o Direito, pela ação imobilizadora de intérpretes somente ocupados com a segurança, já consumou, ao longo dos tempos, e ainda consome diariamente, as mais imperdoáveis injustiças. Nesse caso, sim, há leviandade interpretativa. Há inconsciência da responsabilidade do intérprete, inconsciência que não se radica no renovar, mas no injustificar, sacrificando o valor maior da justiça a valores menores, como é o caso da segurança. Que, assim vista, não é segurança, na realidade, porém apenas 'segurança de imutabilidade', ou seja, uma 'segurança' desvaliosa. E a imutabilidade, quando colocada perante a evolução que se operou ou está se operando, não é garantia de justiça. É teimosia na injustiça."*¹⁵

A busca, então, pela riqueza do sentido impõe ao intérprete constante labor intelectual, sensibilidade e prudência, visando sempre decidir com o maior grau de justiça, *"a fim de que a grandeza e dignidade do ser humano possam auferir, da inesgotabilidade do sentido, o pleno gozo de sua racionalidade..."*¹⁶

Fazer **Justiça** significa retribuir o equivalente ao que foi dado ou feito. Isso implica bilateralidade. O *"equivalente"* da definição da justiça não implica uma igualdade qualquer. Significa, sim, uma igualdade de valores. O equivalente (equi + valente) é algo que tem valor igual ou proporcional ao valor de outra coisa. Justiça, pois, consiste na retribuição a alguém de algo de valor igual (ou proporcional) ao valor do que alguém deu ou fez. *Consiste numa efetivação de equivalência.*

*...É, sim, a igualdade de valor entre coisas que podem ser iguais ou desiguais.*¹⁷

Aplicar a interpretação justa, por outro lado, é o ato de dar a cada um o que ela merece, o que é seu. As circunstâncias do caso revelarão ao intérprete como decidir mediante a robustez das provas coligidas, ou através dos seus olhos e, oxalá, através do seu coração que sente e vivencia a intimidade dos fatos.

Fazer Justiça, porém, não se confunde em fazer caridade, pois só se faz caridade com o que é seu e não com o que é de terceiro. *A justiça, a rigor, prevalece sobre a caridade. Primeiro, a justiça: dê-se aos outros o que lhes pertence. Isto é fundamental. Depois, se se quiser e se houver com que, faça-se a caridade.*¹⁸

A riqueza do sentido, portanto, está em procurar o sentido da Justiça,

15 - Raimundo Bezerra Falcão, Hermenêutica, Malheiros, 1997, pág. 232

16 - Raimundo Bezerra Falcão, Hermenêutica, Malheiros, 1997 pág. 266

17 - Goffredo Telles Junior, Iniciação na Ciência do Direito, Saraiva, 2001, pág. 357.

18 - Goffredo Telles Junior, Iniciação na Ciência do Direito, Saraiva, 2001, pág. 367.

para a realização do homem, através do Direito. Enaltecer e fazer engrandecidos os valores subjetivos em litígio (vg de respeito à personalidade, à honra, às liberdades individuais, de privacidade etc.).

Conclusão

É certo que não está superada a polêmica entre os objetivistas (*mens legis*) e subjetivistas (*mens legislatoris*). Mais certo, porém, é que, hoje, ao debruçar-se sobre a interpretação de uma regra legal o valor justiça há que se sobressair. Em tempos de fome, de desemprego em massa, guerras, e até do exacerbado capitalismo prevalecendo sobre o capital humano, exige-se do intérprete que ele aponte o seu olhar para o social, até porque o litígio envolve a convivência humana.

E é no homem, razão última de ser sobre todas as coisas, que convergem as maiores virtudes. A sua liberdade, a sua dignidade, a sua honra, os seus sentimentos, a sua privacidade etc. são direitos personalíssimos os quais merecem ser o alvo mais intenso da preocupação do intérprete. Não é sem razão, que assim se expressa o eminente Prof. Raimundo Bezerra Falcão:

"Em resumo, eis o papel da Hermenêutica total: permitir a utilização de todas as alternativas possíveis de realização do ser humano na justiça, por intermédio de Direito. E essa missão lhe é imposta pela inesgotabilidade do sentido, a qual, na mesma proporção em que ratifica a grandeza do homem, pode transviar-lhe o espírito e, em conseqüência, a conduta, em face da escolha errada do sentido para si e para outrem, na permanente interpretação que é a vida. Essa tarefa pode ter dimensões tão amplas quanto a humanidade o possa também ter. Ou ser. Mas também pode ter dimensão bem mais específica: visando à realização do homem, na Justiça, por intermédio do Direito."¹⁹ (Grifou-se)

Convém, neste passo, salientar que a Emenda Constitucional nº 19/98 elevou a *eficiência* como princípio constitucional introduzindo-a no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, não a título de conselho ou sugestão, mas como um dever atribuído ao órgão público no sentido de oferecer a satisfação de melhores resultados ao administrado. Assim, é bastante útil a lição do Prof. alemão Horst Bartholomeyzyk ao tratar da interpretação sistemático-textual:

"na leitura da norma, nunca se deve ler o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixar de ler o segundo depois de ter lido o primeiro; nunca se deve ler um só artigo, leia-se também o artigo vizinho. Deve-se, portanto, comparar o texto normativo, em

exame, com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto; pois por umas normas pode-se desvendar o sentido de outras. Escaminando as normas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas."²⁰ (Grifos nossos)

19 - Raimundo Bezerra Falcão, *Hermenêutica*, Malheiros, 1997, PÁG. 260.

20 - Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, ibidem, págs. 389/390.

Bibliografia

- COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, ed. 1997, São Paulo: Malheiros Editora Ltda.
- GARCIA, Othon M. *Comunicação em prosa moderna: aprender a escrever, aprendendo a pensar*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução João Baptista Machado. 2ª ed., Junho de 1987, Martins Fonte Editora.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação em vigor*, ed. 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1987, 15ª edição.
- SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito. Teoria da norma jurídica*, Vol.1, 4ª ed.: Malheiros Editores Ltda., 1996.

Magistério: Elevação da Jornada de Trabalho X Irredutibilidade de Vencimentos

Eduardo Henrique Lauer Filho.
Procurador do Município de Fortaleza.

José Rubens Costa
Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.
Pós-doutorado em direito constitucional e processual civil,
respectivamente, nas Universidades Livre e Técnica de Berlim,
na qualidade de bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung.

Sumário

Introdução.

1. Servidores públicos: autonomia municipal: limitações.
2. Regime jurídico (jornada) do magistério: possibilidade de alteração.
3. Observância do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Conclusão.

Bibliografia.

Introdução

Em acatamento à norma do art. 211, § 2º, da Constituição da República, segundo a qual “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”, a atuação municipal nessa seara, sobretudo do ensino fundamental, vem se intensificando a cada dia.

Como conseqüência, o acréscimo de serviço decorrente da assunção, pela rede municipal de ensino, de séries do ensino fundamental outrora assumidas pela rede estadual, tem ocasionado a superação do limite de jornada de trabalho de professores municipais, previsto em legislações locais.

Diante dessa situação, os Municípios têm se deparado, dentre outras, com as seguintes indagações: a) seria possível o aumento do número máximo (= limite) de horas/aula relativo ao cargo de professor municipal; b) se possível tal alteração (= aumento), a manutenção da mesma remuneração outrora percebida pelos referidos professores configuraria redução salarial?

1. Servidores Públicos: Autonomia Municipal: Limitações.

De lembrar, inicialmente, com amparo na lição de Hely Lopes Meirelles, que a “competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o

respectivo serviço”, razão pela qual, continua referido autor, cada “entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos únicos, segundo suas conveniências administrativas e as forças de seus erários (CF, arts. 39 e 169)” (in, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 22ª ed., p. 371:372).

Logo, ao Município compete exclusivamente criar, organizar, dispor acerca do regime jurídico, inclusive duração da jornada de trabalho, e estabelecer os valores da remuneração e demais vantagens financeiras relativas aos seus servidores públicos (art. 30, I e V, da CF). A única limitação que sofre a competência municipal nessa seara é a necessidade de obediência às normas contidas nos arts. 37 a 41 da CF.

Confira-se, uma vez mais, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles: “A competência do Município para organizar seu funcionalismo é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público (CF, arts. 37 a 41), bem como os preceitos das leis de caráter complementar ou nacional, pode o Município elaborar o estatuto de seus servidores, segundo as conveniências locais” (op. cit., p. 373).

Assim sendo, ao adotar qualquer postura em relação aos seus servidores, deve o Município observar, obrigatoriamente, as normas constitucionais contidas nos arts. 37 a 41 da Constituição. Corroborando esse entendimento, decisão do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. **Maurício Corrêa**: “Ação direta conhecida e julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do § 6º do art. 126 da Constituição do Estado de São Paulo, porque o art. 40 da Constituição Federal é de observância obrigatória por todos os níveis de Poder” (ADIn 755-6-SP; DJU 1 06.12.86, p. 48.707).

2. Regime Jurídico (jornada) do Magistério: Possibilidade de alteração

Em atenção a conveniências locais de outrora, Municípios estabeleceram, no passado, jornadas de trabalho para cargos como o de professor municipal. Agora, por conveniências outras, mencionadas no início do presente trabalho - acréscimo de serviço -, tem-se afigurado conveniente às Municipalidades aumentar jornadas outrora estabelecidas.

Tal pretensão afigura-se perfeitamente possível e legal, haja vista a supra mencionada autonomia municipal nessa seara, devendo ser alcançada, a pretensão, pela via adequada (= mediante lei), e desde que observadas normas constitucionais aplicáveis aos servidores públicos.

Interessa registrar, neste ponto, que jurisprudência e doutrina, de modo praticamente unânime, pontificam: servidores públicos não têm direito adquirido ao regime jurídico pelo qual se encontram regidos, muito menos à sua imutabilidade.

Nesse sentido, há muito vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. **Antônio Nader**: “A investidura do funcionário não subjetiva de um só golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia. Pela investidura, o indivíduo adquire, antes de tudo, o ‘status’ de funcionário, mero requisito para que lhe se tornem aplicáveis aquelas disposições do direito objetivo, à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação. Dal decorre que assim o Estatuto dos Funcionários Públicos como o direito dos servidores públicos são suscetíveis de alterações, por via legislativa, ainda quanto às situações vigentes. A lei poderá, portanto, em princípio, (...) truncar ou modificar qualquer carreira administrativa; prescrever deveres novos; impor encargos antes dispensados, etc. A alteração acaso introduzida, salvo exceções definidas, terá aplicação imediata. Os funcionários que o forem, ao tempo da lei nova, salvo garantias constitucionais ou situações já subjetivadas, ficar-lhe-ão sujeitos à disposição” (AG 53.849, RDA 117:112).

Mais recentemente, ainda do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**: “Vencimentos: reajuste: direito adquirido: inexistência. Segundo a jurisprudência do STF - que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico - as leis - ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade - que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos, são aplicáveis desde o início de sua vigência” (RE 226.831/DF, j. 17.11.98, DJU 18.12.98, p. 65).

Na doutrina, Hugo de Brito Machado pontifica: “Não se pode, por exemplo, cogitar de direito adquirido ao modo de exercer uma função pública, embora se possa falar em direito adquirido à remuneração do servidor, ou aos proventos de sua aposentadoria” (Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 130, ano 18, novembro/1994, p. 11) (in, A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 78).

Infere-se, portanto, que a jornada de trabalho do magistério municipal pode ser alterada (= elevada), não se olvidando, ainda quanto à questão da autonomia municipal na seara em questão, que a Lei Federal 9.394/96, ao estabelecer as **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, expressamente dispõe ser “objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento” (art. 25), cabendo “ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições dispo-

veis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo" (par. único).

Ou seja, segundo a legislação federal, Lei 9.394/96, cabe ao sistema de ensino municipal estabelecer parâmetros para que seja alcançada uma relação adequada entre o número de alunos e professores da rede pública municipal de ensino, inclusive estabelecer a carga horária e jornada ideais.

3. Observância do Princípio da Irredutibilidade de Vencimentos.

Não obstante a autonomia municipal, impõe-se o respeito, pelos Municípios, conforme visto acima, às normas constitucionais relativas ao servidor público, dentre as quais se destaca, haja vista a questão em comento, a norma contida no art. 37, XV, da Constituição da República (de incidência obrigatória no âmbito municipal), que prevê a irredutibilidade dos vencimentos do servidor público.

Confira-se a dicação da aludida norma constitucional, na redação que lhe conferiu a EC 19/98: "os subsídios e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incs. XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I". As exceções constitucionais ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dizem respeito ao teto máximo da remuneração dos servidores (art. 37, XI, CF), à proibição de acumulação de acréscimos pecuniários (art. 37, XIV, CF), bem como redução decorrente da incidência tributária (arts. 150 e 153 da CF). Afora essas exceções, os vencimentos dos servidores públicos, em princípio, são irredutíveis. Diz-se em princípio, porque a jurisprudência tem afirmado ser possível a redução dos vencimentos em razão da supressão de parcela da remuneração que estiver sendo ilegalmente percebida pelo servidor (Superior Tribunal de Justiça, RMS 486-0/GO, Rel. Min. Milton Pereira, RSTJ 63:129).

A regra da irredutibilidade dos vencimentos significa, segundo Diogenes Gasparini, que "não há motivo capaz de justificar a redução da remuneração dos servidores em geral" (in, Direito Administrativo, Saraiva, 3ª ed., p. 138). Razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Jesus Costa Lima, assentou que a "garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos impede que ato superveniente do Estado afete, reduza ou suprima o direito ao estipêndio que já se incorporara ao patrimônio jurídico do servidor público" (MS 1.948-7-DF, Ementário do STJ 08: 341).

Assim sendo, estando os vencimentos dos servidores públicos protegidos pela regra da irredutibilidade, impossível sua redução, ainda que de forma oblíqua ou indireta, ou seja, em função de aumento da jornada de traba-

lho, uma vez que o aumento de jornada de trabalho não traduz motivo suficiente a justificar o afastamento do princípio da irredutibilidade de vencimentos.

A respeito, pela pertinência, de registrar que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concedeu liminar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADInML 2.238-5/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão), suspendendo, justamente por ofensa à irredutibilidade dos vencimentos, norma contida no art. 23, § 2º, da Lei Complementar 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispunha: "É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária".

Confira-se do informativo do Supremo Tribunal Federal: "Por aparente ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos (CF, art. 37, XV), (...), o Tribunal também deferiu a medida liminar para suspender integralmente o § 2º do mesmo art. 23, que faculta a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. ADInMC 2.238-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, 9.5.2002" (Informativo nº 267, 6 a 10 de maio de 2002).

Ora, se se afigura inconstitucional, na ótica do Supremo Tribunal Federal, a redução de vencimentos decorrente de redução da jornada de trabalho, evidente que igualmente inconstitucional o aumento da jornada laboral sem o correspondente aumento da remuneração.

Conclusão

Tem-se, portanto, em síntese, que possível se afigura a elevação, mediante lei, de jornadas de trabalho previstas para cargos públicos como o de professor municipal, aumento este que deverá ser acompanhado da conseqüente elevação remuneratória, sob pena de restar ferido o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos.

Bibliografia

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, p. 138.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 130, ano 18, novembro/1994, p. 11, *apud A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 78.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., Editora Malheiros, p. 371:372.

Da Possibilidade de acolhimento da arguição de prescrição em Exceção de Pré-executividade

Ariano Melo Pontes

Procurador do Município de Fortaleza

Sumário

Introdução

1. A exceção de pré-executividade
2. As matérias que podem ensejar a extinção da execução em virtude da interposição de exceção de pré-executividade
3. A possibilidade de acolhimento da arguição de prescrição em exceção de pré-executividade

Conclusão

Bibliografia

Introdução

De cunho eminentemente prático, este artigo destina-se a analisar a possibilidade de o magistrado acolher, em processo de execução, a prescrição, quando argüida em exceção de pré-executividade.

Desde logo, vale registrar que há controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, acerca do assunto, que é, deveras, interessante.

Ressalta-se, então, que é de suma importância o desate da questão, já que, não se admitindo o reconhecimento pelo juiz da prescrição argüida em exceção de pré-executividade, a parte haverá de segurar o juízo e, em seguida, opor embargos do devedor, o que, obviamente, é-lhe muito mais oneroso.

1. A exceção de pré-executividade

Em julho de 1966, Pontes de Miranda, por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann, elaborou parecer acerca de problemas surgidos em processos de execução nos quais era ré a empresa citada.

O renomado jurista sustentou, naquela oportunidade, que seria viável a extinção dos processos com fundamento na inidoneidade dos títulos que os embasavam, sem que houvesse necessidade de serem oferecidos bens à penhora.

Pontes de Miranda esclareceu que a execução tem requisitos próprios, que podem e devem ser examinados antes da agressão ao patrimônio do devedor, de ofício ou por provocação da parte, cuja defesa não deve cingir-se aos embargos do devedor.

Dessa forma, idealizou-se, no Brasil, a denominada exceção de pré-executividade¹.

Com o tempo, doutrina e jurisprudência, maturadas pela discussão, inclinaram-se pela aceitação da medida, que, hoje em dia, conquanto sofra restrições, é amplamente utilizada e acatada nos tribunais brasileiros².

2. As matérias que podem ensejar a extinção da execução em virtude da interposição de exceção de pré-executividade

Embora seja pacífica a admissão da exceção de pré-executividade, pen- de, ainda, discussão acerca das matérias que, com a interposição de tal medida, podem ser acolhidas pelo magistrado.

É assente que os temas de ordem pública podem, na situação descrita, servir de fundamento à extinção do processo de execução. Entre tais matérias, podem-se arrolar: a incompetência absoluta (art. 113 do CPC); a prescrição, quando favorecer absolutamente incapaz³ (art. 193 do Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002); os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; a perempção; a litispendência; a coisa julgada; a ausência das condições da ação – possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual (incisos IV, V e VI do art. 267 do CPC e seu § 3º); as hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 295 do CPC); a inexistência ou nulidade da citação no processo de conhecimento (art. 301, I do CPC); incapacidade da parte (não suprida na forma da lei); defeito de representação; falta de autorização (art. 301, VIII do CPC); a falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar (art. 301, IX do CPC); cumulação indevida de execuções (art. 741, IV do CPC).

1 - Há controvérsia acerca da correta denominação do instituto. Em regra, utiliza-se “exceção de pré-executividade”. Contudo, em virtude da natureza das matérias suscetíveis nesse incidente, há quem pretenda ser mais adequada a designação “objeção de pré-executividade” ou até “oposição pré-processual”. Em que pese a relevância da discussão para o aprimoramento da ciência processual, não se adentrará a celeuma, eis que este estudo visa, unicamente, a uma exposição de caráter pragmático, destinada à solução de problemas concretos.

2 - Apesar da simplicidade, é salutar a transcrição do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, valorizado por sua clareza: “A defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo da execução e independe do prazo fixado para os embargos de devedor” (STJ, REsp 220100/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25/10/1999).

3 - No art. 219, § 5º do Código de Processo Civil, consta que, “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato. Há, realmente, prescrição de direitos não patrimoniais? Existe discussão sobre o assunto, mas dela não se ocupará este trabalho. A observação serve, apenas, de advertência e estímulo ao leitor que deseje conhecer melhor o assunto. De qualquer forma, o art. 193 do Novo Código Civil, regulando a matéria de maneira diversa, parecer ter revogado a norma do CPC.

Também podem ser reconhecidas de ofício e, por conseguinte, podem ser reconhecidas pelo juiz em caso de interposição de exceção de pré-executividade as causas de nulidade da execução⁴, entre as quais se declinam: a iliquidez, a incerteza ou a inexigibilidade do título (arts. 586 e 618, inciso I, do CPC); a irregularidade da citação do devedor (art. 618, II, do CPC); a instauração da execução antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572; a adulteração flagrante do título ou em qualquer elemento que o integre⁵.

Quanto às situações acima enumeradas, é pacífico o entendimento segundo o qual podem ser acolhidas pelo juiz quando argüidas em exceção de pré-executividade, já que delas se pode conhecer, inclusive, *ex officio*.

Contudo, há quem defenda que o rol deveria ser mais extenso, abrangendo, inclusive, fatos extintivos, modificativos e impeditivos da obrigação (art. VI do CPC). É essa a opinião da ilustre subprocuradora-geral da república Cleide Previtali Cais, que assim se manifesta:

“As matérias antes arroladas, configurando *temas de ordem pública, e causas de nulidade da execução e extintivas, modificativas ou impeditivas da obrigação* configuram situações que podem ser apontadas pelo executado em sua defesa, independentemente de constituir garantia do Juízo e de oferecer os embargos”⁶.

Nada obstante, parece ser minoritário esse entendimento, como se observa no seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“Os embargos do devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada à questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; nesse rol não se inclui a alegação de que a dívida foi paga. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 146923/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 18/06/2001)

Conquanto não seja necessariamente o correto, predomina, nesse sodalício, o seguinte entendimento:

4 - “Não ofende a nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento de exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do CPC), independentemente dos embargos do devedor” (STJ, REsp 160107, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 03/05/1999).

5 - Cleide Previtali Cais. *O Processo Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 461/462.

6 - Cleide Previtali Cais. *O Processo Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 462.

“A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação” (STJ, REsp 472514/RO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19/05/2003).

“A exceção de pré-executividade não é sucedâneo dos embargos do devedor. Deve ser manejada para ensejar o conhecimento de matéria sobre a qual o julgador poderia pronunciar-se de ofício” (STJ, AGA 442203/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 16/12/2002).

Feitas essas considerações, proceder-se-á, em seguida, à análise específica do tema deste trabalho.

3. A possibilidade de acolhimento da arguição de prescrição em exceção de pré-executividade

Porquanto de extrema importância para o exame do problema posto, cita-se, a seguir, o 194 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

“Art. 194. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Observa-se, de pronto, que, se o executado for absolutamente incapaz, não há dificuldades, já que, nesse caso, o juiz poderá, de ofício, decretar a extinção do processo em virtude da prescrição. Realmente, se deve fazê-lo até mesmo *ex officio*, é óbvio que também poderá pôr fim à execução mediante requerimento da outra parte veiculado por exceção de pré-executividade.

Entretanto, sendo capaz o executado, surge o problema que deu ensejo a este estudo: pode ser extinto o processo em virtude da arguição de prescrição em exceção de pré-executividade?

Há respostas divergentes a esse questionamento, não tendo a jurisprudência chegado, ainda, a consenso. Aliás, no próprio Superior Tribunal de Justiça, há divergências entre turmas.

O fundamento a que se prende a tese que nega a possibilidade de reconhecimento da prescrição no caso sob exame é o seguinte: se, apreciando a exceção de pré-executividade, ao magistrado só é lícito conhecer de questões sobre as quais deva decidir de ofício, não pode extinguir o processo com base

na prescrição, já que o acolhimento desta depende de provocação da outra parte, nos termos do art. 194 do Novo Código Civil⁷.

Reforça-se esse posicionamento, em se tratando de execução fiscal, com o preceito contido no art. 16, § 3°, da Lei n° 6.830/80, segundo o qual “as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos”.

Citam-se, em seguida, julgados que abonam essa conclusão:

“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - MATÉRIA DE DEFESA: PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO.

1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade.
2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas.
3. A tolerância doutrinária, em se tratando de execução fiscal, esbarra em norma específica que proíbe a pré-executividade (art. 16, § 3°, da LEF).
4. A prescrição, por ser direito disponível, não pode ser reconhecida fora dos embargos” (STJ, REsp 229394, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24/09/2001).

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (LEI N° 6.830/80. ART. 16, § 3°). EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação.
2. A prescrição do crédito tributário, como tema de defesa, deve ser argüida no momento oportuno, consoante determina o art. 16, § 3°, da Lei n° 6.830/80, máxime porque matéria não conhecível de ofício, mercê de alegável em qualquer tempo, sem preclusão.
3. Precedentes do STJ.
4. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 464012/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19/05/2003).

7 - A conclusão, em verdade, foi atingida com base no art. 219, § 5° do Código de Processo Civil e no art. 166 do Código Civil de 1916, que vedavam ao magistrado conhecer de ofício da prescrição de direitos patrimoniais. Contudo, vigente o art. 194 do Novo Código Civil, a situação não se alterou substancialmente, e o raciocínio exposto ainda é válido.

Já o posicionamento favorável ao reconhecimento da prescrição (inclusive em execução fiscal) funda-se no princípio da instrumentalidade e na necessidade de impor-se, ao executado, os menores gravames possíveis (com o acolhimento da prescrição em exceção de pré-executividade, não haveria necessidade de segurar o juízo para ajuizar embargos do devedor). Mas, ainda assim, exige-se que a matéria não dependa de exame laborioso de provas.

Corroborando essa tese, podem-se citar os seguintes arestos:

“Execução Fiscal. Processo Civil. Prescrição. Exceção de Pré-Executividade. Possibilidade antes dos Embargos do Devedor e da Penhora. Lei 6.830/80 art. 8º, § 2º. CPC, artigos 219, §§§ 2º, 3º e 4º, e 620. CTN, artigo 174 e Parágrafo Único.

- Denunciada a ocorrência da prescrição, **verificação independente da produção ou exame laborioso de provas**, não malferir nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de “pré-executividade”, independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia garantia do juízo. **Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado**, ferindo o espírito da lei de execução, que orienta no sentido de serem afastados art. 620, CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao **princípio da instrumentalidade** adiar para os embargos a extinção do processo executivo” (STJ, REsp 176750/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 23/09/2002).

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO. SÓCIO. CITAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 8º, IV E § 2º, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 219, § 4º, DO CPC. ARTS. 125, III, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. SUAS INTERPRETAÇÕES. PRECEDENTES.

1. A doutrina e a jurisprudência aceitam que ‘os embargos de devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada a questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação’, incluindo-se a alegação de que a dívida foi paga (REsp nº 325893/SP).

2. A jurisprudência do STJ tem acatado a exceção de pré-executividade, impondo, contudo, alguns limites. **Coerência da corrente que defende não ser absoluta a proibição da exceção de pré-executividade no âmbito da execução fiscal.**

3. No caso em exame, a invocação da prescrição é matéria que pode ser examinada em exceção de pré-executividade, visto que a mesma é causa extintiva do direito do exequente” (STJ, REsp 388000/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 18/03/2002).

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA POR SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

A defesa através de petição direta no processo de execução, dita exceção de pré-executividade, é incidente processual cuja rejeição enseja agravo de instrumento. Aplicação do princípio da fungibilidade para conhecer como agravo a apelação interposta contra sentença que rejeitou o incidente. **A defesa direta pode ser utilizada para arguir matéria de ordem pública (falta de pressupostos e das condições), pagamento, prescrição ou qualquer vício do título, desde que demonstrados de plano.**” (Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Apelação Cível 194736/AL – DJ 11/10/2002 – Rel. Juiz Rivalvo Costa)

Parece-nos que a tese negativa não resiste a um exame aprofundado da questão. Impregnada de um tecnicismo improdutivo, não responde aos reclamos de justiça, tempestividade e efetividade⁸, que tendem a imperar no processo.

Com efeito, desde que a constatação da superveniência da prescrição não demande exame exaustivo de prova, não se pode obstar seu reconhecimento quando a parte interpuser exceção de pré-executividade.

Ora, se o executado percebeu a consumação da prescrição, tanto que a suscitou em exceção de pré-executividade, decerto o fará novamente, se necessário, nos embargos à execução. Seria, no mínimo, desperdício de tempo e de atividade processual.

8 Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 29.

Então, por que se deveria postergar o reconhecimento da prescrição? Não há razões para isso. Tal atitude somente geraria inconvenientes, submetendo o devedor a mais um gravame: a segurança do juízo para o oferecimento dos embargos.

Além do mais, "a defesa não é uma generosidade, mas um interesse público"⁹. Podendo ser exercida sem maiores sacrifícios, não há razão para negar-lhe oportunidade.

Conclusões

A exceção de pré-executividade, teorizada por Pontes de Miranda é, atualmente, bastante utilizada e acolhida nos tribunais brasileiros.

Contudo, somente determinadas matérias (a maioria de ordem pública) podem ser conhecidas pelos magistrados quando provocados por exceção de pré-executividade, já que a via normal para a defesa do devedor são os embargos à execução.

Exposto e analisado o problema da possibilidade de acolhimento da arguição de prescrição em exceção de pré-executividade, chega-se à conclusão de que a questão só admite, satisfatoriamente, a resposta positiva, apesar haver sério dissídio jurisprudencial.

Com efeito, o entendimento em sentido contrário produz diversos inconvenientes, agravando não só a situação do devedor, como a do próprio credor, que continuará litigando para, mais tarde, ver-se vencido.

Bibliografia

- CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁹ Rui Portanova. *Princípios do Processo Civil*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 125.

A Invalidez das Obrigações Negativas em Virtude de Violação a Dignidade da Pessoa Humana

Rodrigo Telles de Souza
Procurador do Município de Fortaleza

Sumário

Introdução

1. A Constitucionalização do Direito Civil

2. A Caracterização das Obrigações Negativas

3. As Obrigações Negativas e a Dignidade da Pessoa Humana

Conclusão

Bibliografia

Introdução

Recentemente, revelou-se imperiosa uma mudança de paradigma nos estudos jusprivatísticos, em face do fenômeno da constitucionalização do direito civil. A dogmática obrigacional não poderia quedar indiferente a tal necessidade. Nessa perspectiva, com esteio em uma pesquisa bibliográfica, pretende-se considerar particularmente a invalidez das obrigações negativas em virtude de desrespeito ao **princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**.

Assim, visando à consecução do propósito almejado, primeiramente se justifica a indispensabilidade de o direito civil ser analisado a partir de fundamentos constitucionais. Em seguida, procede-se à particularização das obrigações negativas. Ao fim, cuida-se da nulidade das relações jurídico-obrigacionais por violação à dignidade da pessoa humana.

Nem o Código Civil de 1916 nem o Código Civil em vigor tratam do assunto em dispositivos específicos. O estudo do tema sob um prisma civil-constitucional, portanto, mostra-se patentemente imprescindível.

1. A Constitucionalização do Direito Civil

Com a finalidade de conjurar as ameaças e os efeitos nefastos do autoritarismo estatal, concretizados notadamente durante a Segunda Grande Guerra, concebe-se, por volta da metade do século XX, a fórmula política do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza justamente pela busca do equilíbrio entre as necessidades de intervenção estatal e as exigências de respeito ao regime democrático, procurando-se garantir e promover, sempre, a dignidade da pessoa humana.

Os rígidos textos constitucionais, baseados na fórmula política

consagradora da democracia, passam a encerrar um catálogo de direitos fundamentais, complexo, fruto de longa evolução histórica, composto por direitos individuais, sociais e difusos – de primeira, segunda e terceira dimensões, respectivamente – dotados de eficácia plena. O direito privado, com seus códigos, perde definitivamente, em favor dos estatutos supremos, o aspecto *constitucional* – como centro regulador das relações jurídicas – que apresentava outrora, durante o século XIX e o início da vigésima centúria.

As normas constitucionais se transvertem no mais alto patamar de conspicuidade normativa do ordenamento jurídico, ostentando uma eficácia vinculante que se difunde por todo o sistema de direito. A irradiação da incontrastável força normativa da Constituição arrima-se no reconhecimento de sua juridicidade, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. A respeito, Gomes Canotilho salienta que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador”.¹

Assim, a normatividade constitucional se projeta por todo o ordenamento jurídico, pois a Constituição situa-se no ápice do sistema hierárquico de normas. O direito civil constitucionaliza-se, porquanto não se pode mais obscurecer que as normas jurídico-civis passam a ter por alicerce os valores previstos normativamente no instrumento fundamental.

No Brasil, a Constituição de 1988 adota expressamente o modelo do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, positivando, outrossim, em todo o seu corpo normativo, extensa lista de direitos humanos, revestidos de eficácia imediata, o que evidencia a indubitável constitucionalização do direito civil e a necessidade de os institutos civilistas serem revistos a partir dos princípios consagrados na Carta Magna, considerando-se, em especial, “a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado”.²

Com efeito, “diante do novo texto constitucional forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”.³ Ademais, a propósito, Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta: “A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”.⁴ Assim, o estudo das obrigações de não-fazer no direito brasileiro deve, de modo impostergável, considerar essa nova situação.

1 - José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 590.

2 - Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 541.

3 - Gustavo Tepedino. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

4 - Paulo Luiz Netto Lôbo. Constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro (17): 56-75, 2. Sem. 1999. p. 64.

2. A Caracterização das Obrigações Negativas

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável”.⁵ A definição contempla os elementos essenciais da relação jurídico-obrigacional, quais sejam: os sujeitos, o credor e o devedor; o objeto, a prestação; e o liame de direito.

As obrigações se classificam em positivas e negativas, de acordo com a espécie de prestação que lhes constitui o componente objetivo. As obrigações negativas singularizam-se por ostentarem, como objeto, uma conduta omissiva. A prestação devida em face de uma relação obrigacional de não-fazer consiste em um comportamento de abstenção ou de tolerância.

O cumprimento das obrigações negativas se realiza mediante uma omissão, em regra, constante e sucessiva. A interação jurídico-obrigacional reveste-se de continuidade, caracterizando-se como um mecanismo sistematicamente unitário, normalmente preordenado à satisfação do interesse do credor. Por isso mesmo, como afirma Karl Larenz, “pode e deve considerar-se a relação de obrigação como um processo”.⁶

No entanto, na análise da interação jurídico-obrigacional negativa – considerada dinamicamente em termos procedimentais – não se há de atentar tão-somente para os anseios do credor. Devem-se considerar, igualmente, os interesses do devedor, que não podem ser de todo negligenciados, sob pena de violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. As obrigações negativas e a dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, aclamado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988 preconiza que o homem deve ser considerado como fim, não como meio, e como sujeito, não como objeto. O preceito configura a autêntica fundamentalidade material dos direitos humanos positivados na Constituição.

A dignidade da pessoa humana perfaz o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais. Como afirma Glauco Barreira Magalhães Filho, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana”.⁷

5 - Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2. p. 05.

6 - Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 39.

7 - Glauco Barreira Magalhães Filho. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2001. p. 228.

Assim, como as obrigações negativas consubstanciam restrições a interesses do devedor, o respeito à dignidade da pessoa humana exige que os limites atribuídos pelo vínculo obrigacional à esfera jurídica do respectivo sujeito passivo não vulnerem o cerne de qualquer de seus direitos fundamentais, suprimindo-o por completo. Com efeito, eis o que se infere do princípio da proteção ao núcleo essencial, que, consoante Gilmar Ferreira Mendes, "*destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais*".⁸

Destarte, não se afigura válida uma obrigação pela qual o devedor se vincule a não usar, gozar, fruir nem alienar um bem de seu domínio, por implicar uma inteira supressão do direito fundamental à propriedade. Do mesmo modo, se uma associação de moradores insere em seu estatuto a chamada "*cláusula de celibato*", em face da qual seus membros não possam casar, ter filhos ou manter relacionamento sexual, tal obrigação negativa reveste-se de nulidade, na medida em que pressupõe o sacrifício desarrazoado da liberdade como direito humano fundamental. Em ambas as circunstâncias conjeturais, ofende-se o valor nuclear da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, como exemplo de situação comum em que o aperfeiçoamento de uma obrigação de não-fazer, aniquilando um direito fundamental, pode vir a infringir iniquamente o princípio básico da dignificação do ser humano, tem-se o caso das cláusulas de não-restabelecimento, apostas a negócios jurídicos de alienação de fundo de comércio ou de transferência de controle societário. A análise da hipótese é oportuna, porquanto, embora o assunto esteja mais próximo do direito mercantil, é certo que "*as obrigações comerciais e civis obedecem a princípios gerais comuns*".⁹ No particular, a higidez da acessória relação obrigacional, de caráter negativo, demanda a fixação de balizas – materiais, espaciais e temporais – ao dever de evitar a concorrência desleal, preservando-se o conteúdo mínimo da liberdade de iniciativa econômica. Acerca da questão, a Jurisprudência assevera: "*Se, no contrato em que ocorre a transferência por cessão de quotas de sociedade anônima, resta consignada a proibição de os cedentes, durante prazo limitado e local determinado, se estabelecerem, ainda que em nome de terceiros, com negócios do mesmo ramo de atividade, essa vedação não se apresenta como ilegítima ou ilegal e muito menos inconstitucional*" (TJRJ, 3ª Câmara Cív., ap. nº 1996.001.02289, rel.: Des. Oscar Silveira, j. 11.06.1996, v.u.).

Conclusão

Em face de uma perspectiva constitucional do direito civil brasileiro, são inválidas as obrigações negativas que acarretem, desproporcionalmente, excessivas restrições aos interesses do devedor, atingindo o núcleo essencial de um de seus direitos fundamentais. A nulidade da relação jurídico-obrigacional deriva da ilicitude de seu objeto, que, suprimindo um direito previsto na Constituição, ofende o valor basilar da dignidade da pessoa humana.

8 - Gilmar Ferreira Mendes. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 243.

9 - Clóvis Beviláqua. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. p. 57.

Bibliografia

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. 458 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 755 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 1.214 p.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. 542 p.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro (17): 56-75, 2. Sem. 1999.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2001. 248 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 197-317.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2. 318 p.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. [online] Disponível na internet: <http://www.tj.rj.gov.br/consulta/frameconsulta_wi.htm>. Acesso em: 20 dez. 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

Sigilo Profissional -Semilidades entre os direitos Português e Brasileiro-

Ana Cristina de Brito Ribeiro
Advogada

Licenciada pela Faculdade de Direito de Lisboa
Com Especialização Técnica em Administração Pública e
Desenvolvimento do Comércio

Sumário

Justificativa

Introdução

1. Obrigação de Sigilo

2. Os Limites

3. Conteúdo

4. Sua Natureza: Contratual ou de Ordem Pública

5. Violação do Sigilo Profissional e Responsabilidade

Conclusão

Referências

“ [...] É que o lugar do advogado é na sua bancada e não na cadeira das testemunhas, onde ficará sujeito às instâncias, às perguntas imprevistas, que o podem colocar na desairosa posição de para não ter de quebrar o seu segredo profissional, ter de não dizer a verdade, reconhecê-la ou escusar-se a responder, escudando-se de novo no segredo que quisera fazer cessar e isto, precisamente, porque, como testemunha e em julgamento, ele não dirá só o que deseja. [...] ”

Prof. Dr. José Magalhães Godinho

A relação entre o Advogado e o seu cliente baseia-se na confiança que este último deposita no primeiro e na certeza de que quando o cliente revela um fato que não quer ver divulgado ou cuja revelação o prejudique, esse fato constitui objeto do segredo profissional ao qual o Advogado está vinculado.

Só assim o Advogado poderá desempenhar o patrocínio e o cliente confiar ao seu patrono todos os elementos necessários à sua defesa - essa confiança é um dos fundamentos do segredo profissional.

Não podemos afirmar a sua absolutividade: ele permite derrogações que podem mesmo ser indispensáveis para a defesa dos interesses daquele que revelou o segredo.

Não estamos aqui, portanto, face a uma relação idêntica à que se estabelece entre os médicos e os sacerdotes em relação aos seus doentes e confessados pois então nesses casos, os sigilos são totais e NADA permite afastá-los.

1. A obrigação de segredo

Esta obrigação é vinculativa DURANTE e DEPOIS do patrocínio, ou da prestação dos serviços requerida e estende-se às confidências dos clientes, às do adversário, às dos colegas, às que resultam de entrevistas para conciliar ou negociar, às de terceiras pessoas - desde que feitas ao Advogado NO EXERCÍCIO DA SUA PROFISSÃO - bem como aos documentos confidenciais ou íntimos confiados ao Advogado.

O fundamento social desta obrigação pode ser encarado sob um duplo aspecto: há, na nossa sociedade certas profissões que, dado o seu fim, exigem a revelação por parte do cliente, de certo tipo de segredos. O indivíduo que se dirige a um desses profissionais procurando ajuda, consente em abdicar duma parte do segredo da sua intimidade ou da sua vida privada. Aquele que recebe as confidências torna-se um confidente necessário, uma vez que é só a ele que o cliente pode e deve fazer essas revelações.

Desde logo, a liberdade de escolha do que necessita de ajuda é restrita: só a qualidade profissional do confidente o obriga a calar!

A ciência jurídica, permanentemente em contacto com a realidade social, protege e encoraja o clima de confiança que permite essas confidências e, assim, transforma a obrigação social ou moral de guardar segredo em obrigação ou dever jurídico.

Em suma, pode dizer-se que a obrigação de segredo tem por objeto TUDO O QUE O ADVOGADO TEM CONHECIMENTO NO EXERCÍCIO DA SUA PROFISSÃO e ninguém (autoridade ou outra pessoa) pode isentá-lo desse dever.

Assim, mesmo em juízo, pode o Advogado opor ao juiz a sua vinculação ao segredo profissional, escusando-se a depor em desconformidade. Não deve também o Advogado nomear um colega adversário para depor como testemunha, nem apresentar-se a si próprio como tal nas causas em que intervenha... sem que previamente tenha renunciado ao seu mandato e expressamente renunciado a retomá-lo.

A obrigação de segredo estende-se aos empregados e colaboradores do advogado que têm naturalmente conhecimento dos fatos no desempenho das suas funções, constituindo justa causa de despedimento, a violação com dolo ou culpa grave desse dever de sigilo, quando tal fato revelar que se tornou impossível a subsistência da relação laboral.

É ainda extensível aos advogados substabelecidos e a terceiros que sejam eventualmente consultados para melhor desempenho da sua função de defensor ou patrono, operando automaticamente a extensão da confiança quando:

- a) a revelação é indispensável para permitir a elaboração de um parecer, relatório ou opinião (inexistência de outro modo de obter resultado equivalente);
- b) a revelação se limita aos fatos estritamente necessários;
- c) os fatos revelados não têm um carácter íntimo ou de tal forma reservado que seja de prever a legítima oposição do titular do segredo à sua revelação;
- d) haver garantia bastante de que o terceiro consultado não só manterá o segredo relativamente aos mesmos fatos, como recusará prestar serviços a quem possa beneficiar desse conhecimento;
- e) haver garantia de independência do terceiro, nomeadamente o seu não envolvimento pessoal ou profissional na causa ou questão pendente ou em causas que com ela possam ter qualquer conexão.

2. Os limites

O Advogado pode desvincular-se unilateralmente do segredo profissional quando tal o exijam necessidades de sua defesa pessoal quando acusado pelo seu cliente, empregados ou mesmo por terceiros, ou para o legítimo exercício do seu direito à cobrança de honorários. Nestes casos, pode o Advogado revelar o estritamente indispensável à sua defesa ou êxito da sua pretensão (quer fatos, quer documentos).

Despojados de conotações pessoais identificativas, pode ainda o Advogado divulgar fatos ou discuti-los com colegas ou utilizá-los em publicações de índole didática e científica.

E quando o fato confiado se substanciar na intenção de praticar um crime?

Esta confidência continua a estar abrangida pelo segredo profissional mas, neste caso, é entendido que o segredo não prevalecerá. Contudo, deve o Advogado utilizar todos os meios dissuasores ao seu dispor e só depois de esgotados estes, fará as revelações necessárias para prevenir o ilícito ou proteger as pessoas e/ou os bens em perigo. Concretamente o segredo profissional pode ser afastado em nome de outros valores, como seja o caso da vida humana.

- a) quando a revelação é objeto de mandato

Quando o Advogado recebe a ordem do seu cliente para divulgar fatos cujo segredo exista apenas no seu interesse, a autorização é legítima e eficaz

e não há dever de sigilo, podendo até surgir a obrigação de revelar os fatos em causa.

Compete ao Advogado averiguar, em primeira mão, essa proteção exclusiva do interesse do seu cliente e da livre disponibilidade do mesmo.

b) falta de objeto

Se um fato presumivelmente sujeito a sigilo houver sido previamente revelado, esse dever deixa de existir.

Ex.: fatos notórios : fatos do conhecimento público, fatos provados em juízo, documentos autênticos ou autenticados e fatos revelados pelas partes.

c) prevalência de direito ou interesse legítimo / estado de necessidade

O dever de sigilo pode ser afastado por norma jurídica prevalente, em tudo o que seja legítimo para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou dos seus representantes quando seja absolutamente necessário, não se exigindo, contudo, a superioridade do interesse a salvar, mas apenas a impossibilidade desses interesses serem defendidos de outro modo.

3. Conteúdo do segredo profissional

A obrigação de calar e o direito ao silêncio

Se considerássemos que o segredo profissional consistia apenas na obrigação de se calar por parte daquele que recebe a confidência, isso equivaleria a consagrar o absolutismo do segredo, o que não podemos fazer.

A obrigação de silêncio afere-se, quanto às suas conseqüências, por duas vertentes distintas:

a) nas relações com os outros, em geral - nas relações extrajudiciais, a violação do segredo profissional é duplamente sancionada : o profissional violador expõe-se a uma pena disciplinar aplicável pelo organismo ao qual pertence (Ordem dos Advogados) e faz nascer na esfera jurídica do seu cliente um direito a indenização por perdas e danos advindos da divulgação da confidência.

Os credores desta obrigação são, portanto, dois : por um lado, o cliente; por outro a organização profissional a que o Advogado pertence.

Sancionando o dever de guardar segredo, o legislador priva a justiça

dum campo de investigação fechando voluntariamente os olhos a um sector de prova e prescindindo de uma maior eficácia punitiva e preventiva, constituindo legitimamente o profissional num direito ao silêncio, pessoal e independente.

4. Sua natureza: Contratual ou de Ordem Pública

Lógicamente, o direito ao silêncio por parte do confidente deveria ter por medida apenas o interesse do seu cliente, dado que o interesse deste é a razão de ser do dever de segredo.

Mas, para o profissional, o direito ao silêncio fundamenta-se também na sua pertença a uma ORDEM e a um meio social determinado. É por isso defensável que seja o direito ao silêncio que esteja submetido à obrigação de segredo e não o contrário, isto é, este direito tem por medida o interesse do cliente e é, por isso relativo.

Neste caso, se o direito ao silêncio prevalecer sobre o dever de sigilo e se fizermos deste direito um direito independente, só a noção de Ordem Pública permitirá explicar a natureza jurídica desta instituição - a partir do momento em que se admita que o Advogado pode recusar-se a falar mesmo que o seu cliente o desobrigue de guardar sigilo, apenas a noção de Ordem Pública pode justificar esse comportamento.

No direito português, o dever de segredo/sigilo profissional tem garantias de natureza pública. Atentemos na clara e direta disposição constante no Código Civil Português: Os representantes legais - e aqui incluo *per majore* os Advogados - não podem exonerar-se à responsabilidade, mediante acordo prévio (estipulação de uma cláusula de exclusão da responsabilidade). Isto significa que os profissionais não podem exonerar-se à sua responsabilidade, pelo que qualquer acordo no sentido de excluir, reduzir ou afastar mediante condição ou termo a obrigatoriedade de segredo profissional, será sempre nulo.

Também de acordo com o artº 81º nº 5 do Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal, que estipula que não podem fazer fé em juízo (quer seja em processo civil, penal, disciplinar, administrativo ou outro), as declarações prestadas em violação do dever de sigilo profissional.

Também no Código de Processo Civil, enformador de todo o direito adjetivo, se equiparam aos moralmente inábeis (e, portanto, insusceptíveis de depor em juízo), aqueles que pelo seu estado e profissão estejam vinculados ao segredo profissional, mesmo se prestado o consentimento do ofendido, que será irrelevante.

Posição reforçada pelo próprio já citado Estatuto que apenas permite a autorização do Presidente do Conselho Distrital respectivo, desde que se trate

de defender a dignidade, direitos e interesses legítimos do Advogado, ou do cliente ou dos seus representantes. Os fatos aludidos estão sujeitos a sigilo também no interesse de outras pessoas que não apenas o cliente: o co-autor, o co-réu, o co-arguido, o co-interessado e, mesmo, a parte contrária. Se o cliente dispensar o seu Advogado do sigilo profissional relativamente a determinados fatos, tem de verificar-se, sempre, se o sigilo opera apenas no interesse do seu cliente - se assim for, essa autorização é legítima e eficaz, excluindo a obrigação de sigilo, podendo até haver o dever de divulgação.

Repare-se que o consentimento não é aqui uma causa de justificação, mas um pressuposto negativo, implícito da existência do dever de sigilo: não é pelo fato de estar autorizado pelo seu cliente a divulgar determinado fato que o Advogado deixa de violar o seu dever, que deixa de incorrer em ilicitude, sendo indispensável a autorização do órgão regulamentador da categoria profissional.

O assunto é também exaustivamente regulamentado pelo Direito Brasileiro. Logo na Constituição Federal, no seu artº 5º incisos XII e XIV. Em concreto, o Código Civil, artº 144, desobriga o profissional a depor sobre fatos sobre os quais deva guardar segredo imposto por seu estado ou profissão, disposição repetida e reforçada no art. 363 do Código de Processo Civil, no que concerne, também, a apresentação de documentos ou coisas em juízo.

No âmbito penal, a garantia mantém-se, proibidos os depoimentos de "pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho." e criminalizando os comportamentos daqueles que revelarem, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (artº 154 CP):

O assunto é largamente regulamentado no Estatuto da Advocacia e da OAB, que garante o respeito pelo sigilo profissional: inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, de correspondência e comunicações, direito de conferenciar com qualquer cliente pessoal e reservadamente, mesmo se detidos ou presos ou mesmo se considerados "incomunicáveis" e a recusa de testemunhar, em processo no qual intervenha e sobre fatos relacionados com cliente ou ex-cliente, mesmo que com o consentimento do próprio, ou ainda sobre qualquer fato que considere profissionalmente sigiloso.

À semelhança do Direito Penal, também aqui a violação do sigilo profissional, consubstancia infração punível: (Art. 34) Constitui infração disciplinar violar, sem justa causa, sigilo profissional; (EOAB)

Sendo o sigilo profissional uma prerrogativa inerente à profissão, mais uma vez ela tem de ser entendida, não como uma vantagem específica do

advogado e do seu constituinte, mas sim uma garantia de índole pública intimamente ligada ao direito de ampla defesa de qualquer cidadão. Garantir o secretismo do relacionamento profissional entre os advogados e seus clientes não se traduz num óbice à persecução da justiça, mas seu poderoso auxiliar, ensejando a confiança em determinadas profissões.

Por isso, é previsto o seu afastamento em casos taxativamente fixados, como sejam uma "grave ameaça ao direito à vida e à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa" - Código de Ética e Disciplina da OAB- ou, no caso da inviolabilidade do seu escritório, arquivos e dados, por ação de busca e apreensão determinados por magistrado.

Cabe, assim, ao Advogado, ajuizar sobre a adequação dos fatos concretos passíveis de configurar a necessidade legítima para a violação do sigilo profissional. A caracterização desse estado de necessidade não é assim obrigatoriamente fixado por uma dupla instância, como ocorre no ordenamento jurídico português, mas sim pelo próprio sujeito que poderá apenas despoletar a função consultiva do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, que tem como competência "orientar e aconselhar sobre a Ética Profissional, respondendo às consultas em tese".

5. Violação de segredo profissional E responsabilidade

Como já atrás foi dito, os clientes têm de revelar ao Advogado certos fatos sigilosos e têm de contar com o silêncio dele sobre esses mesmos fatos; só assim o Advogado terá um desempenho eficaz da sua função perante o seu cliente.

Este objetivo é prosseguido com segurança quando se atribui ao segredo profissional o caráter de dever, cuja violação pode implicar responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

Guardar segredo profissional é um dos deveres do Advogado para com o seu cliente. Aquele que violar esse dever, por ação ou omissão, dolosa ou culposamente, comete uma infração disciplinar ficando sujeito à respectiva sanção - que é independente de eventual responsabilidade criminal, não a implicando nem a afastando.

a) responsabilidade disciplinar

Na infração disciplinar, podemos distinguir dois elementos:

a) o elemento objetivo, que é a inobservância de um dever;

b) elemento subjetivo, que é o vício da vontade, a título doloso ou negligente.

No que diz respeito à natureza jurídica da infração e da sanção disciplinares, a Ordem dos Advogados tem por aceite o princípio de que o direito disciplinar, punitivo, tem de se sujeitar às regras de direito penal — é a sua similitude que implica a aplicabilidade subsidiária das disposições do C.Proc.Penal ao processo disciplinar.

Mas, por outro lado, as regras disciplinares da O.A. regem-se por princípios próprios, de natureza diferente das de outros ordenamentos disciplinares (p.ex. o do funcionalismo público).

Com efeito, um dos princípios basilares sobre o qual assenta o juízo sobre a incorreção ou a ilicitude dos comportamentos do Advogado é o princípio da **DISCRICIONARIEDADE**: a Ordem avalia e ajuíza conforme a situação que se lhe apresenta em concreto, atendendo ao circunstancialismo próprio e sanciona ou não em obediência a este mesmo princípio.

Outra característica marcante deste ordenamento disciplinar é o seu caráter **PATERNALISTA**, tendencialmente benevolente: as decisões são tomadas e ditadas com base em juízos de equidade, equilíbrio, justeza e cooperação.

b) responsabilidade civil

O Advogado que violar o dever de sigilo, independentemente da responsabilidade disciplinar, incorre em responsabilidade civil extracontratual por fatos ilícitos, nos termos gerais, desde que se verifiquem os seus pressupostos, a saber, culpa, o prejuízo do cliente e o nexo de causalidade entre a culpa e esse prejuízo.

c) responsabilidade penal

As leis penais têm determinado que sejam punidas as pessoas que revelem segredos de que tiverem conhecimento em razão do exercício da sua profissão. Isto ontem e hoje, nem sempre nas legislações de todos os tempos, mas sempre nas consciências de todos os homens.

A tipificação do crime de violação de sigilo profissional, no Brasil, como em Portugal, exige uma dupla qualificação: conduta dolosa (no sentido de vontade livre e consciente de revelar) e consciência da potencialidade danosa dessa conduta, não se exigindo a consumação objetiva do dano, mas apenas a sua previsibilidade. Assim, o crime consuma-se pelo ato de divulgar e não pelo de causar prejuízo.

Conclusões

Em conclusão noto que este trabalho não pretende tratar de forma exaustiva todas as condicionantes da subsistência do instituto do sigilo profissional, numa época em que, globalmente, as exigências com a eficácia e rapidez na aplicação da justiça e com a condenação dos criminosos, faz perigar esta garantia de idoneidade e confiança relacionais entre os advogados e os seus constituintes.

Obter índices de eficácia derogando regras éticas e morais e garantias dos sujeitos é, sem dúvida, o passo mais fácil, mas a longo prazo conduz a regimes autoritários, ditatoriais, em nome da tirania dos números, das estatísticas e dos resultados e à confusão de poderes que Montesquieu afastou e que convém, sempre, lembrar.

Estas breves linhas são uma base de reflexão para o nosso posicionamento, enquanto advogados, na linha de defesa das legítimas prerrogativas da nossa profissão, entre as quais se contam tanto o direito à observância e ao respeito do sigilo profissional, como o nosso protagonismo nesta atividade de fazer justiça!

Referências

Portugal:

- Código Civil
- Código Penal
- Código de Processo Civil
- Estatuto e Código Deontológico da Ordem dos Advogados Portugueses

Brasil:

- Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Brasília. Senado Federal. 2002
- Código Penal
- Estatuto da Ordem dos Advogados
- Código de Ética e Deontologia

A Impugnação do Pronunciamento que determina a citação ou notificação da Parte Adversa, embora Pedida medida Liminar *Inaudita Altera Pars*

Juliana Maria Veras Vilanova
Especialista em Direito Privado
Advogada em Fortaleza/CE

Sumário

Introdução. Problemática.

1. O direito constitucional à jurisdição
2. A possibilidade de impugnação do pronunciamento que determina a citação/notificação do réu no caso em estudo
3. Análise da natureza do pronunciamento judicial
4. A via impugnatória adequada

Conclusão

Bibliografia

Introdução. Problemática.

O escopo deste artigo é atingir o deslinde de duas questões que, por vezes, deixam perplexos os advogados, públicos e privados:

- 1) Pode-se impugnar pronunciamento judicial que, diante do requerimento do autor de medida liminar *inaudita altera pars*, simplesmente abre vista à parte adversa para contestar ou prestar informações?
- 2) Sendo positiva a resposta, que via impugnatória deveria ser utilizada?

Para esclarecer melhor o problema, transformamo-lo em exemplos:

- A, comerciante, tem sua mercadoria, produtos altamente perecíveis, apreendida pela Secretaria da Fazenda do Estado X com o fito de coarctá-lo a pagar o ICMS referente à operação. A, então, impetra Mandado de Segurança com pedido de medida liminar *inaudita altera pars*, instruindo devidamente a petição inicial com documentação suficiente a caracterizar os pressupostos autorizadores da concessão da medida liminar. O juiz, entretanto, pronuncia-se da seguinte forma: “reservo-me para apreciar o pedido de liminar após as informações da autoridade impetrada”.

- Y, pessoa acometida de doença gravíssima, está em situação que requer sua inadiável remoção para um leito de unidade de tratamento intensivo (UTI). Diante da carência de leitos dessa natureza no setor público, ajuíza-se ação ordinária com pedido de antecipação de tutela *inaudita altera pars*, na qual se requer a transferência imediata do paciente para um leito de UTI em hospital particular, sendo, contudo, todas as despesas atribuídas ao Município X. A petição inicial foi devidamente instruída, restando, da prova inequívoca junta-da, incontestável a verossimilhança da alegação. O juiz, contudo, pronuncia-se da seguinte forma: "reservo-me para apreciar o pedido de liminar após a contestação".

São impugnáveis os pronunciamentos dos magistrados nos casos aventados? Se forem, qual é a via adequada?

Tentaremos, em seguida, oferecer desate adequado aos questionamentos acima lançados, levando em consideração o direito constitucional à jurisdição e os princípios que regem o Direito Processual Civil.

1. O direito constitucional à jurisdição

Vedando a "justiça pelas próprias mãos", o Estado, em contrapartida, tomou para si o monopólio da jurisdição¹, obrigando-se, então, a solver adequadamente os conflitos de interesses que, inevitavelmente, brotam da convivência humana.

Assim, qualquer que seja o regime político, reconhece-se que a jurisdição deve figurar entre os direitos fundamentais do cidadão, servindo-lhe, inclusive, de proteção contra os abusos do próprio Estado².

1 É óbvio que, nalgumas situações, admite-se que o particular exerça a autotutela, como, por exemplo, nos casos de legítima defesa da posse ou de desforço imediato, previstos no § 1º do art. 1.210 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Contudo, fora dos casos previstos em lei, a ordem jurídica, para assegurar o monopólio da jurisdição, oferece resposta drástica àquele que procura satisfazer sua pretensão sem recorrer ao Estado. Com efeito, no art. 345 do Código Penal, está previsto o crime de "Exercício arbitrário das próprias razões", cuja tipificação é a seguinte: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

2 A Constituição Portuguesa de 1976 (modificada em 1982), preceitua, em seu art. 20 (item 2), o seguinte: "A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos".

A Constituição italiana, em seu art. 24, prevê que "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

A Carta Espanhola de 1978 consigna o seguinte: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

A Constituição da Alemanha de 1949, no art. 103, dispõe que "todo cidadão tem o direito de ser legalmente ouvido perante os tribunais".

No Brasil, a atual previsão normativa do direito à jurisdição está no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"³.

Dessa forma, a qualquer pessoa que julgue ter direito seu violado é oportunizado o acesso ao Poder Judiciário, por meio da apresentação de demanda⁴.

Não obstante - e aqui reside a necessidade deste tópico para a explanação a que nos propusemos -, o pleno exercício do direito de acesso à jurisdição, constitucionalmente assegurado, não se exaure com o simples recebimento da demanda. Efetivamente, como explica Cármen Lúcia Antunes Rocha:

"O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber, a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita"⁵.

Mais adiante, dá o remate:

"Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada - como os demais serviços públicos - com a presteza que a situação impõe"⁶.

3 A história constitucional brasileira registra, também, previsão expressa do direito à jurisdição. De fato, na Constituição de 1946, a redação do art. 141, § 4º era a seguinte: "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Com o advento do Ato Institucional nº 2/65, excluiu-se da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando da Revolução de 1964 e pelo Governo Federal, com fundamento no próprio AI 2, no Ato Institucional nº 9/64 e nos seus atos complementares e as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores, mediante os quais tivessem sido cassados mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos ou vereadores, a partir de 31 de março de 1964.

Na Carta de 1967, o art. 150, § 4º manteve a redação do artigo anteriormente citado. Sem embargo, tem os a obrigação de fazer o triste registro histórico do Ato Institucional nº 5/68 - o famoso AI 5 -, que, no seu art. 11, excluiu "de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos". Repetiu-se a hipocrisia pela chamada Emenda Constitucional nº 1/69, em seu art. 153, § 4º.

4 Segundo Rui Portanova (*Princípios do Processo Civil*, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 82), o enunciado do Princípio da Inafastabilidade (uma faceta do direito à jurisdição, sobre o qual estamos discorrendo) é o seguinte: "Não se pode criar obstáculos ao cidadão de buscar o seu direito no Poder Judiciário".

5 Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O direito constitucional à jurisdição* in: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, págs. 33/34.

6 Cármen Lúcia Antunes Rocha. *O direito constitucional à jurisdição* in: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, pág. 37.

7 Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 29.

Outrossim, é salutar, a respeito, o magistério de Cândido Dinamarco, que, sob o enfoque constitucional, analisa as garantias e princípios voltados à tutela do processo:

“Ao definir e explicitar muito claramente garantias e princípios voltados à *tutela constitucional do processo*, a nova Constituição tornou crítica a necessidade não só de realizar um processo capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas (efetividade da tutela jurisdicional), **como também de fazê-lo logo (tempestividade)** e mediante soluções aceitáveis segundo o direito posto e a consciência comum da nação (Justiça). Efetividade, tempestividade e justiça são os predicados essenciais sem os quais não é politicamente legítimo o sistema processual de um país (Kazuo Watanabe)”⁷.

De acordo com o raciocínio exposto, a tutela jurisdicional deve ser prestada com a rapidez que a situação concreta exigir (tempestivamente, portanto). Não sendo assim, restará frustrada a busca da jurisdição prestada pelo Estado, que, conquanto tenha proibido aos particulares a autodefesa (defesa direra, sem recurso ao Poder Estatal), não conseguiu entregar-lhes, em contrapartida, a eficaz tutela do conflito de interesses.

Vale, por fim, transcrever a lapidar lição de Grinover, Cintra e Dinamarco:

“É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disto, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado”⁸ (grifo nosso).

2. A possibilidade de impugnação do pronunciamento que determina a citação/notificação do réu no caso em estudo

Aplicando-se o raciocínio acima exposto aos questionamentos de que tratamos neste artigo, chega-se à ilação de que se torna ilícita, porquanto afrontosa do direito à jurisdição, a manifestação do juiz que, diante de uma situação de aparente urgência e do pedido do autor de liminar *inaudita altera pars*, simplesmente abre vista à parte adversa para contestar ou prestar informações.

⁷ Ada Pellegrini Grinover; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, pág. 49.

Vale ressaltar – mesmo sob o risco de parecer despidendo – que tal atitude do magistrado causa evidente prejuízo à parte que requereu a medida liminar em situação premente. Daí o interesse, em concreto, de impugná-la perante o Judiciário, que não lhe pode negar apreciação, sob pena de grave vilipêndio ao direito à jurisdição.

Com efeito, no mais das vezes, a situação premente exige que a tutela seja prestada imediatamente, sob pena de ver-se inutilizada pelo decurso do tempo ou pela própria conduta perniciososa do réu. Assim, o simples fato de o órgão julgador *a quo* ter entendido não se tratar de caso que demande provimento liminar *inaudita altera pars*, não significa que realmente não o seja.

É, portanto, impugnável o referido pronunciamento do juiz.

Observe-se, ademais, que, mesmo já havendo sido citado ou notificado o réu, a situação pode ter-se alterado sensivelmente, de modo a reclamar a concessão imediata do provimento liminar, mesmo que a resposta ainda não tenha sido oferecida. Ora, se é possível a concessão *inaudita altera pars* sem citação/notificação da parte adversa, também o é quando, embora citada/notificada, ainda não se houver manifestado.

Cremos que o sacrifício inicial do contraditório é admissível no caso, levando-se em consideração que podem sobrevir prejuízos de muito piores consequências se não remediada, de logo, a situação danosa.

Há, todavia, manifestações em sentido oposto, sob o argumento de que, determinada a citação ou notificação do réu para apresentar contestação ou informações, não caberia mais discutir acerca da concessão *inaudita altera pars* do provimento liminar.

Transcreve-se, a seguir, julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL - CONCESSÃO LIMINAR DE MEDIDA CAUTELAR.

I - A liminar “*inaudita altera pars*”, prevista no art. 804 do CPC, é excepcional e fica a critério do juiz. Se este determinou a citação do requerido, não há mais que se questionar o cabimento e a necessidade dessa liminar.

II - Agravo improvido”. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Agravo de Instrumento – Processo nº 9302002330/RJ – Primeira Turma – DJ 04/11/1993 – Rel.: Juíza Tânia Heine)

Também o Tribunal Regional Federal da 1ª Região posicionou-se, num caso, dessa forma:

"PROC. CIVIL. INDEFERIMENTO DE LIMINAR SEM OUVIR O RÉU. DESPACHO SEM FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO. NULIDADE. CONVALIDAÇÃO DO ATO.

(...)

4. Feita a citação do réu, não é mais possível a concessão da medida *inaudita altera pars*. A declaração de nulidade do ato fustigado a essa altura cai no vazio. É inócua e sem finalidade.

5. Agravo improvido." (TRF da 1ª Região - Agravo de Instrumento 01058428 - Processo nº 199101058428/PA - DJ 17/06/1991 - Rel.: Juiz Nelson Gomes da Silva)

Vê-se, pois, que tais julgados propugnam a impossibilidade de questionamento posterior do pronunciamento que abre vista ao réu para apresentar contestação ou prestar informações, ainda que requerido provimento liminar *inaudita altera pars*. Fazê-lo, ou não, ficaria a critério do juiz. Se, então, o juiz determinasse a citação do réu, nada mais se poderia fazer, senão aguardar (im)pacientemente a resposta.

O que diriam os defensores dessa tese se, nesse ínterim, o direito do autor viesse a perecer, justamente em virtude da delonga provocada pela citação ou notificação?

Creemos, assim, que a posição oposta, ora sustentada, melhor se coaduna com o tratamento constitucional dado ao processo e com os novos rumos do próprio direito processual, que, em sua evolução, vem privilegiando a efetividade, a tempestividade e a justiça. É esse, aliás, o rumo da jurisprudência atual.

3. Análise da natureza do pronunciamento judicial

O Código de Processo Civil brasileiro reconhece, em sua Seção III do Capítulo I do Título V, três espécies de atos do juiz (art. 162)⁹, nos seguintes termos:

⁹ Como prelecionam Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, "o elenco mencionado na norma é exemplificativo, pois estão nomeados apenas os pronunciamentos do juiz: sentença, decisão interlocutória e despacho. (...) Além dos pronunciamentos, o juiz pratica outros atos no processo." (Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 643)

"Seção III - Dos Atos do Juiz

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma".

Analisando o problema posto, conclui-se, de pronto, que o pronunciamento que abre vista ao réu para apresentar contestação ou prestar informações não é sentença.

Trata-se, então, de despacho ou de decisão interlocutória? A questão demanda análise precisa, pois dela dependerá a escolha da via impugnatória adequada à solução do problema proposto neste artigo.

Citemos, a propósito, a lição de Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery sobre o tema:

"A pedra de toque estabelecida pelo CPC para classificar os pronunciamentos do juiz de primeiro grau é a *finalidade do ato*, seu objetivo, seu sentido teleológico, sua consequência. Se a finalidade do ato for extinguir o processo, será sentença; se seu objetivo for decidir, no curso do processo, sem extingui-lo, questão incidente, será decisão interlocutória; se sua finalidade for a de apenas dar andamento ao processo, sem nada decidir, será despacho. Nenhum outro parâmetro anterior ao da lei, por mais importante e científico que seja, poderá ser utilizado para estabelecer a natureza e a espécie do pronunciamento judicial. O critério é fixado *ex lege*"¹⁰.

Parece-nos, então, que a manifestação judicial que abre vista ao réu para apresentar contestação ou prestar informações tem, sim, conteúdo decisório, já que, não se manifestando o juiz *inaudita altera pars*, está rejeitando, implicitamente, uma parte do pedido, consubstanciada exatamente no requerimento de decisão sem oitiva da parte ré.

Entender-se de outra forma seria afirmar que a expressão "*inaudita altera pars*", adjunta ao pedido de medida liminar, seria simplesmente um enfeite, uma

¹⁰ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 644.

solicitação informal, o que é simplesmente insustentável.

No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Proc. Civil. Indeferimento de liminar sem ouvir o réu. Despacho sem fundamentação. Agravo. Nulidade. Convalidação do ato.

1. Todas as decisões (interlocutórias, sentenças ou acórdão) judiciais hão de ser fundamentadas, sob pena de nulidade. (art. 165, do CPC, e art. 93, IX, da CF/88).

2. Determinando o juiz, no despacho liminar, a citação do réu, em ação cautelar inominada, está, implicitamente, e sem fundamentação, decidindo negar a antecipação da medida de cautela, sem audiência da parte adversa. Esse despacho constitui decisão interlocutória e desafia o recurso de agravo de instrumento.” (TRF da 1ª Região - Agravo de Instrumento 01058428 - Processo nº 199101058428/PA - DJ 17/06/1991 - Rel: Juiz Nelson Gomes da Silva)

Há, todavia, quem proclame tratar-se de despacho, sob o argumento de que o ato serviria, unicamente, ao impulso do processo, sem nada decidir.

De qualquer sorte, ainda que se intente forçar a conclusão de que se trata de despacho, há de reconhecer-se que é causador de sério gravame à parte que requereu a concessão da medida liminar *inaudita altera pars*. Ora, como explicam Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, “havendo gravame, o ato se caracteriza como decisão interlocutória, impugnável por agravo, pois despacho, por não ter aptidão para causar gravame, é irrecorrível (CPC 504). O ato pode ter externa e formalmente característica de despacho, mas, porque causou gravame, decidiu questão incidente, transmutando-se em decisão interlocutória, pois somente estas podem causar prejuízo a parte ou interessado”¹¹.

A título de ilustração, transcreve-se o seguinte julgado:

“A distinção entre o despacho simplesmente ordinatório e o de conteúdo decisório deve ser buscada no gravame que o provimento judicial impõe à parte interessada”¹²

Além disso, é de ponderar-se que, “sob pena de ofensa ao princípio do contraditório (art. 5, IV da CF/88), não pode haver despacho judicial, com conteúdo decisório, irrecorrível” (Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Agravo de Instrumento - Processo nº 90030464154/SP)

11 Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 645.
12 RT 508/199.

4. A via impugnatória adequada

Há duas maneiras de questionar-se um pronunciamento judicial: recurso (apelação, agravo, embargos infringentes, etc.) e ação autônoma de impugnação (mandado de segurança, *habeas corpus*, etc.).

No tópico anterior, concluiu-se que a natureza do pronunciamento judicial que abre vista ao réu para apresentar contestação ou prestar informações é de decisão interlocutória.

Sendo assim, há de aplicar-se o art. 522 do Código de Processo Civil, segundo o qual “das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento”.

Por óbvio, não se pode manejar, no caso, o agravo retido, já que, dessa forma, o recurso não se prestaria a sanar o problema, pois somente seria julgado muito tempo depois de já consumado o prejuízo. Faltaria, pois, interesse em recorrer e, certamente, o juízo *ad quem* dele não conheceria.

Resta, dessarte, o agravo de instrumento, que, de acordo com a jurisprudência, é realmente a via adequada para a impugnação do pronunciamento sob exame (vide, *supra*, a ementa do Agravo de Instrumento nº 01058428, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região).

Salienta-se que, adotado esse entendimento, isto é, partindo-se da premissa segundo a qual o recurso cabível é o de agravo de instrumento, não se há de admitir a impetração de mandado de segurança (ação autônoma de impugnação) contra o pronunciamento judicial em exame, nos termos da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal¹³.

Conclusões

Como resultado de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, chegamos à ilação de que o pronunciamento judicial que, diante do requerimento do autor de medida liminar *inaudita altera pars*, simplesmente abre vista à parte adversa para contestar ou prestar informações, é, sim, impugnável.

Tal conclusão, como explicado, parece prestigiar, em sua plenitude, o direito à jurisdição, além de coadunar-se com a normatização constitucional relativa à tutela do processo. Satisfaz-se, ainda, a necessidade de efetividade, tempestividade e justiça na prestação jurisdicional.

Demais disso, a via impugnatória adequada é, sem dúvidas, o agravo de instrumento, sendo inadmissíveis o agravo retido e o mandado de segurança.

13 Súmula nº 267 do STF - “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”.

Bibliografia

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O direito constitucional à jurisdição in As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Aspectos Relevantes do Sigilo de Dados Pessoais Informatizados em Face das Modernas Tecnologias da Informação*

César Cals de Oliveira

Estudante de Direito da UNIFOR

Estagiário da Procuradoria do Município de Fortaleza

Rui Barros Leal Farias

Estudante de Direito da UNIFOR

Estagiário da Procuradoria da República em Fortaleza

Sumário

Introdução.

1. Privacidade: um direito fundamental consagrado na constituição federal de 1988.
2. Possibilidade do exame judicial de dados informatizados tutelados pelo princípio da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.
3. As implicações do comércio eletrônico em face do princípio da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.
4. O "Spam" e sua classificação jurídica.

Conclusão

BIBLIOGRAFIA

* Monografia apresentada e aprovada no VII Congresso Brasileiro de Advocacia Pública realizado em Fortaleza de 30/04 a 03/05 de 2003, com algumas retificações para publicação.

Introdução

A era dos computadores trouxe inúmeras transformações em nossas vidas. Na sociedade do século XXI, o conhecimento humano tornou-se um bem imensamente valorado e graças ao enorme potencial de avanços que a informática nos propicia, as tecnologias da informação ganharam contornos de extrema relevância, tendo como consequência o surgimento diário de novas questões a serem debatidas em torno de temas até há bem pouco tempo desconhecidos da grande maioria das pessoas.

O Direito tem como missão regulamentar a vida dos indivíduos, tornando possível a convivência em sociedade e acalmando as tensões sociais. Ao se deparar com conflitos envolvendo questões digitais, viu-se que, o direito atual

mostra-se um tanto quanto obsoleto em relação às mudanças trazidas por essa nova era, que, sem dúvida alguma, instalar-se-á de forma definitiva e exigirá pronta atuação jurídica, de modo que não poderá o ordenamento jurídico deixar de apresentar solução para cada novo caso, preenchendo suas lacunas, se necessário.

Com a tecnologia disponível em nossos dias, um número muito elevado de dados e informações passou a ser coletado, mantido em arquivo e processado como um sistema. Estamos nos referindo aos bancos de dados, que são programas utilizados para ajudar a organizar as informações, armazená-las e recuperá-las de maneira rápida e eficiente.

Se, por um lado, abrem-se perspectivas extraordinárias de democratização da informação e racionalização das relações entre cidadãos e o Estado, por outro este desenvolvimento pode representar um risco ao direito de sigilo, em relação a terceiros, dos dados pessoais informatizados, restringindo liberdades individuais.

A título de demonstração, nos Estados Unidos, após o atentado de 11 de setembro de 2001, a interferência estatal na vida privada intensificou-se com uma grande mobilização em torno dos trabalhos que procuram desenvolver tecnologias capazes de identificar, *on line*, todos os movimentos dos cidadãos, sob o fundamento de combate ao terrorismo e proteção nacional. Existe um sistema em desenvolvimento, batizado de *TIASystems (Total Information Awareness Systems)* que pretende prever os movimentos de todos os potenciais terroristas e prevenir suas ações. Apresenta-se como um ambicioso sistema de vigilância, com capacidade de armazenamento de informações de *petabytes*, inigualável a qualquer outro sistema informático de memória existente no mundo. O maior objetivo dos agentes federais norte-americanos reside no fato de estar apto a colher toda e qualquer informação proveniente de transações financeiras, viagens, educação, serviços médicos e veterinários, transportes, entrada de estrangeiros nos EUA, comunicações, eventos, movimentação geográfica, hospedagem, uso de recursos de comunicação e Internet, e cruzar esses dados com modelos de padrão de comportamento pré-estabelecidos, com o fito de encontrar supostos métodos potencialmente danosos.¹

Em nosso país, como também não poderia deixar de ser, o Estado mantém grandes bancos de dados públicos, que visam tornar determinados serviços mais ágeis e acessíveis frente às necessidades da população. Por outro lado, o Estado utiliza-se de dados informatizados para desempenhar suas funções com maior primor.

A interconexão de bancos de dados nominativos, dos vários setores da Administração Pública, e a adoção de um número único de identificação do cidadão - proposição legislativa que tramita no Congresso Nacional - revestem-se de indiscutível interesse público, pecando, entretanto, o legislador pátrio por sua omissão uma vez que inexistente legislação que permita compatibilizar o uso das referidas tecnologias pelo Poder Público com a proteção do cidadão contra o uso **não ético** desses recursos.

A idéia desse estudo, por ser um tema bastante atual, é abordar a questão da **violação à privacidade humana e o sigilo de dados informatizados**, sob a ótica do direito público e do direito privado.

1. Privacidade: Um Direito Fundamental Consagrado na Constituição Federal de 1988

Do ponto de vista constitucional, impende afirmar que o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, prevê que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação"*. Assim, tal preceptivo abrange a proteção aos dados armazenados, considerados estaticamente, enquanto o inciso XII do mesmo art. 5º, preconiza a tutela de comunicação de dados, considerado o fluxo de informações.

Percebe-se, outrossim, a diversidade de significados que o legislador conferiu tanto ao direito à intimidade como ao direito à vida privada, apesar de ambos serem, quase sempre, considerados sinônimos. Alguns autores preferem usar a expressão "direito à privacidade", que segundo J. Matos Pereira é *"conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sobre o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito."*² Certo é que o legislador constitucional tenciona impedir o acesso de terceiros a dados que se encontram na esfera da confidencialidade do titular, haja vista que os direitos tutelados configuram direitos da personalidade, isto é, dispõem sobre o indivíduo humano, na sua essência. A finalidade da norma é a de constituir um direito para o indivíduo, possibilitando-lhe ficar em paz, ser deixado só e controlar a indiscrição alheia em assuntos privados que só a ele interessam. Torna a intimidade uma exigência moral da personalidade.

Como se observa, há uma manifesta proteção à integridade moral da pessoa. Nesse sentido, no momento em que esta é atingida, a Constituição pre-

1 - Rodney de Castro Peixoto. Tempos Difíceis para as Liberdades Civis: Vigilância sem Fronteiras. Disponível em <<http://www.internetlegal.com.br>>

2 - J. Matos Pereira. Direito de Informação. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, Edição do autor, 1980, p. 15.

vê a possibilidade de se constituírem danos morais, que, na definição de Wilson Melo da Silva, "são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico"³. Desse modo, a moral apresenta-se como um bem indenizável, eis que a honra, a boa fama, o bom nome, a reputação da pessoa, traduzem parte da dimensão imaterial da moral individual. Entretanto, a ofensa à vida privada e à intimidade do sujeito podem, eventualmente, gerar efeitos patrimoniais. De qualquer forma, se por um lado ocorre violação à esfera jurídica tutelada do sujeito, por outro se faz mister conferir à vítima o estado em que se encontrava antes do ilícito. Não havendo, então, outro meio de compor a situação do ofendido, só resta como solução o fato de poder se dar a compensação pecuniária, de modo que o prejuízo sofrido seja reparado e o agente do ilícito seja punido.

Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 enquadrando o direito à privacidade como um dos direitos fundamentais do cidadão, conferindo-lhe eficácia vinculante imediata (CF, art. 5º, §1º), devido ao elevado grau de importância que representam na vida das pessoas. A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que "os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição e não através de autoridades interpositas do legislador. Não são simples norma normarum, mas norma normata, isto é, não são meras normas para produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais."⁴

Preconizando a essência magna dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes assevera: "Na sua concepção tradicional, esses direitos são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas."⁵ Como se observa, os direitos fundamentais protegem o indivíduo em face de interferências do Poder Público, de modo que permaneça assegurado um núcleo de liberdade constitucionalmente garantido.

Destarte, embora não haja dúvida quanto à magnitude dos direitos fundamentais na vida dos cidadãos, as próprias normas que os disciplinam remetem, muitas vezes, à lei a função de estabelecer restrições ao âmbito de proteção desses direitos, face ao interesse público.

É necessário ressaltar que tendo em vista o princípio da segurança jurídica, tais restrições são limitadas, eis que não de ser dotadas de clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade, bem como há de restar protegido por completo o núcleo essencial do direito fundamental. Pretende-se evitar, assim, a elaboração de normas discriminatórias, que violem o princípio da igualdade material, e a edição de autênticos atos administrativos, que causem prejuízos aos cidadãos.

Releva, então, destacar que o sigilo de dados pessoais informatizados enquadra-se como uma das dimensões do direito ao segredo de informações. Sendo assim, ao ter seus dados pessoais gravados e armazenados em dispositivos de informática, a pessoa passa a gozar de uma proteção constitucional contra o devassamento desses dados, que decorre justamente do princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

2. Possibilidade do Exame Judicial de Dados Informatizados Tutelados Pelo Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade

Identificado o direito ao sigilo de dados informatizados como integrante da categoria dos direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal de 1988, resta-nos tecer breves comentários sobre algumas peculiaridades, destacando a relatividade do referido direito, que resulta na possibilidade de apreciação judicial de dados pessoais informatizados.

Não se pode negar, hodiernamente, que as liberdades públicas só podem ser encaradas como valores relativos, haja vista que não foram concebidas para proteger abusos nem violações.

Nesse momento, cabe-nos atestar a existência, no nosso ordenamento jurídico, do princípio constitucional implícito de garantia da parte, de constituir prova diante de fatos litigiosos⁶, decorrente do princípio da ordem jurídica justa como também do devido processo legal. Assim, por ser imprescindível à obtenção de um processo justo e legítimo diante das garantias constitucionais, faz se mister conferir oportunidade à parte de reelaboração dos fatos principais que servirão de suporte à sua pretensão.

Confrontando-se este princípio com o que dispõe a respeito do direito à privacidade, há de se considerar que, em determinadas situações, aquele adquirirá maior relevo do que este. Indispensável se faz que se avalie caso a caso, a fim de averiguar se o sigilo de dados, inclusive informatizados, preva-

3 - Wilson Melo da Silva. *Dano Moral e a sua Reparação*. Rio de Janeiro: 1955, n.1, p. 56.

4 - José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, p. 590.

5 - Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 32/33.

6 - Rodrigo Telles de Sousa. *O Exame Judicial de Dados Armazenados em Dispositivos de Memória Informática Como Prova Secundária No Direito Constitucional Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

lecerá ou não sobre o direito de ampla produção probatória.

Desta forma, infere-se que ocorre a hipótese de tensão entre dois direitos fundamentais "quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de um direito fundamental por parte de outro titular"⁷

Vale salientar que como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, a solução para a colisão de direitos fundamentais se dá nos mesmos moldes de quando há uma colisão entre princípios, ou seja:

a) Inicialmente, o intérprete-aplicador verifica se efetivamente, na situação ocorrida, houve colisão de princípios, eliminando, assim, a hipótese de colisão aparente, que se daria no caso em que incide a restrição à liberdade de expressão quando de fato a declaração tratar de calúnia, difamação ou injúria, uma vez que tais ações não estão cobertas pelo âmbito de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão.

b) Constatada, então, uma autêntica colisão entre direitos fundamentais, o intérprete aplicador procederá a uma ponderação dos bens envolvidos, tendo por escopo resolver o conflito através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nesse contexto, observar-se-ão os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.⁸

O princípio da unidade da constituição requer uma visão da constituição como um todo, encarando-a como um sistema que deve ser e necessita compatibilizar situações opostas. Já segundo o princípio da concordância prática, os valores constitucionais devem ser harmonizados, de modo que seja preservado o máximo possível dos direitos e bens constitucionalmente protegidos. E, finalmente, o princípio da proporcionalidade assume importância significativa, motivo pelo qual deve-se fazer um apanhado conceitual dos três subprincípios que o compõem: da adequação, que diz que a medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei, apta a atingir o objetivo pretendido; da necessidade ou exigibilidade, donde infere-se que a medida a ser adotada deverá ser aquela que menos prejuízo causará ao cidadão e à coletividade, dentre aquelas disponíveis; da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que deverá ser realizada uma ponderação rigorosa entre o significado da medida adotada para o atingido e os objetivos perseguidos pela mesma.

7 - José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, p. 657.

8 - Edilson Pereira de Farias. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 96/99.

Na prática, com o objetivo de se atestar a possibilidade de se violação da privacidade humana através da análise judicial de dados pessoais informatizados, hão de ser adotadas três medidas:

1. Verificar se tal medida é essencial e se de fato contribui para a formação do acervo probatório do processo.
2. Constatada a adequação de tal providência, deve-se verificar se ela representa o meio menos lesivo ao sujeito e se efetivamente se mostra necessária para a evidenciação dos fatos a serem comprovados.
3. Deve ser observada a ponderação dos interesses em conflito, ou seja, se os benefícios trazidos à instrução processual superam os malefícios causados à intromissão na vida privada.

Por fim, é de bom alvitre ressaltar que a Suprema Corte, por meio de julgados proferidos pelo Ministro Marco Aurélio (DJU de 1/12/95, 23/09/94 e 27/05/99), tem entendido que não se reveste de caráter absoluto o sigilo de dados, restando possível a sua quebra, por ordem judicial, nos casos em que se demonstre a existência de relevantes razões que justifiquem a adoção de medida de caráter excepcional.

3. As Implicações do Comércio Eletrônico em Face do Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade

Adotando-se o direito comercial como enfoque principal, o comércio eletrônico configura-se como uma das questões mais tormentosas da privacidade. Diariamente, milhares de *sites* coletam algum tipo de informação sobre seus clientes, tais como nome completo, endereço, correio eletrônico, dados financeiros em geral, preferências de consumo, etc. Isso faz com que os administradores desses *sites* tenham um conhecimento maior sobre o perfil das pessoas que acessam os mesmos, facilitando, muitas vezes, o desenvolvimento de *home page* para uma certa camada de "clientes" e dando maiores possibilidades deste obter êxito em seus empreendimentos. Alguns *sites*, no entanto, vivem da exploração comercial das informações coletadas, formando valiosíssimos bancos de dados e de consumo.

Vale ressaltar que tanto a coleta quanto a utilização desses dados podem acarretar responsabilidades para aquele que explora o comércio eletrônico, com o potencial de muitas vezes tornar um negócio lucrativo num verdadeiro tormento para o empresário desatento.

A maioria dos *sites* brasileiros não se preocupa com a adoção de políticas

de privacidade, apesar de ser uma providência bastante aconselhável a ser posta em prática, pois apresenta inúmeras vantagens, tais como:

- (a) possibilita aos usuários saber que seus dados somente serão utilizados nos limites previstos no contrato;
- (b) há uma crescente tendência dos internautas em impor restrições aos sites que não respeitem as políticas de privacidade dos usuários ou não dispõem de regras definidas a respeito;
- (c) reforça a confiança do cliente ao utilizar os serviços disponíveis, eis que se sente mais seguro num ambiente em que as regras sobre privacidade são bem delineadas;
- (d) um fato constante que poderia ser evitado é o fornecimento de dados incorretos por parte dos usuários, que ocorre justamente pela ausência de confiabilidade nesses sites.⁹

Não obstante, mostra-se indispensável atentar que a coleta de dados sem a ciência do usuário pode ser interpretada como interceptação da transmissão de dados, o que é vedado pela nossa Constituição Federal, assim como a sua utilização sem autorização do cliente constitui um sério risco de responsabilização da empresa, mesmo porque este pode alegar o completo desconhecimento com a coleta e utilização desses dados, o que dificulta a prova em contrário, caso não haja uma política de privacidade clara.

Finalmente, se efetivamente houver a intenção de transferência a terceiros dos dados coletados, é indispensável obter-se a prévia e expressa autorização do usuário em cláusula ostensiva do contrato. É aconselhável, também, facultar ao internauta sua exclusão do banco de dados a qualquer tempo, além de permitir-lhe ter amplo acesso aos bancos de dados existentes sobre ele, bem como às suas fontes, caso obtidas as informações de terceiros, a fim de que possa corrigi-las ou suprimi-las.

Atualmente, o Código de Defesa do Consumidor regula o direito de informação relativamente às relações de consumo concedendo caráter público aos bancos de dados e cadastros dos consumidores, assim dispondo em seu art. 43, § 1º e 3º:

“O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

9 - Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. Comércio Eletrônico e Política de Privacidade. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br>>

§ 1º. Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos.

(...)

§3º. O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.”

Afigura-se lapidar a lição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin: “Tais entidades a um só tempo superam o anonimato do consumidor (o fornecedor não conhece mas alguém está a par de sua vida), auxiliam na utilização do crédito (por receber informações de terceiros sobre o consumidor, a instituição financeira, mesmo sem conhecê-lo, lhe concede o crédito), e, por derradeiro, permitem que os negócios de consumo sejam feitos sem delongas (se o crédito é rápido, o consumidor pode aproveitar essa economia de tempo para adquirir outros produtos ou serviços de fornecedores diversos) Conseqüentemente, os arquivos de consumo desempenham uma função positiva na sociedade de consumo. Mas, como toda atividade humana, estão sujeitos a abusos e, por isso, devem ser controlados.” E mais adiante complementa: “Os organismos privados ou públicos que armazenam informações sobre os consumidores necessitam, assim, de controle rígido, seja administrativo, seja judicial.”¹⁰

O instrumento do *habeas data* é o meio disponibilizado pela Carta Magna (art. 5º, LXXII) para proteger a esfera íntima dos indivíduos contra usos abusivos de dados e coletados por meios fraudulentos, conservação de dados falsos e armazenamento de dados sensíveis, que dizem respeito à origem racial, opinião política ou filosófica, religião, orientação sexual, etc.

Embora garanta uma proteção geral e eficiente ao consumidor com relação ao sigilo de dados informatizados, urge o Código do Consumidor ser complementado por leis que sejam mais específicas.

4. O Spam e sua Classificação Jurídica

Outro ponto que merece atenção é o tratamento jurídico que deve ser dispensado ao *spam* (uso indevido do correio eletrônico para fins de propaganda). Quem ainda não é familiarizado com esses termos “*internéticos*”, mas já possui uma caixa postal virtual, com certeza, já se deparou com inúmeros e-mails que lhe foram remetidos sem que fossem solicitados, que geram vários

10 - Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Forense Universitária, p. 253/254.

inconvenientes, incluindo encargos quanto à sua remoção. Essa é uma prática cada vez mais constante, na qual e-mails usualmente contêm algum tipo de propaganda, que abarrotam de mensagens as caixas postais dos seus usuários, e que, muitas vezes, por isso, deixam de receber correspondências esperadas e queridas, tendo em vista não haver mais "espaço" disponível para recebimento.

Observa-se, pois, que o *spam* afronta as regras de convivência entre os próprios internautas, conhecida no meio como *netiqueta*, ou seja, fere os limites impostos pelos bons costumes ao desrespeitar a privacidade dos destinatários de suas mensagens eletrônicas. Um dos debates acerca do tema versa em torno de se enquadrar tal prática como um abuso de direito ou mesmo como um ilícito civil. Para que se configure o abuso de direito, basta que o agente exceda "os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes" (art. 187, CC/2002) Nesse sentido, são elucidativas as palavras de Silvio Rodrigues: "O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo, e ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem."¹¹ Assim, não há violação aos limites objetivos da lei, mas desvia-se o agente do espírito que a norteia, extrapolando a sua ação. Na espécie, apesar de ser-lhe garantida a liberdade de manifestação e de comunicação, o *spammer*; isto é, o agente que envia mensagens publicitárias a caixas postais eletrônicas sem que tenha autorização para tal, exorbita dessa liberdade ao desrespeitar a privacidade alheia.

Aqueles que consideram o *spam* como um ilícito civil justificam seu entendimento afirmando haver ferimento à inviolabilidade dos internautas resguardada pelo art. 21 do CC/2002: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

Tal artigo visa tutelar um direito inerente à personalidade humana, que se caracteriza por ser um direito subjetivo *excludenti alios*, ou seja, de exigir um comportamento negativo dos outros, valendo-se, para sua concreção, de ações judiciais. Desta feita, encontram-se sob resguardo a vida, a liberdade, a reputação, a privacidade, etc. Infere-se, assim, que o internauta tem o direito de exigir que outros não assolem suas caixas de e-mail com mensagens indesejáveis, não solicitadas.

Conclusões

Ao mesmo tempo em que a informática constitui um instrumento de liberdade e de progresso coletivo, pode oferecer à devassa pública o patrimônio,

a situação econômica e fiscal, o comportamento profissional, as condições de saúde, o comportamento sexual, o perfil como consumidor, o prontuário policial, as atividades sindicais, as opiniões políticas, religiosas e filosóficas e outras informações sobre a vida das pessoas se as informações contidas nos vários bancos de dados setoriais puderem ser acessados ou interconectados.

Importantes debates tomarão conta dos nossos tribunais versando sobre questões jurídicas relacionadas com a informática, trazidas pelo avanço das novas tecnologias da informação. Tivemos como finalidade deste trabalho dar destaque a algumas questões que poderão gerar inúmeras controvérsias entre litigantes, na medida em que a legislação brasileira nesta seara encontra-se bastante precária e atrasada, inobstante já existirem alguns projetos de lei, que ainda serão objetos de discussão de calorosas discussões.

A falta de concretização não poderá, de tal sorte, ser um empecilho para juízes e tribunais aplicarem o direito em vigor e solucionarem as lides que eventualmente venham a surgir, haja vista que deverão remover possíveis lacunas oriundas de falta de concretização, valendo-se do instrumento fornecido pelo art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil.

Por fim, vale destacar que algumas questões aqui abordadas, como o comércio eletrônico e o *spam*, fazem parte de um novo ramo atípico do direito, chamado Direito Informático, que vem se consolidando e que sempre deverá buscar proteção e solução jurídica para as novas instituições informáticas. Um dos seus maiores desafios será procurar compatibilizar as novas tecnologias disponíveis com o direito fundamental à privacidade, que vem sofrendo constantes violações e, por isso, requer uma atenção redobrada quanto à sua proteção.

11 - Silvio Rodrigues. Direito Civil Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 4, 19a. ed., 2002, p. 46.

Bibliografia

CANOTLHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, p. 590.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 96/99.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Comércio Eletrônico e Política de Privacidade. Disponível em: <http://www.internetlegal.com.br>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 32/33.

PEIXOTO, Rodney de Castro. Tempos Difíceis para as Liberdades Cíveis: Vigilância sem Fronteiras. Disponível em: <http://www.internetlegal.com.br>.

PEREIRA, J. Matos. Direito de Informação. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, Edição do autor, 1980, p. 15.

RODRIGUES, Silvio. Direito Cível Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 4, 19ª. ed., 2002, p. 46.

SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e a sua Reparação. Rio de Janeiro: 1955, n.1, p. 56.

SOUSA, Rodrigo Telles de. O Exame Judicial de Dados Armazenados em Dispositivos de Memória Informática Como Prova Secundária No Direito Constitucional Processual Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Forense Universitária, p. 253/254.

A Lealdade no Código de Defesa do Consumidor Quanto aos Contratos de Adesão

Ivens Sá de Castro Sousa

Estagiário da Procuradoria do Município de Fortaleza

Sumário

Introdução

1. Mudanças Trazidas Pelo CDC
2. Interpretação à Luz do Código do Consumidor
3. Contratos de Adesão e Contratos por Adesão
4. Exigibilidade de um Contrato Claro e Preciso

Conclusão

Bibliografia

Introdução

A preocupação em atender e preservar os interesses do consumidor sempre existiu, desde o primeiro momento em que se estabeleceu a relação comprador-vendedor. Contudo, naquela época, essa relação assumia um caráter muito pessoal, e eventual conflito circunscrevia-se à órbita privada ou individual dos litigantes, não merecendo maior relevo social.

Até a vigência do Código de Defesa do Consumidor, os mecanismos do contratante anônimo, baseados na velha lei civil e em estatuto processual que não contemplam hipóteses específicas de proteção, mostraram-se absolutamente obsoletos, e a jurisprudência, salvo raras exceções, não procurou fugir a esse sectarismo. Assim, antes da vigência desse Código, pode-se afirmar que o consumidor era uma pessoa desamparada perante a economia de massa e o poder econômico, público ou privado.

Com o passar do tempo, todavia, em face da mudança nas relações de comércio e em razão do advento da sociedade de consumo, caracterizada pela produção em massa aliada ao imperioso crescimento da publicidade nesse campo, houve necessidade do Estado (felizmente) intervir com seu poder cogente, nas relações de consumo em que figurasse como parte o consumidor, tutelando seus interesses. Isto se deu, porque, se de um lado o consumidor, isoladamente considerado, se mostrava frágil e impotente para enfrentar as novas ofensas que lhe eram arremessadas pelo mundo moderno, de outro lado impunha-se ao Estado conferir um tratamento jurídico peculiar a esse conflito oriundo de uma relação que não mais se estabelecia no plano eminentemente individual.

O Código de Defesa do Consumidor permite que se reduza a crise de identidade desse grande anônimo da sociedade moderna, o consumidor. Esse cliente abstrato, na maioria das vezes identificado por um número, ganha definição na nova lei "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (art. 2º). Somos, pois, todos nós, consumidores. A vida em sociedade não pode prescindir do consumo de bens ou serviços.

1. Mudanças trazidas pelo CDC

A idéia de força obrigatória dos contratos, muito presente no Código Civil de 1916, significa que uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontroláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor frente à tutela jurisdicional.

Hoje em dia, em virtude do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando a relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. É o que dizem os artigos 6º, incisos IV e V e 51, ambos do CDC.

Os contratos de adesão são os contratos já escritos, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. As cláusulas são preestabelecidas pelo parceiro contratual economicamente mais forte, sem que o outro parceiro possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. É evidente que esses tipos de contrato trazem vantagens às empresas, mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes hipossuficientes ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social.

Exemplos de contratos de adesão são os de transporte, de seguro, de telefone, luz, dentre outros. Um dos contratantes, no caso o consumidor, consente, mas não participa do regramento das cláusulas. Em muitos dos contratos relativos às relações de consumo também tal ocorre. Não se pode negar, porém, a natureza contratual dos contratos de adesão. Estruturalmente, há o mútuo consentimento configurador da liberdade de contratar e do direito de contratar. O simples fato de ser o consentimento por adesão ao já preceituado não

significa, necessariamente, que houve coação no aceitar as cláusulas já definidas pela outra parte. Em tese, portanto, o contrato de adesão é um contrato.

Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhes convém, incluindo uma séria de cláusulas abusivas e sem equidade, restritivas de direito.

A jurista e pesquisadora Cláudia Lima Marques, presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, nos diz que nos contratos de adesão "*...limita-se o consumidor a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado*".

Assim os contratos de adesão são cada vez mais comuns na vida contemporânea.

Como nos contratos de adesão o consumidor tem de aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, na maioria das vezes o consumidor sequer lê completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Portanto, deve existir um "dever de transparência" nas relações de consumo. Assim, o consumidor deve ser informado, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Além disso, o contrato de adesão deverá ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão pelo "homem comum".

2. Interpretação à luz do Código do Consumidor

Quanto à interpretação dos contratos de adesão, a regra geral é que se interprete o contrato, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento.

É que se tratando de uma relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Assim, é sabido que existem alguns requisitos para a validade dos contratos de adesão. O consumidor tem de ter sido informado pelo fornecedor das condições gerais do contrato, anteriormente à assinatura (ou no mínimo no momento) do contrato. É necessário que o "homem comum" possa ler e entender o que significam aquelas cláusulas, quais as obrigações e os direitos que está aceitando. Os textos longos, impressos em letras pequenas, de difícil leitura, impressos no verso de documentos não satisfazem a exigência de maior transparência do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º "caput" e art. 36 do CDC)

O problema que se tem, quanto ao contrato em exame, é se efetivamente, ao aderir, a parte conhecia o conteúdo e a extensão da cláusula que lhe é prejudicial ou, mesmo sabendo, não teve sua vontade reduzida pela necessidade de contratar. Aí, o consentimento por adesão pode estar viciado. Isto não é incomum em contratos com longas e numerosas cláusulas ter, entre elas, uma que cria o foro de eleição, para fins de ajuizamento da ação, em comarca distante de onde mora o consumidor, tornando praticamente impossível o direito de ação. Indaga-se se o consumidor, ao consentir por adesão, sabia dos reflexos negativos desta cláusula, que lhe impede até o exercício de direito constitucional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) ou mesmo se sabia da existência da própria cláusula.

Ora, não se nega que a faculdade de eleição de foro no contrato continua válida, dentro dos princípios do novo Código Civil. Porém, essa eleição nos contratos de massa, contratos de cláusulas predispostas ou contratos de adesão (definidos pelo art. 54 do CDC), como ocorre nos contratos de consórcio, pode se afigurar abusiva, se, na prática, dificultar ou impossibilitar a defesa do consumidor. Cuida-se de aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, aliás, não desconhecido pelo legislador do novo Código Civil. Nesse sentido, diz a lei sob exame que dentre as cláusulas nulas de pleno direito incluem-se aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Os contratos de adesão servem principalmente aos interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e às vezes implícita, resguardar preferentemente seus interesses, eliminar para si todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de sua responsabilidade, fixar ao outro prazos exíguos para prática de atos, a manifestação de vontades ou o exercício de direito; nada prevê contra si, mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas, pelo mínimo descumprimento por parte do aceitante.

Os contratos de adesão servem de bom exemplo para evidenciar a superioridade de uma das partes sobre a outra, superioridade intelectual, econômica social e jurídica.

Isso porque, quanto a esses contratos, deve-se sempre perquirir se o consumidor ao aderir conhecia o conteúdo ou a extensão da cláusula que lhe é prejudicial ou mesmo sabendo que era, não teve sua vontade reduzida pela necessidade de contratar.

3. Contrato de Adesão e Contrato por Adesão

A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e os contratos *por adesão*. Aqueles seriam forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g. cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de *contrato de adesão*. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público, como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de *contrato de adesão*.

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.

4. Exibibilidade de um contrato claro e preciso

O Código consagrou o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais. O dispositivo visa permitir que o consumidor possa tomar conhecimento do conteúdo do contrato pela simples leitura, sem prejuízo do dever de esclarecimento por parte do fornecedor (art. 46, CDC).

Entretanto, o Código não restringe o conceito de contrato de adesão às formulas escritas do estipulante. O contrato poderá ser celebrado mediante estipulação unilateral, preestabelecida pelo fornecedor. Tanto os contratos concluídos por escrito como também os celebrados verbalmente podem ser contratos de adesão se verificados os requisitos da lei.

A redação por escrito, em caracteres legíveis possibilita diminuir o âmbito do controle das cláusulas contratuais gerais, qualitativa e quantitativamente, além de consistir em instrumento de segurança das relações jurídicas e de liberdade contratual.

A contratação em massa, exigência das economias de escala, deve ser exercida de forma compatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, dentre os quais está a defesa do consumidor (art. 170, inc. V, CF). A rapidez que deve informar esse tipo de contratação, que implica necessariamente a conclusão do negócio com base em cláusulas gerais preestabelecidas, não deve servir de pretexto para que se incluam, no bojo de um longo formulário de futuro contrato de adesão, cláusulas draconianas consideradas pelo CDC

como abusivas. Além desse perigo, está a inevitável imposição, na prática, das cláusulas pelo estipulante, porque o consumidor aderente geralmente não lê os termos do formulário, quer seja por pressa, preguiça, indolência, ignorância ou resignação, em face das dificuldades trazidas pelas "letras miúdas".

As "letras miúdas", quase sempre legíveis apenas por pessoas com razoável nível de visão, não mais são admitidas pelo sistema do Código, pois os formulários deverão ser impressos com caracteres legíveis.

Deve também ser ressaltado, que deverá estar em destaque as cláusulas desvantajosas ao consumidor. Toda estipulação que implicar qualquer limitação de direito do consumidor, bem como a que indicar desvantagem ao aderente, deverá vir singularmente exposta, do ponto de vista físico, no contrato de adesão.

Sobre os destaques, ganha maior importância o dever de o fornecedor informar o consumidor sobre o conteúdo do contrato (art. 46, CDC), que deverá chamar a atenção para as estipulações desvantajosas para ele, em nome da boa-fé que deve presidir às relações de consumo.

Conclusões

A relação de consumo que é formada de um lado por um fornecedor de serviços e, de outro lado, por um consumidor destinatário final de tais serviços, deve ser regida prevalentemente pelas normas do Código de Defesa do Consumidor que são de ordem pública e interesse social (artigo 1º do CDC), e inderrogáveis pela vontade das partes.

Como visto, os contratos nas relações de consumo, principalmente os de adesão, largamente utilizados, não podem ser considerados como um assunto de interesse restrito e exclusivo das partes, uma vez que são do interesse de todos, pois todos estão potencialmente expostos a se sujeitar a eles. Assumem, então, uma feição coletiva que interessa à sociedade controlar.

Por isso, o CDC estabelece um patamar de lealdade e de controle em que a boa-fé passa a ser, objetivamente, um pensar não só em si mesmo, ou em como se poderá transferir riscos profissionais próprios para o outro parceiro através de um contrato, mas sim pensar que o parceiro - consumidor -, também tem expectativas legítimas. Ou seja, que a relação que se forma entre o fornecedor e o consumidor não serve somente às vantagens do primeiro, mas também a que o outro atinja o fim previsto no contrato que resultou de um prévio encontro entre os dois.

Bibliografia

- GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor, 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MENEZES, João Carlos. Código do Consumidor, Jurisprudência Seleccionada, São Paulo: Bookseller, 1996.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários ao Código do Consumidor, 2. Ed., São Paulo: AIDE, 1991.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16. Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

Processos nº: 142/2003-PGM, 143/2003-PGM, 144/2003-PGM, 145/2003-PGM, 146/2003-PGM, 147/2003-PGM, 148/2003-PGM, 185/2003-PGM, 187/2003-PGM, 251/2003-PGM.

Interessados: Iracema: Indústrias de Caju Ltda. Espólio de Alípio dos Santos Martins, Pantaleão Bezerra Cavalcante, Aldonso Palácio de Oliveira, Marfisa Neves Fujita, José Lins Braga, Raimundo Odécio de Menezes Tomaz, Silvio Augusto Pinheiro Goyana, Luiz Cidrão de Oliveira, Luiz Gonzaga Teixeira de C. Sobrinho.

Assunto: Compensação de débitos tributários com atualização financeira pelo SELIC.

Ementa: Compensação de créditos tributários relativos ao pagamento do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Possibilidade. Atualização monetária dos débitos pelo Sistema Especial de Liquidação e Custódia do Banco Central do Brasil em desfavor da Fazenda Pública Municipal de Fortaleza. Impossibilidade da aplicação de juros mensais, além do indicador da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia.

I.

1. A Sra. Procuradora Assistente da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza envia-me, para fins de análise e produção de parecer, os processos acima descritos. Os processos, instruídos de maneira uniforme, trazem idêntico pedido: são devedores da Fazenda Pública Municipal de Fortaleza que venceram ação judicial contra a referida Fazenda Pública, desejando, desta maneira, que seus débitos sejam compensados com os créditos. A compensação a ser eventualmente realizada seria atualizada obedecendo-se os limites do Sistema Especial de Liquidação e Custódia do Banco Central do Brasil – SELIC, doravante. Assim, os créditos existentes em favor dos Interessados seriam atualizados desta forma para serem compensados com os débitos relativos ao Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU.

2. Os processos se acham instruídos com a seguinte documentação:

a) requerimentos de cada um dos interessados;

- b) cópia da decisão de ação compensatória com pedido de liminar, da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza;
- c) cópia de andamento processuais de sítio na rede mundial, bem como de acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal;
- d) memória de cálculos de liquidação;
- e) documentos de identificação dos Interessados ou documentação relativa aos representantes legais daqueles que, dentre os Interessados, são pessoas jurídicas.

Em dois dos processos - os de nº 146/2003-PGM e 148/2003-PGM - não se vê documentação de identidade dos Interessados, constando, porém, o reconhecimento de sua firma na parte final de seus requerimentos.

3. O ponto a ser enfrentado no presente parecer é:

1) é possível à Fazenda Pública do Município de Fortaleza a compensação dos débitos dos Interessados com os créditos por eles judicialmente obtidos e com atualização pelo SELIC, na forma dos cálculos apresentados?

Elaborados, creio, relatório e indagação central, passo a emitir meu parecer sobre o assunto.

II.

4. Antes de qualquer posicionamento parece prudente que se defina a origem e natureza do Sistema Especial de Liquidação e Custódia do Banco Central do Brasil - SELIC -, na forma em que assim entendido pela jurisprudência nacional. Polêmica a respeito do SELIC se deu com o advento da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas. Em resumo, a discussão gravitava em torno da constitucionalidade do § 4º do art. 39 da mencionada lei. Estipulou o citado dispositivo que, a partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição de recursos seria acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do SELIC.

5. Para fins de atualização de seus tributos e débitos em seu favor, a Fazenda Pública Municipal de Fortaleza recorreu aos índices da taxa referencial do SELIC, na forma do art. 383 da Consolidação da Legislação Tributária do Município de Fortaleza, *verbis*:

“Art. 383 - Os créditos tributários de qualquer natureza, quando não pagos na data de seu vencimento, serão acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), acumulada mensalmente (art. 13 da Lei nº 8.177/98)”.

6. Por outro lado, devidamente autorizada é a possibilidade de compensação, de acordo com a determinação do art. 329 e de seu parágrafo único, ambos da CLTMF:

“Art. 329 - É facultado do Poder Executivo, mediante as condições e garantias que estipular para cada caso, efetuar a compensação de créditos tributários líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo, contra a fazenda Pública Municipal (art. 27, da Lei nº 4.144/72). Parágrafo Único - Sendo vencido o crédito do sujeito passivo, na apuração do seu montante, para os efeitos deste artigo, poderá ser conservada a redução correspondente ao juro de 1% (hum por cento) ao mês, pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento”. Grifei.

7. Tem-se, portanto, que a Fazenda Pública do Município de Fortaleza poderá proceder à compensação de créditos líquidos e certos em seu favor, observadas as peculiaridades de cada caso, recorrendo, para fins de atualização, à taxa referencial do SELIC.

8. Até o momento é de se concluir que o pedido dos Interessados é possível. Resta indagar se os termos de seu pedido podem ser aceitos pela Fazenda Pública do Município de Fortaleza, **notadamente quanto à aplicação de juros de 1% (hum por cento) ao mês, além da taxa referencial do SELIC.**

III.

9. A instituição da taxa referencial do SELIC foi objeto de apreciação dos tribunais, em virtude de seu caráter. Indagação central residia na sua qualidade de instrumento normativo a violar o preceito da legalidade. Não há como negar, em momentos anteriores, a existência de divergência no Superior Tribunal de Justiça; órgão do Poder Judiciário responsável pela guarda da lei federal. Neste sentido, trago, apenas a título ilustrativos dos primeiros instantes da discussão a respeito da constitucionalidade o SELIC, decisão daquele Tribunal, onde se constata a divergência.

“RESP 329147/PR; RECURSO ESPECIAL 2001/0086934-4. DJ 02/12/2002 PG:00274. Min. ELIANA CALMON. Min. FRANCIULLI NETTO. RECURSOS ESPECIAIS. PARCELAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. TAXA SELIC. ILEGALIDADE. Nos casos em que há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e só será quitada quando satisfeito integral-

mente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do artigo art. 158, I, do mencionado Codex (1ª Seção, Resp n. 378.795/GO, rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 17.6.2002). A Taxa SELIC para fins tributários é, a um tempo, inconstitucional e ilegal. Como não há pronunciamento de mérito da Corte Especial deste egrégio Tribunal que, em decisão relativamente recente, não conheceu da argüição de inconstitucionalidade correspectiva (cf. Incidente de Inconstitucionalidade no Resp n. 215.881/PR), permanecendo a mácula também na esfera infraconstitucional, nada esta empecer seja essa indigitada Taxa proscrita do sistema e substituída pelos juros previstos no Código Tributário (artigo 161, §1º, do CTN). Recurso especiais providos". Grifei.

Como se vê não tem sido unânime o entendimento a respeito da constitucionalidade da taxa referencial do SELIC. A falta de unanimidade não obstaculiza a sua aplicação, nas decisões que: a) confirmam a constitucionalidade do SELIC; e b) declaram que nada mais pode ser acrescido ao pagamento.

10. Anteriormente a entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, parece prudente que se veja o que tem o Supremo Tribunal Federal entendido sobre a existência de vícios de inconstitucionalidade na aplicação da taxa referencial do SELIC:

"ADI 1933 MC/DF Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Publicação: DJ 31-05-02. PP-00041. EMENTA: VOL. 02071-01 PP-00113. Julgamento: 30/05/2001 - Tribunal Pleno. Ementa: EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI FEDERAL QUE DISPÕE SOBRE OS DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRA JUDICIAIS DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS. DETERMINA QUE OS VALORES SEJAM REPASSADOS À CONTA ÚNICA DO TESOUREIRO NACIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA ISONOMIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. REMUNERAÇÃO DOS DEPÓSITOS PELA TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA. RENTABILIDADE SUPERIOR AO SISTEMA ANTERIOR À LEI 9703/98. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. LIMINAR INDEFERIDA".

11. Constata-se, então, que o Supremo Tribunal Federal sinaliza na direção de que inexistente inconstitucionalidade na aplicação da taxa referencial do SELIC. O Superior Tribunal de Justiça segue o mesmo rumo. É o que se tentará demonstrar com a transcrição das decisões aqui elencadas:

a):

"AGRESP 444940/DF; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0082103-9. DJ 16/12/2002 PG:00260. Min. JOSÉ DELGADO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998. 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial ofertado pela parte agravante, mantendo a determinação de incluir, no cálculo da correção monetária incidente sobre o valor a ser restituído, os índices expurgados por Planos Econômicos do Governo e a aplicação dos juros pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 01/01/1996. 2. A correção monetária não se constitui em um plus; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais. 3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época. 4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela

Lei nº 8.383/91. 5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. 6. A aplicação dos juros, in casu, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescer ao texto legal condição nela inexistente” (grifei);

b):

ERESP 200778/RS; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 1999/0089135-0. DJ 16/12/2002 PG:00235. Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097). Processual Civil. Tributário. FINSOCIAL. COFINS. Compensação. Aplicação da Lei nº 9250/95 (art. 39, § 4º) – SELIC. Embargos de Divergência (arts. 496, VIII, e 546, CPC -; RISTJ, art. 266). 1. Na compensação, aplica-se a Lei nº 9.250/95 (art. 39, § 4º) a partir da sua vigência, independentemente de prévia homologação do lançamento ou deferimento administrativo. A SELIC afasta a cumulação de qualquer índice de atualização monetária, uma vez que é composta de juros e fator específico de correção do valor real. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Embargos acolhidos” (grifei);

c):

AGA 455810/MG; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2002/0067479-4. DJ 02/12/2002 PG:00261. Min. LUIZ FUX. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADES DA CDA. SÚMULA 07/STJ. MULTA MORATÓRIA. EMPRESA EM REGIME DE CONCORDATA. LEI DE FALÊNCIAS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA. SÚMULA 250 DO STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os

argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Deveras, o STJ admite o prequestionamento implícito, como viabilizador do conhecimento do recurso especial. 2. A verificação de que a Certidão da Dívida Ativa, que instrui a inicial dos embargos à execução, preenche os requisitos legais refoge à competência da via especial, por demandar revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula nº 07/STJ). 3. A jurisprudência pacificada, objeto de súmula, no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, determina a impossibilidade de exclusão da multa moratória incidente sobre débitos tributários de empresa em regime de concordata. Aplicação do verbete sumular nº 250, do STJ. 4. A jurisprudência da Primeira Seção não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal. 5. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas Fazendárias. 6. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. 7. Agravo Regimental improvido” (grifei);

d):

AGA 319580/RS; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2000/0068948-3. DJ 11/12/2000 PG:0018. RSTJ VOL.:00141 PG: 00136. Min. PAULO GALLOTTI Min. PAULO GALLOTTI. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. TAXA SELIC. MATÉRIA INÉDITA. NÃO APRECIÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.250/95 SOMENTE SOBRE RECOLHIMENTOS EFETUADOS APÓS SUA VIGÊNCIA. NÃO PROCEDÊNCIA. CUMULAÇÃO DA SELIC COM OUTRO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. FALTA DE INTERESSE. Impossível apreciação de agravo regimental sobre questão não cogitada no recurso especial, tratando-se, portanto, de matéria inédita, argüida somente nas razões do agravo. A incidência da SELIC ocorre nos casos em que a compensação se efetuar após 1º de janeiro de 1996 independentemente do pagamento indevido ter acontecido antes dessa data. A taxa SELIC não é acumulável com qualquer outro índice de atualização monetária, como

se infere dos precedentes invocados no despacho agravado, faltando ao INSS interesse em recorrer” (grifei);

e):

RESP 415761/PR; RECURSO ESPECIAL 2002/0018227-5. DJ 21/10/2002. Min. GARCIA VIEIRA TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – IMPOSTO DE RENDA -BASE DE CÁLCULO – LUCRO INFLACIONÁRIO - **COMPENSAÇÃO** – LIMITES IMPOSTOS PELAS LEIS Nº 9.032/95 E 9.129/95 - TAXA SELIC - IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. A Lei nº 7.689/88, que instituiu a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, em seu art. 2º, § 1º, estabelece que a base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o Imposto de Renda, Sendo considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano. Esta contribuição não pode incidir sobre o lucro inflacionário. A contribuição só pode incidir sobre o lucro real, o resultado positivo, o lucro líquido e não sobre a parte correspondente à mera atualização monetária das demonstrações financeiras. A base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica é o lucro real que é o lucro líquido no exercício composto pelas adições, exclusões, compensações previstas e autorizadas pela legislação de regência, não se incluindo o lucro inflacionário. Precedentes jurisprudenciais. Os valores indevidamente recolhidos podem ser compensados com parcelas devidas a título de contribuição social sobre o lucro, respeitando-se os limites impostos pelas Leis nº 9.032/95 e 9.129/95, a partir da entrada em vigor destas. **No período de incidência da taxa SELIC, não podem ser aplicados cumulativamente os juros moratórios e compensatórios. Recurso parcialmente provido”** (grifei).

13. Parece claro que nenhum outro índice de reajuste é possível, uma vez que se utiliza a taxa referencial do SELIC, especialmente quando se trata de transações. Não que referida atitude seja produto de um simples capricho. Na verdade, a estabilidade econômica, - com a domesticação do processo inflacionário incontrolável e que submetia administração pública federal, estadual ou municipal a toda sorte de indexação, causando prejuízo a si próprias e ao contribuinte - recomendava a aplicação de indicadores unificados que refletissem perdas inflacionárias com a maior fidelidade possível. A taxa referencial do SELIC integra este rol, na medida em que sua adoção se dá na expectativa de exclusão de quaisquer outros indicadores. Assim é que, conforme entende a jurisprudência,

para fins de compensação deve se ter somente a aplicação do SELIC.

14. Portanto, impossível a aplicação dos juros de 1% (hum por cento) ao mês como desejam os Impetrantes. Feito este entendimento, tenho que a compensação requerida é possível, de acordo com a taxa referencial do SELIC e a exclusão de qualquer outro índice.

15. Resta enfrentar o ponto levantado pelos Interessados de que o cálculo da sentença, não contestado em juízo pela Fazenda Pública Municipal, considera o acréscimo (à taxa referencial do SELIC) de juros de 1% (hum por cento) para fins de compensação.

IV.

16. Costuma se aceitar a tese de que a sentença judicial é a norma jurídica na sua mais plena eficácia. E não é sem razão que referida assertiva procede. Do ponto de vista da teoria do direito, por outro lado, inexistente qualquer limitação à atividade interpretativa. Hans Kelsen, um dos maiores formuladores teóricos do direito, com certeza, também assim pensava.

17. O positivismo jurídico, na sua formulação mais bem elaborada, é produto, sobretudo do gênio de Hans Kelsen. Este era, antes de mais nada, um “defensor apaixonado” da democracia social, possuindo convergência estrutural com o programa do partido social-democrata austríaco e reconhecendo mais tarde a incapacidade do liberalismo em solucionar o problema da péssima qualidade de vida dos trabalhadores. Isso se encontra descrito numa das boas biografias de Hans Kelsen, qual seja a oferecida por Aladár Metall (*Hans Kelsen – Leben und Werk, Vrl. Franz Deutscher, Viena, 1969, pp.33-110*). Será necessariamente neste contexto que sua obra - da qual a Teoria Pura do Direito é apenas um exemplo de vigor intelectual - há de ser compreendida.

18. Se a recepção do positivismo jurídico no Brasil limita-se apenas à aceitação da radicalidade jurídico-dogmática, incorre esta recepção em grande injustiça com o pensamento de Kelsen. Juntamente com Hermann Heller - outro ardoroso defensor do Estado democrático e social - é que Kelsen e os positivistas desenvolveram trabalhos acadêmicos onde se posicionaram pela relatividade dos direitos individuais, limitados estes pelos interesses coletivos, o que significa atribuição de poder intervencionista ao Estado. Referida afirmação se sustenta quando se observa a quantidade dos trabalhos de Kelsen onde o papel do estado e a materialização da democracia foram temas centrais das indagações, como por exemplo: Estado de Direito e Direito do Estado (Tübingen, 1920); A Teoria dos Três Poderes ou as Funções do Estado (-, 1924); O Problema do Parlamentarismo (Viena/Leipzig, 1925); Elementos da Teoria Geral do

Estado (Viena, 1926); Os Conceitos Jurídico e Sociológico do Direito (Tübingen, 1928); A Idéia do Direito Natural (-, 1928); A Paz Pelo Direito (-, 1944). Não é casual o fato de que KELSEN viu-se obrigado a abandonar a Alemanha nazista. Muito antes de sua origem judia, KELSEN era um defensor do Estado Democrático de Direito, idéia ontologicamente oposta ao totalitarismo.

19. Em resumo, sustento o entendimento sobre a necessidade de uma compreensão e interpretação abertas de Direito, onde se reconhece, como bem ensina Paulo BONAVIDES, a multiplicidade de atores e fatores para uma eventual menos imprecisa aplicação do Direito a partir do

“espelho público e da realidade que é a Constituição”, (*in*: Bonavides, Paulo: Curso de Direito constitucional, 8ª edição, Malheiros, 1998, pp. 466-469).

Cumpra, assim, observar como esta compreensão pode solucionar o caso que se examina.

20. Retornando ao caso: há uma sentença judicial que inclui, no cálculo da taxa referencial SELIC juros de 1% (hum por cento) ao mês, enquanto que tanto a natureza do SELIC quanto o entendimento jurisprudencial pátrio entendem exatamente o contrário: O SELIC veio substituir o desvario que significam os cálculos de atualização de débitos da e para com a Fazenda Pública vigentes durante o período de inflação incontrolável. É possível, então, em sede parecer administrativo entendimento contrário àquele sentenciado, conforme trazem os processos do Interessados.

21. Sustento que sim. Num primeiro momento, em virtude daquilo que Hans KELSEN oportunamente defendeu: não há uma única interpretação correta ou possível. O fato de se adotar uma única interpretação significa apenas, no plano prático, que o Estado necessita de uma definição normativa para um caso concreto. Para KELSEN seria esta a **interpretação autêntica**:

“A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assumida a forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tenha caráter geral, quer dizer, crie Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o acto designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito quando crie Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma

norma individual ou execute uma sanção” (*in*: Teoria Pura do Direito, 6ª edição, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984, pp. 470/471).

22. Por outro lado, KELSEN deixa claro a possibilidade de distintas interpretações:

“Se por >interpretação < se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito - no acto do tribunal, especialmente”(id. ib., p. 467).

Desta forma, entendo como perfeitamente possível que se extraia do caso uma interpretação distinta daquela da sentença judicial, pelo fato de que, como ensina KELSEN “várias soluções” possam ser as corretas para o caso concreto.

23. Resta salientar, por fim, que no âmbito deste processo administrativo não se está em sede de execução de sentença, o que reforça ainda mais a possibilidade da aplicação de entendimento divergente daquele exarado na sentença.

Pelos motivos aqui expostos, a resposta ao quesito formulado pode assim ser explicitada:

I) não, a compensação é possível, desde que exclua dos cálculos da taxa referencial do SELIC os juros de 1% (hum por cento).

É o parecer, sempre *sub censura*.

À Sra. Procuradora Assistente.

Fortaleza, 28 de janeiro de 2003.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Procurador do Município – Mat. 15019-1
OAB-Ce. 6840.



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA

ÓRGÃO:

FOLHA DE INFORMAÇÃO E DESPACHO



Do chefe da Procuradoria Municipal para se pronunciarem sobre o parecer de fls. 73/90. Após remeter ao Procurador Geral para as considerações finais.

[Handwritten signature]

28/01/03

Ass. Urbino Ucho de Albuquerque Junior
Procurador Adjunto
OAB/CE 6719

Concordo com o parecer n.º 002/2003 de fl. 73/90. As considerações do senhor Procurador Geral.

Em 29/05/2003

[Handwritten signature]

Evangelista Bekém Dantas
Procurador Adjunto - Fiscal
Mat. 1449-1 - C.A.B. 4802

A Fixar.

Aprovo o parecer n.º 02/03 - PF - PGM, referentes aos processos n.º 142/03, 143/03, 144/03, 145/03, 146/03, 147/03, 148/03, 126/03, 127/03, 711/03, por seus méritos e juridicos fundamentos.

For - 02/06/03

Rômulo Guilherme Leite
Procurador Geral
OAB/CE N° 9350

010W
0001 05

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

Parecer: Nº. /2003 – Procuradoria Fiscal/PGM

Processo: Nº. 04266/2002 – PGM

Interessado: Secretaria de Finanças

Assunto: Unificação de Procedimentos Referentes à Isenção de ITBI.

Ementa: Isenção de ITBI - Servidor Municipal – Atendimento dos pressupostos legais – Concessão da isenção – Documentação relacionada no art.343 da CLTM não condicionante da isenção – Interpretação sistemática e teleológica da norma jurídica – Análise específica de cada caso - Inteligência dos Arts. 35(Lei 4.144/72), Arts.171,I, 337 e 343 da Consolidação da Legislação Tributária Municipal – CLTM (Decreto n.10.827/2000) - Art.115 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza.

Versa o presente processo sobre consulta formulada pela Secretaria de Finanças – SEFIN, da lavra do Exmo. Sr. Secretário de Finanças, materializada através do ofício nº1704/2002, no qual a interessada solicita parecer desta PGM acerca unificação de procedimentos quando da concessão de isenção de ITBI.

Instruiu o processo com artigos de lei pertinentes à presente espécie, *ex vi* dos arts.171, I e 343,I da CLTM, citando casos em que ocorre o indeferimento da isenção por força de informações prestadas pelos Cartórios de Registro de Imóveis.

É o relatório. Segue o nosso parecer.

Parecer: O ITBI

A Carta Magna de 1988 atribuiu aos Municípios, em seu art.156, II, a competência para instituir e cobrar o imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição, competência esta, que no direito anterior era atribuída aos Estados.

No âmbito municipal, o prefalado imposto foi instituído através da Lei n.6421/89, prontamente regulamentada pelo Decreto n.7975/89, com redação atual da lei n.8232/98, onde praticamente foi reproduzido o comando constitucional, encontrando-se atualmente consolidada nos arts. 169 a 187 da Consolidação da Legislação Tributária Municipal – CLTM.

Da isenção do ITBI para o servidor municipal

Merece especial atenção no que pertine ao caso entelado, o art.171, I da CLTM, que reza *verbis*:

“Art.171 – São isentos:

I- a transmissão de imóvel residencial, quando adquirido por servidor municipal, ativo ou inativo, seus filhos menores ou incapazes, bem como sua viúva enquanto não contrair núpcias, desde que não possuam outro imóvel residencial no Município e o façam para sua moradia.” (grifo nosso)

Com efeito, a lei municipal n.6470/89, estabelecendo regras sobre a isenção de tributos municipais já havia determinado em seu art.3º, I, que o benefício da isenção alcança o ITBI, quando a transmissão inter vivos, for de imóvel residencial, adquirido por servidor municipal, ativo ou inativo, seus filhos menores ou incapazes, bem como sua viúva enquanto não contrair núpcias, desde que não possuam outro imóvel no Município, e o façam para sua moradia.

Por fim, vale asseverar, a própria Lei Orgânica do Município, estabelece em seu art.115, que “quando a incidência na TRANSACÇÃO “INTER VIVOS”, A QUALQUER TÍTULO for de competência do Município, FICA O SERVIDOR MUNICIPAL ISENTO DESTE TRIBUTO, QUANDO EM AQUISIÇÃO DE IMÓVEL ÚNICO QUE SE DESTINE À SUA MORADIA”.

Efetivamente, as normas supra enteladas prefixaram precisa e taxativamente os requisitos que devem ser atendidos para a concessão da isenção de que se trata, sejam: incidência do ITBI a qualquer título, competência municipal para a exação, ser o beneficiário servidor municipal, adquirente de imóvel único para sua moradia.

Nessa esteira, tem-se que para a concessão da isenção sob comento, destacam-se requisitos essenciais que em conjunto determinam o reconhecimento da isenção pleiteada.

A isenção do ITBI para o servidor público municipal, consubstancia-se,

destarte, como isenção condicional, ou no dizer de Roque Antonio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª ed., 2001, Malheiros, São Paulo), “isenções chamadas bilaterais ou onerosas, porque para serem fruídas, exigem uma contraprestação do beneficiário.”

O cumprimento dessas condições, é ônus do pretense beneficiário, *in casu*, o servidor público, que deverá comprová-las especialmente através da documentação especificada no art.343, I da CLTM. Note-se que o referido artigo não dispõe sobre as condições, em si, que em conjunto propiciam o reconhecimento da isenção, mas tão somente, indica documentos que devem ser apresentados no sentido de facilitar a comprovação das condições isentivas alegadas.

Reza o artigo 343, I da CLTM, *verbis*:

“Art. 343- Tratando-se de pedido de isenção do Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis e de Direitos Reais sobre Imóveis, deverão os interessados apresentar os seguintes documentos:

- I- Funcionário Público Municipal, seus filhos menores ou incapazes e sua viúva, enquanto não contrair novas núpcias:
- a) Cópia do último contracheque;
 - b) Declaração Funcional da PMF(original);
 - c) Cópia da Matrícula do imóvel(atualizada);
 - d) Cópia do CPF;
 - e) Certidão de Casamento;
 - f) Cópia da identidade(RG);
 - g) Declaração de que é aposentado;
 - h) Atestado de óbito do cônjuge;
 - i) Certidão de nascimento do filho menor ou incapaz, caso a isenção venha a ser em nome deste;
 - j) Formulário de isenção devidamente preenchido, e reconhecida a firma do casal;
 - k) Certidão NEGATIVA ou POSITIVA dos cartórios de Registro de Imóveis das 6(seis) zonas desta Capital em nome do requerente e de seu cônjuge.

Observe-se que a apresentação obrigatória dos documentos indicados, em cada caso específico, como disposto no artigo suso transcrito, não é condicionante em si só, da concessão ou não da isenção pleiteada. A documen-

tação especificada funciona como uma das fontes probatórias das condições alegadas para a concessão da isenção.

Tanto assim é, que a alínea "k", dispõe taxativamente da apresentação da Certidão negativa ou positiva dos Cartórios de Registro de Imóveis.

Com efeito, o citado dispositivo legal não veda a apresentação de CERTIDÃO POSITIVA, ao contrário, aponta-a textualmente. Em outras palavras, tal mandamento legal traz nas entrelinhas, o fato de que se uma das Certidões Cartorárias, acusar a existência de bem imóvel residencial em nome de um dos requerentes, isto não deverá ser considerado, de plano, fato impeditivo da concessão da isenção. Tais casos deverão ser analisados de forma isolada, onde o conjunto probatório trazido aos autos, é que irá definir o despacho administrativo de reconhecimento ou não da isenção pleiteada.

Alguns exemplos possivelmente esclarecerão melhor este assunto.

A lei municipal preceitua que o imóvel residencial deverá ser adquirido por servidor municipal que não possua outro imóvel e o faça para sua moradia.

Atacando o aspecto pessoal da hipótese de incidência do tributo, estatui o legislador que o servidor não possua outro imóvel em seu nome, (1)- não considerando como sujeito passivo da incidência do imposto o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens que já possuía anteriormente ao casamento um imóvel residencial, (2)- nem o companheiro(a) que possui em seu nome imóvel residencial próprio, (3)- ou àquele casado em comunhão universal de bens, quando da existência, em nome dos requerentes, de quota-parte de imóvel residencial objeto de partilha judicial, onde referido imóvel figura como pertence a várias pessoas, normalmente ao cônjuge supérstite e seus herdeiros.

O objetivo do legislador ao criar a isenção sob comento, ainda que de forma condicional, conferindo assim, uma nova fisionomia à norma jurídica tributária do ITBI, foi o de facilitar aos servidores municipais a aquisição de seu imóvel residencial, proporcionando-lhes condições mais dignas de vida e conseqüentemente de trabalho. Deve-se interpretar a norma jurídica, destarte, emprestando maior relevância ao seu elemento finalístico, buscando-se o sentido da mesma, e especialmente, tendo em vista o fim para o qual ela foi elaborada.

É certo que as normas isentivas devem ser interpretadas de forma literal. Este, o dispositivo inserto no art.111 do CTN. Interpretação literal, como sabido, significa interpretação segundo o significado gramatical ou etimológico das palavras que integram o texto a ser interpretado.

As normas isentivas como direito excepcional, portanto, deverão ser interpretadas literalmente. Não obstante, deverá o intérprete, de forma razoável, utilizar em cada caso, os elementos sistemáticos e teleológicos que determinarão o real significado da norma jurídica invocada.

O sempre lembrado mestre tributarista HUGO DE BRITO MACHADO, leciona em seu utilíssimo "Curso de Direito Tributário" (16ª ed. 2001, Malheiros, São Paulo) que "*É inadequado o entendimento segundo o qual a interpretação das normas reguladoras das matérias previstas no art.111 do Código Tributário não admite outros métodos, ou elementos de interpretação, além do literal. O elemento literal é de pobreza franciscana, e utilizado isoladamente pode levar a verdadeiros absurdos, de sorte que o hermenauta pode e deve utilizar todos os elementos da interpretação, especialmente o elemento sistemático, absolutamente indispensável em qualquer trabalho sério de interpretação, e ainda o elemento teleológico, de notável valia na determinação do significado das normas jurídicas*" (grifamos).

Ressalte-se, ademais, que em nenhum dos exemplos retro elencados, foi rechaçada a condição determinada pela lei isentiva, de que o servidor não possua outro imóvel para sua residência. Ora, o fato de o cônjuge do servidor casado sob o regime de comunhão parcial de bens (onde são excluídos da comunhão os bens que cada cônjuge possui ao casar), possuir um imóvel para investimento próprio, não é fato impeditivo do direito deste servidor à isenção pleiteada, vez que ele, servidor, não possui qualquer imóvel e o está adquirindo para sua residência. Da mesma forma, com relação à quota-parte de imóvel herdado por um dos cônjuges, onde são discriminados múltiplos herdeiros, além do cônjuge supérstite. Fica configurado, *in casu*, que aquele imóvel, de propriedade em condomínio, não se presta como condição impeditiva da concessão da isenção.

Conclusão

Na verdade, a documentação especificada no art.343,I da CLTM, não é definidora da regra isentiva, mesmo porque "as condições" para o reconhecimento da isenção do ITBI ao servidor público municipal, estão indicadas no Art.171,I da CLTM. Este sim, o dispositivo legal que deverá ser interpretado de forma sistemática e teleológica pela autoridade competente, na análise de cada caso específico.

Ante ao exposto, e uma vez verificada a ocorrência da fattispécie legal autorizadora da concessão da isenção pleiteada, nos termos do art. 171, I e art.115 da Lei Orgânica Municipal, opinamos no sentido de que interpretando-se sistemática e teleologicamente a norma isentiva em cada caso específico, seja

adotado o procedimento no qual a documentação indicada no art.343, I da CLTM, seja encarada como ônus probatório para o interessado na isenção, e não como requisito condicionante e definidor da isenção do ITBI.

É o parecer, salvo melhor juízo.
À consideração superior.
Fortaleza, 28 de janeiro de 2003.

YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES
Procuradora do Município
Mat.15942.1-4 OAB-CE n.6211



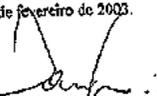
PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Procuradoria Fiscal



PROCESSO Nº 04266/2002 - PGM
INTERESSADO: SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO

Concordo com o bem fundamentado Parecer nº 003/2003, de fls.05/11.
À consideração do senhor Procurador Geral do Município.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2003.


Evangelista Belém Dantas
Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal

*Aprorro o parecer nº 003/03,
relativo ao proc. nº 4266/02 -
PGM, por seus próprios e justos
fundamentos.
À S.F.F.M.
Em 24/02/03*


Rômulo Guilherme Leão
PROCURADOR GERAL
OAB/CE 9350

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral

Processo: Nº 0679/2002-PGM

Interessado: Washington Rodrigues Pereira

Assunto: Enquadramento no Cargo de Auditor de Tributos

Parecer: Nº

Ementa: *O concurso público é obrigatório para o ingresso na Administração Pública em qualquer carreira ou carreira diversa para a qual o servidor ingressou por concurso.*

Inteligência do art. 37, II da CF.

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Inteligência do art. 472 do Código de Processo Civil.

WASHINGTON RODRIGUES PEREIRA, servidor público municipal, com o cargo de Agente Técnico de Cadastro, matrícula 08102-1-5, lotado na SEFIN, solicita enquadramento no cargo de Auditor de Tributos Municipais.

Alega que desde o início de suas atividades em 01.09.1979, sempre exerceu as atividades inerentes ao cargo de Fiscal de Tributos Municipais, atualmente Auditor de Tributos Municipais.

Anexa, para justificar o pleito, diversos documentos, por ele assinados, os quais são de competência do cargo de Auditor Fiscal. (v. fls. 09 usque 48-PGM).

Nos autos, cópia do Manual de Descrição de Cargos da Secretaria das Finanças do Município (doc. de fls. 49 a 56-PGM).

Certificados de cursos realizados pelo requerente. (fls. 57 e 58-PGM).

Declarações da SEFIN de que o servidor – Agente Técnico de Cadastro – encontra-se lotado no Departamento de Tributos Imobiliários da SEFIN “exercendo as funções e atividades inerentes ao cargo de Auditor de Tributos Municipais, tais como, participação nas Comissões, Plantões Fiscais e em todas as demais tarefas vinculadas a este órgão”.

As declarações foram expedidas por:

- a) Antonio Gomes da Silva (fls. 59-PGM);
- b) Joaci Medeiros dos Santos (fls. 60-PGM);
- c) Expedito Peixoto Diógenes (fls. 61-PGM);
- d) José Neurimar Dantas Holanda (fls. 62-PGM).

Cópia de Sentença Judicial exarada pelo Juiz da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Fortaleza (fls. 63 e verso-PGM).

Cópia de Acórdão Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, sobre a matéria (fls. 65 a 67-PGM).

É o relatório

Preliminarmente, devemos esclarecer, tomando por base o Manual de Descrição dos Cargos da SEFIN, o seguinte:

O servidor foi admitido para o cargo de Agente Técnico de Cadastro A, em data de 01 de setembro de 1979, conforme faz prova cópia da Carteira de Trabalho, às fls. 08-PGM.

Caracterização Sumária – (v. fls. 54-PGM)

“Compreende atribuições relacionadas com a realização de tarefas de menor complexidade relativas à manutenção, execução e atualização do Cadastro Técnico”.

Recrutamento

“Concurso Público ou outra forma legal de provimento”.

Qualificação

“2º grau completo” (grifos nossos).

O servidor, segundo declarações da SEFIN, está exercendo atividades diferenciadas do seu cargo de origem, estando, portanto, em Desvio de Função.

As atividades atuais exercidas pelo servidor correspondem ao cargo de Auditor de Tributos Municipais, anteriormente denominado Fiscal de Tributos Municipais.

Caracterização Sumária – (v. fls. 50-PGM)

“Compreende as atribuições relacionadas com a realização de atividades de nível médio, de execução qualificada, envolvendo conhecimentos sobre tributação, fiscalização e arrecadação”.

Recrutamento

“Concurso Público ou outra forma legal de provimento”.

Qualificação

“Curso Superior” (grifos nossos).

Verifica-se que o cargo de Agente Técnico de Cadastro é cargo para ocupantes de nível médio, enquanto o de Auditor/Fiscal de Tributos Municipais é cargo para ocupantes de nível superior, sendo exigível para ambos Concurso Público, requisito essencial para o preenchimento da primeira investidura em cargos de carreira com provimento efetivo.

Na realidade, pretende o peticionante na exordial é ser beneficiado pelo antigo Instituto da Transformação de Cargos, que seria “a passagem do servidor de qualquer classe de nível médio para a primeira classe de nível superior por seleção interna”.

O artigo 37, II da Constituição Federal, dispõe:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

O saudoso jurista Helly Lopes Meirelles sobre a matéria assim nos ensina:

“A obrigatoriedade de concurso público, ressalvados os cargos em comissão e empregos com essa natureza, refere-se à investidura em cargo ou emprego público, isto é, ao ingresso em cargo ou emprego isolado ou em cargo ou emprego público inicial da carreira na Administração direta e indireta”. (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição – pag. 387).

Em nota de rodapé da pg. 387, temos:

“21 – O art. 37,II, da CF, ao abolir a expressão ‘primeira’, constante da Constituição anterior, tornou obrigatório o concurso para ingresso em carreira, o acesso a seus vários degraus se faz por critérios internos de seleção, constante do estatuto. Nesse sentido: STF, RTJ 144/24 e nota 8”.

Ora, já não bastasse a solar clareza da norma consubstanciada no inciso II do artigo 37 da CF, a nota de rodapé veio esclarecer como se deu a

extinção do instituto de Transformação de Cargos, ressalvando apenas os casos de promoção dentro da mesma carreira.

Se o servidor faz parte de uma carreira, in casu, Agente Técnico de Cadastro e, pretende ingressar em outra carreira – Auditor de Tributos Municipais, só pode fazê-lo mediante novo concurso público, mesmo que haja sido concursado para o seu cargo de origem.

Com relação às atividades praticadas pelo mesmo em desvio de função, *seria de bom alvitre que a documentação seja sempre assinada por auditor competente, sob pena de alegação de nulidade pelos particulares atuados, ou que o servidor exerça apenas as atividades inerentes ao seu cargo de origem.*

Não resta dúvida, pelas decisões judiciais, que alguns servidores, à época celetistas, foram agraciados pelo enquadramento dos mesmos na carreira de Auditor de Tributos Municipais.

No entanto, não podemos olvidar, a primeira parte do artigo do Código de Processo Civil, quanto aos efeitos da sentença:

“Art. 472 – A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” ...

Considerando que analisamos o processo em todas as questões argüidas pelo autor, não podemos ter outra conclusão, senão a de indeferir o pedido.

Este é o nosso parecer, que elevamos à consideração superior.

Fortaleza, 08 de janeiro de 2003.

Marica C. Sanford

Marica Carmo Sanford
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

*De acordo com o parecer
a consideração superior
em, 08.02.03*

Lidiane Costa I. Santos

Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR GERAL

Aprovo o parecer 076/2003-CST, concernente ao processo nr.0679/2002-PGM por seus próprios e jurídicos fundamentos. indeferindo o pedido.

À SEFIN

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2003.

Rômulo Guilherme Leitão
PROCURADOR GERAL
OAB-PE Nº 9350

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral

Processo: Nº 02412/2002-PGM

Interessado: Plácido Cruz Macêdo

Assunto: Incorporação de Cargo Comissionado Parecer: Nº

Ementa: Gratificação. Incorporação. Empregado de Empresa Pública. A gratificação percebida com habitualidade pelo empregado de Empresa Pública Municipal, incorpora-se ao seu salário, tornando-a insuprimível, mormente quando auferida por mais de 10 (dez) anos. Inteligência do entendimento jurisprudencial dominante no Tribunal Superior do Trabalho.

No presente processo o empregado da Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização – EMLURB, **PLÁCIDO CRUZ MACÊDO**, solicita ao Exm^o Senhor Procurador Geral do Município de Fortaleza, que lhe seja assegurado o direito de continuar perceber a gratificação de cargo em comissão com simbologia D.A.S-2, à luz da CLT – Suplemento Trabalhista 092/97, de conformidade com o meu Regime de Trabalho”(as fls.02).

O caso que ora se cuida há de ter o seu deslinde à luz da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de vez que os empregados da Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização – EMLURB, são regidos pela legislação trabalhista acima mencionada. Diante dessa constatação Jurídica – Funcional passamos a analisar a postulação.

O processo encontra-se instruído com substancial documentação na qual constata-se que o requerente exerceu por mais de 10 (dez) anos, ininterruptos, cargos em comissão no âmbito da estrutura administrativa da Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização – EMLURB (fls. 04 a 10). Tendo sido afastado a partir de 6 de dezembro de 1999, do cargo em comissão denominado Diretor de Operacionalização de Limpeza, símbolo DAS-2, conforme, as Portarias Nºs. 206/89, 333/97, 340/97, 401/99.

O § 1º, do art. 457, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe que integra o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as gratificações ajustadas. Nesse tocante assim preleciona Valentim Carrion: “Gratificações. Somente as não habituais deixam de ser consideradas como ajustadas; as demais integram-se na remuneração para todos os efeitos”.

(grifos nossos). Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 16ª Ed. Editora Revista dos Tribunais – página. 294).

No presente caso, em que a empregado passou mais de 10 (dez) anos consecutivos, percebendo gratificação de representação pelo exercício de cargo em comissão, está mais do que comprovada à habitualidade na percepção da gratificação. A propósito assim pontificou o Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 207 “As gratificações habituais, inclusive as de natal consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”. (grifamos).

Ainda, sobre a importância da habitualidade na percepção das gratificações o ilustre doutrinador Mauricio Godinho Delgado discorre, com bastante propriedade:

“A corrente objetivista (ou moderna) enfatiza, ao revés, como requisito para o enquadramento gratificatório ou não da parcela, o dado objetivo de seu pagamento habitual, independentemente da intenção do empregador no momento de origem de instituição da verba. Trata-se do critério da habitualidade, estritamente objetivo, atado ao caráter oneroso do contrato de empregatício, que não acolhe a idéia de meras graciosidades repetidas ao longo do cumprimento contratual.”

Conclui afirmando:

“Nesse quadro jurisprudencial absolutamente pacífico está assentado que a simples reiteração da parcela, tornado-a habitual, produz sua integração ao contráio e, em consequência, ao salário, independentemente da intenção de liberalidade afirmada no ato contratual instituidor da gratificação.”

Como se vê, basta somente o recebimento reiterado da gratificação, para gerar o direito do empregado de percebê-la incorporada ao seu salário.

Destarte, a Jurisprudência trabalhista é firme quanto à incorporação ao salário das gratificações percebidas com habitualidade e pelo empregado, senão vejamos:

“Função de confiança. Reversão. Estabilidade econômica – Se o empregado exerceu por mais de dez anos, cargo de chefia, pode o empregador revertê-lo ao seu cargo efetivo, pois a tanto está autorizado por lei – art. 468, parágrafo único –, mas, ao fazê-lo, não poderá retirar-lhe a gratificação de função, tendo em vista o princípio da estabilidade econômica” (Ac. da 1ª Turma do TST-RR 148.310/94-8 – Rel. Min. João Oreste Dazalen – DJU de 18.4.97, página 14.138).

“GRATIFICAÇÃO POR EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA – SUPRESSÃO. Quando o trabalhador recebe durante muitos anos gratificação pelo exercício do cargo de confiança, a supressão do referido “plus” não pode ocorrer, sob pena de violar-se o princípio da irreductibilidade salarial. O § Único do art. 468 da CLT prevê apenas a possibilidade de reversão ao cargo efetivo. Em momento algum autoriza a supressão da gratificação percebida durante longo período” (TST – SDI – E-RR-48.104/94 – DJU 30.09.94).

“GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO DO EMPREGADO QUANDO DE SUA REVERSÃO AO CARGO EFETIVO. Se o empregado exerceu, ao longo de quatorze anos, função de confiança, pode o empregador revertê-lo ao cargo efetivo, pois a tanto está autorizado por lei (art. 468, parágrafo único, CLT). Ao fazê-lo, todavia, não lhe é lícito retirar-lhe a gratificação de função, tendo em vista o princípio da estabilidade econômica. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST-SDBI I – E-RR 85.046/93.5).

“CARGO DE CONFIANÇA. REVERSÃO AO CARGO EFEITO. ESTABILIDADE ECONÔMICA. O empregado que permanecer no exercício de cargo em comissão por dez anos ininterruptos tem a gratificação incorporada a seu salário, não perdendo a vantagem caso ocorra à reversão ao cargo efetivo. Assim o é, considerando a contratualização da gratificação, pela habitualidade do seu pagamento, e o princípio da estabilidade econômica do trabalhador. Embargos providos.” (TST – SDI – E-RR 93.791/93.4).

“Cargo em Comissão – 10 Anos – Reversão. A Jurisprudência persiste no entendimento de que o empregado que exerce cargo comissionado por período superior a 10 anos e que venha a perdê-lo, não deve sofrer prejuízo salarial”. (TST .RR 15.970/90.7, Afonso Celso, Ac. 1ª T. 1.420/91).

“Incorporação da Gratificação de Função. Empregado que recebe gratificação de função por mais de 10 anos faz jus a sua incorporação ao salário, ainda que reverta ao cargo efetivo por ato unilateral do empregador”. (TST. RR 117.439/94.4, Roberto Della Mamna, Ac. 3ª T. 3.295/96).

“Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento

do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento". (Orientação Jurisprudencial SDI, TST 45).

"Segundo está orientada a Jurisprudência pacífica do Eg. SDI, a gratificação percebida por mais de 10 anos não pode ser suprimida, ainda quando o empregado vem a ser destituído das funções que asseguram o pagamento respectivo". (TST. AI RR 280.8221 96.5. Armando de Brito. Ac. 5ª T.).

"O cargo em comissão, exercido por longos anos, gera estabilidade econômica, que reflete na vida do obreiro, sobretudo se esta condição perdurar por mais de 10 (dez) anos. Não pode o empregador, amparado pelo art. 468 da CLT, suprimir tal gratificação inerente aquele cargo, pois os longos anos no exercício da função comissionada asseguraram ao empregado, que reverteu ao cargo efetivo, o direito a percepção da mencionada gratificação, como se naquela função estivesse." (TST.RR.141.835/94.7. Ac. 4ª T. 8.462/96).

Destarte, o entendimento jurisprudencial do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho consagra o princípio de que as vantagens e melhorias salariais adquiridas pelo empregado ao longo da sua vida funcional são intangíveis. Ou seja, são irrevogáveis as vantagens e as posições pecuniárias alcançadas pelo empregado.

Ora, se as gratificações habituais integram o salário (§ 1º, Art. 457, CLT), e se este é irredutível por força do inciso VI, do art. 7º, da Constituição Federal, que consagra o princípio da irredutibilidade do salário. Claro fica que as gratificações percebidas pelo empregado por mais de 10 (dez) anos, como no caso em exame, não podem ser suprimidas sem a devida incorporação à remuneração do empregado.

A visão da nossa doutrina e jurisprudência é bastante equânime, visto que outorga ao empregado o direito a estabilidade e segurança que devem ser propiciadas pelo salário, pois o empregado que auferir gratificação por período perene, indubitavelmente, modifica seu padrão de vida, passando a ter uma condição mais benéfica. Retirar sua gratificação habitual é reduzir o empregado à condição menos vantajosa que ele se encontrava, afrontando flagrantemente o princípio da situação mais benéfica que tem a função de proteger o empregado contra modificações que possam prejudicá-lo. Sobre isto, assim preleciona o professor Amauri Mascaro do Nascimento:

"O princípio da condição mais benéfica tem a função de resguar-

dar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformação prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum."

Isto posto, somos pelo deferimento do pedido, por ajustar-se a legislação de regência, assegurando-se ao requerente o direito de incorporar ao seu salário a gratificação de Diretor de Operacionalização de Limpeza, símbolo D.A.S-2, integrante da estrutura organizacional da EMLURB.

É o parecer.

À consideração superior.

Fortaleza, 24 de setembro de 2002.

Paulo de Tarso M. Barrocas
Paulo de Tarso M. Barrocas
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
"Tribuna nº 01160"

Alexandre Magnús Ferreira Freire
Alexandre Magnús Ferreira Freire
Estagiário

*He aderido ao parecer
e a estabilidade definitiva.*

26.09.02
Liduna
LIDUNA OFELIA D. BARRETO
PROCURADORA-CHEFE DA
C. P. MUNICIPAL
MATRICULA Nº. 00827.1

DESPACHO DO PROCURADOR GERAL

Aprovo o parecer nº 248/2002-CST, referente ao processo 2412/2002-PGM, por seus próprios e jurídicos fundamentos, deferindo o pedido.

À SAM

Fortaleza, 11 de outubro de 2002.



Rômulo Guilherme Leitão
PROCURADOR GERAL
OAB - CPF Nº 9350

MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Procuradoria Geral

Parecer: Nº: 118/01 – Pa.

Processo: Nº : 03981/2001 Pgm.

Assunto: Inexigibilidade de Licitação Sistema Único De Saúde - SUS

Interessado: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS

Ementa: Inexigibilidade de Licitação para contratação direta de serviços de assistência à saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS através de CREDENCIAMENTO. Inviabilidade de competição, pois não se trata de selecionar apenas uma proposta, mas todos que preencherem os requisitos estabelecidos no edital. Possibilidade Jurídica com esteiro no caput do art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - doravante SMDS, sobre a possibilidade jurídica de ser adotado o instituto do CREDENCIAMENTO para contratação de serviços de assistência à saúde com a participação complementar das entidades privadas, no Sistema Único de Saúde – SUS.

De acordo com a justificativa anexada às fls. 03/14, o Secretário da SMDS - Dr. José Adelmo Mendes Martins, fundamenta o pedido alegando que a contratação para prestação de serviços na área de saúde, especialmente no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, é bastante complicada, possuindo características peculiares, próprias. Afirma ainda que diante da complexidade do objeto da contratação, a realização de um certame licitatório é inviável.

Ao final, sugere que a pretensa contratação seja realizada através de um procedimento diferentemente do licitatório, o Credenciamento, pois nele não será escolhida apenas a melhor proposta, mas todas aquelas que satisfaçam as condições exigidas no edital.

Instruem ainda o processo:

- a) Regulamentação sobre a matéria:
às fls. 18/49 - Portaria do Ministério da Saúde nº 1.286/93, com seus

Anexos, I, II, III e IV com as respectivas minutas dos contratos a serem firmados entre o Município e o contratado, para execução dos serviços;

. às fls. 50/ 59 - Lei Federal nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências;

. às fls. 60/ 99 - Norma Operacional Básica (NOB - SUS 01/96);

. às fls.100/102 - Lei Federal nº 8.142/90, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências;

. às fls. 103/135 - portaria nº 95, de 26/01/2001 - Norma Operacional da Assistência à Saúde/SUS (NOAS);

b) tabela MS/ SUS - às fls. 136/145 ;

c) visto da Assessoria Jurídica da SMDS às fls. 147.

Em breves palavras, é o que tenho à relatar.

Preliminarmente seria conveniente fazer um breve comentário sobre a diferença existente entre os dois tipos de procedimentos: " LICITAÇÃO " e " CREDENCIAMENTO ".

O conceito de licitação no Direito Administrativo tem sido definido como um prévio procedimento necessário para as contratações de bens, serviços

ou obras, no âmbito da Administração Pública, destinado a escolher a proposta mais vantajosa ao interesse público. No tocante a Constituição Federal, em especial no art. 37, inciso XXI, a expressão Licitação Pública é empregada para caracterizar um princípio básico a ser observado em todas as contratações em que for parte o Poder Público com terceiros.

Helly Lopes Meireles com bastante clareza, define a licitação como sendo " *um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse* " (*in* Direito Administrativo, editora Malheiros, pg. 237).

Na mesma linha de entendimento, a professora Dra. Yara Darcy P. Monteiro, conceitua licitação como :

"um procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenha atendido à convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse".

Em linhas gerais, pode dizer-se que, a supremacia do interesse público exige, como regra geral a licitação prévia para todas as contratações da Administração Pública.

Já o CREDENCIAMENTO difere um pouco da LICITAÇÃO. No credenciamento, a Administração Pública convoca todos os interessados que pretendam contratar com o Poder Público, desde que satisfaçam algumas exigências previamente estabelecidas em edital. Nesse sistema de contratação, a própria Administração já estipula as condições, inclusive o preço que pretende pagar. Uma vez cumpridos os requisitos, não haverá competição entre os interessados, pois todos deverão ser contratados.

Apesar de não existir nenhuma regulamentação legal sobre o assunto, tal procedimento já foi objeto de análise no Tribunal de Contas da União - TCU, inclusive, tendo sido recomendado para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento, conforme TC - Nº 016.171/94, TC- nº 016.522/95-8.

Em 1995, em consulta formulada ao TCU, pelo então Exmo. Sr. Ministro interino da Educação, sobre a viabilidade da contratação de serviços médicos-assistentes aos seus servidores, por meio do credenciamento de entidades e profissionais na área de saúde, o Tribunal de Contas da União - TCU, no processo TC - 016.522/95-8, defendeu como lícita essa modalidade de contratação para tais serviços. No entanto, ressaltou alguns aspectos, que rigorosamente deveriam ser observados:

- a) Acesso permanente a qualquer interessado que preencher as exigências mínimas requeridas;
- b) Convocação por meio do Diário Oficial da União;
- c) Fixação criteriosa da tabela de preços que remunerará os serviços prestados.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, corroborando com o mesmo entendimento, elenca 03 (três) características, como sendo as fundamentais para utilização desse instituto, pois definem a possibilidade do uso do credenciamento ou não pela Administração Pública:

- a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas;
- b) que a definição da demanda, por contratado não seja feita pela Administração;
- c) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.

A propósito, cabe destacar ainda, as palavras do Exmo. Sr. Ministro Homero Santos, relator do processo que aprovou o Regulamento de Assistência médica do TCU, que assim se pronunciou sobre o credenciamento de serviços médicos:

“ (...) uma particularidade do credenciamento é que permite buscar todas as empresas e profissionais que preencham as condições exigidas e aceitem a prestação do serviço desejado, fazendo com que, quanto mais conveniados ou credenciados, mais adequados à plena satisfação dos serviços desejados ”.

Com bastante clareza, o citado Ministro do TCU, na Decisão de nº 656/95 – TCU – Plenário, demonstrou a perfeita harmonia na aplicação da figura do Credenciamento, traçando um comparativo com alguns princípios que norteiam a licitação:

“Não é demais lembrar, no entanto, para a perfeita compreensão do assunto, o resultado do exame efetivado nos referidos autos, demonstrando que o credenciamento atende a diversos princípios norteadores da licitação, da seguinte maneira:

LEGALIDADE – a conveniência social no caso da assistência médica é latente, uma vez que com o credenciamento todos serão amplamente beneficiados e a legalidade encontra respaldo no art. 25 da Lei nº 8.666/93;

IMPESSOALIDADE – o credenciamento obedece a este princípio, pois a finalidade da Administração é prestar a melhor assistência médica, com o menor custo possível e dentro dos limites orçamentários; é o que pretende fazer, atingindo todas as entidades prestadoras de serviço que se enquadrem nos requisitos estabelecidos;

IGUALDADE – no credenciamento o princípio da igualdade estará muito mais patente do que na licitação formal. Poderá ser credenciada da pequena clínica, ou um consultório de apenas um médico, ao hospital de grande porte, com direito de participação de todos, sendo a sua utilização em pequena ou grande escala vinculada à qualidade e à confiança dos beneficiários que, conforme a aceitação destes, permanecerão ou serão descredenciados;

PUBLICIDADE – antes de se concretizar o credenciamento, deverá ser dada ampla divulgação, com aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, podendo, inclusive, a Administração enviar correspondência aos possíveis prestadores de serviço;

PROIBIDADE ADMINISTRATIVA – o credenciamento, da maneira que será executado, obedece rigorosamente aos postulados do princípio da proibidade administrativa, uma vez que, embora tal procedimento não esteja expressamente previsto na lei de licitações, nenhum comprometimento ético ou moral poderá ser apontado, já que foram observados os demais princípios elencados para o certame;

VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – é um princípio bastante fácil de ser seguido no esquema do credenciamento, pois os parâmetros serão definidos em ato da Administração, que, mediante divulgação para conhecimento dos interessados, permitirá que seja selecionados apenas aqueles que concordarem e se adequarem a seus termos;

JULGAMENTO OBJETIVO – no credenciamento, o princípio do julgamento objetivo será muito mais democrático do que na licitação formal. Pois, nesta, o julgamento é de uma Comissão, que escolherá um número reduzido de prestadores de serviços, que depois terão de ser aceitos pelos usuários. No caso do credenciamento, as entidades prestarão serviços aos beneficiários da assistência médica, de acordo com a escolha de cada participante, em razão do grande número de opções; portanto, não basta ser credenciado para prestar serviço, tem que contar com a confiança da clientela.”

De tudo o que foi até aqui exposto, percebe-se que a diferença fundamental existente entre ambos os institutos é que na Licitação, o objeto pretendido só poderá ser realizado por um(s), devendo ser contratado apenas aquele(s) que apresentar(em) a(s) melhor(es) proposta(s). No Credenciamento, a Administração contratará todos aqueles que atenderem os requisitos, e o critério do preço também não se aplica, pois a Administração pagará a todos o mesmo preço.

No caso trazido à apreciação, Contratação dos Serviços de Assistência à Saúde, com participação complementar das Entidades Privadas, no Sistema Único de Saúde - SUS, além das considerações acima expendidas, faz-se neces-

sário ainda analisar a possibilidade legal da prestação de tais serviços serem realizados por entidades privadas.

De acordo com o artigo 1º, § único, da Portaria nº 1.286, de 26.10.93, do Ministério da Saúde, somente será permitido o Sistema Único de Saúde (SUS) recorrer aos serviços de entidades privadas ou filantrópicas, se ficar caracterizado que os serviços de saúde da rede pública são insuficientes para suprir às necessidades da população.

Estabelece ainda o parágrafo 2º, do art. 4º da Lei nº 8.080/90, no título que dispõe sobre as condições do Sistema único de Saúde, que a iniciativa privada somente poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Assim, deverá ficar demonstrado nos presentes autos, de forma bastante clara, que não existe disponibilidade de rede pública suficiente para garantir a cobertura assistencial à população, para, posteriormente, utilizar-se, de forma complementar, dos serviços prestados pela rede privada.

Deste modo, caso a autoridade consulente decida-se a adotar a figura do credenciamento para contratar referidos serviços, deverá estar atenta às peculiaridades que são próprias desses serviços, cercado-se de todas as cautelas necessárias que garantam a fiel observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, evitando, assim, que surjam dúvidas e questionamentos sobre as contratações.

No que se refere a inexigibilidade de licitação, entendo ser inviável a competição na contratação de entidades privadas para prestação de serviços de assistência à saúde no Sistema Único de Saúde (SUS), através do sistema de credenciamento, posto que, nesse tipo de procedimento não haverá disputa entre os interessados, pois quando a Administração convoca, não exclui nenhum, se dispõe a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos no edital, e proceder o credenciamento de maior número de interessados com a inexigibilidade de licitação (art 25, caput, da Lei nº 8.666/93).

Lembrando ainda que, apesar do Credenciamento não ser um procedimento de licitação formal, deverão, rigorosamente ser obedecidos todos os princípios constantes no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

E, por fim, ressalte-se novamente a necessidade da comprovação da insuficiência da rede pública para prestar tais serviços. Pois a rede privada somente poderá ser contratada de forma complementar, conforme dispõe a legislação que trata sobre a matéria.

Assim, opino pelo deferimento do pedido, ficando a decisão de mérito,

oportunidade e conveniência, à critério da autoridade consulente, tudo com a devida observância na legislação que trata sobre o assunto.

É o parecer a consideração superior.
Fortaleza (Ce), 29 de Outubro de 2001.

Ana Cristina Uchoa de Albuquerque Andrade
Procuradora Assistente

DESPACHO

Aprovo o parecer nº 118/2001 - PA;
referente ao processo nº 3.981/2001-PGM, por seus
próprios e jurídicos fundamentos.

À SMDS.

Fortaleza, 31 de Outubro de 2001.

Rômulo Guilherme Leitão
PROCURADOR GERAL
DAS-CE Nº 9350