

Centro de Estudos e Treinamento  
-CETREI-

Revista da  
Procuradoria Geral  
do Município de  
Fortaleza

Fortaleza (CE) - 2004  
Ano 12 -Volume 12

## SUMÁRIO

1	APRESENTAÇÃO .....	15
2	ARTIGOS .....	17
2.1	MEIOS DE PESQUISA, FORMAS DE PENSAR - PROBLEMAS COMUNS NO USO DAS FONTES DOCTRINÁRIAS NAS PESQUISAS NA ÁREA JURÍDICA. ....	19
	<i>AIRTON CERQUEIRA LEITE SEELAENDER</i>	
2.2	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO EXECUTIVO .....	41
	<i>GILBERTO BERCOVICI</i>	
2.3	CONSTITUIÇÃO E COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA, BREVE COMENTÁRIO DA LEI 10.628, DE 2002 .....	55
	<i>JOSÉ RUBENS COSTA</i>	
2.4	A FORMAÇÃO ACADÊMICA E OS DESAFIOS DA MAGISTRATURA NA ATUALIDADE .....	79
	<i>LÍLIA MAIA DE MORAES SALES</i>	
2.5	"METAMORFOSES" DA DEMOCRACIA E CONTROLE NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO .....	95
	<i>PAULO ANTÔNIO DE MENEZES ALBUQUERQUE PLÍNIO RÉGIS BAIMA DE ALMEIDA</i>	
2.6	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	109
	<i>ANA EDITE NORÓES COSTA</i>	

2.7	O HOMOEROTISMO: UM TERRITÓRIO DE AMBIVALÊNCIAS? .....	131
	<i>MARIA LOURDES DOS SANTOS</i>	
2.8	A FALTA QUE O ESTUDO VITIMOLÓGICO FAZ PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA.....	151
	<i>ANDRÉ WILSON DE MACÊDO FAVELA</i>	
2.9	VITIMOLOGIA .....	165
	<i>FRANCISCO ALBERTO DE OLIVEIRA</i>	
2.10	DESPESAS DE PESSOAS JURÍDICAS - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	177
	<i>JOÃO MARCELO REGO MAGALHÃES</i>	
2.11	COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO - CPI: ANÁLISE HISTÓRICA, DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E POLÍTICA .....	191
	<i>JÂNIO PEREIRA DA CUNHA</i>	
2.12	PROGRESSIVIDADE DO IPTU DE ACORDO COM A EC.29/2000 .....	233
	<i>MARCELO DE MIRANDA MONT ALVERNE</i>	
2.13	USUCAPIÃO COLETIVO NO NOVO CÓDIGO CIVIL .....	251
	<i>MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE</i>	
2.14	MEIA CULTURAL ESTUDANTIL: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA .....	273
	<i>ROBERTA LAENA COSTA JUCÁ</i>	

2.15	A COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIOS COM DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA DO ESTADO DO CEARÁ E SUA RELAÇÃO COM A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO .....	293
	<i>RUI BARROS LEAL FARIAS</i>	
2.16	O FEDERALISMO E A INTERVENÇÃO DOS ESTADOS NOS MUNICÍPIOS .....	305
	<i>BERNARDO BRITO DE MORAES</i>	
2.17	REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE FAVELAS E LOTEAMENTOS POPULARES .....	329
	<i>ANA CRISTINA UCHOA DE ALBUQUERQUE ANDRADE</i>	
2.18	OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA POLÍTICA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE .....	351
	<i>MARIA FÁTIMA NÓBREGA DE ARAÚJO</i>	
2.19	TERRORISMO: O DESAFIO DA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA UNIVERSAL .....	367
	<i>MARTÔNIO MONT ALVERNE BARRETO LIMA</i>	
2.20	AS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS COMO FATOS GERADORES DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS .....	379
	<i>MIGUEL ROCHA NASSER HISSA</i>	
2.21	LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E MEDIDAS PROVISÓRIAS .....	395
	<i>NATÉRCIA SAMPAIO SIQUEIRA</i>	
2.22	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISPOSITIVO DO CÓDIGO FLORESTAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL	

	PARA DELIMITAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	407
	<i>LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL</i>	
3	PARECERES .....	433
3.1	DESNECESSIDADE DA AUTENTICAÇÃO EM CARTÓRIO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS POR PARTICULARES À ADMINISTRAÇÃO .....	435
	<i>EVERTON LUIS GURGEL SOARES</i>	
3.2	INCORPORAÇÃO DE ADICIONAL NOTURNO ....	443
	<i>DÉBORA CORDEIRO LIMA</i>	
4	TRABALHO FORENSE .....	453
4.1	AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA .....	455
	<i>MIGUEL ROCHA NASSER HISSA</i>	



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

## APRESENTAÇÃO

É com desmedida satisfação que apresento mais um número, o décimo segundo, da "Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza", obra que condensa pensamento jurídico de elevada qualidade, produzido por profissionais de nomeada capacidade em diversos ramos do Direito Administrativo, Constitucional, Processual e outros, dentre os quais se encontram vários Procuradores do Município.

Realçar o destaque e a credibilidade da "Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza" na comunidade na comunidade jurídica e acadêmica nacionais seria cair no lugar comum. Esta obra já se consolidou como fonte de estudo, consulta e pesquisa entre os operadores do Direito, sempre trazendo matérias atuais, ricas referências bibliográficas e organizadas com todo zelo pela metodologia científica.

Tudo isso é fruto do trabalho sério e contínuo de todos aqueles que chefiaram o Centro de Estudos e Treinamento CETREI da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, a quem rendo sinceras homenagens, em especial, a Professora e Procuradora do Município MANUELA LOURENÇO PIRES TORQUATO, a cuja memória este número da Revista é carinhosamente dedicado, com saudade e admiração expressadas por todos os seus colegas de PGM.

**Pedro Saboya Martins**  
Procurador Geral do Município de Fortaleza

## **MEIOS DE PESQUISA, FORMAS DE PENSAR: PROBLEMAS COMUNS NO USO DAS FONTES DOCTRINÁRIAS NAS PESQUISAS NA ÁREA JURÍDICA**

**Airton Cerqueira-Leite Seelaender.**

Doutor em Direito pela Universidade J.W. Goethe (Frankfurt), Vice-presidente do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD. Procurador do Estado de S.Paulo.

- 1 Introdução
- 2 O início dos problemas: o difícil levantamento bibliográfico
- 3 Usando as fontes doutrinárias: riscos e armadilhas
  - 3.1 O convite à superficialidade
  - 3.2 A "tentação teuto-sergipana"
  - 3.3 A submissão aos "autores consagrados": custo e efeitos.
  - 3.4 As armadilhas do texto
  - 3.5 Terrenos perigosos

### **1 INTRODUÇÃO**

Convidado pela Comissão de Pesquisa da Faculdade de Direito da USP para participar em junho de 2004 de um evento cujo público-alvo era composto de estudantes dedicados a atividades de pesquisa, preparei uma palestra sobre os riscos, mitos e armadilhas que se colocam diante dos jovens pesquisadores quando lidam com as fontes doutrinárias na área jurídica. O presente ensaio reúne algumas reflexões sobre o tema.

Não tendo a pretensão de esgotar o assunto, o texto se concentra nos problemas que afetam mais freqüentemente os pesquisadores brasileiros nessa área. Não se trata, portanto, de um trabalho sobre as condições gerais da pesquisa no campo jurídico, mas sim de um singelo mapa de recifes presentes nas águas nacionais.

## 2. O INÍCIO DOS PROBLEMAS: O DIFÍCIL LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO

O pesquisador brasileiro que procura se informar sobre a produção doutrinária em sua área costuma se deparar com uma série de obstáculos. Alguns deles são fáceis de identificar.

Em primeiro lugar, a escassez de livros, sobretudo de obras estrangeiras. Nas faculdades de direito particulares- sobretudo nas mais novas- as bibliotecas costumam ser dignas de lástima. Mesmo nas universidades públicas mais relevantes, é visível a deficiência das bibliotecas, não refletindo o seu acervo todo o crescimento da produção doutrinária nas últimas décadas.

Essa defasagem das bibliotecas reforça a tendência histórica para a defasagem do pensamento jurídico nacional, contumaz na importação atrasada de modas intelectuais do Primeiro Mundo. Defasagem que também resulta do pouco interesse e do escasso tempo dedicados pelos professores de direito brasileiros à pesquisa e à preparação intelectual<sup>1</sup>. Concentrada em outras atividades profissionais e pouco atraída pelos baixos salários do meio acadêmico, a esmagadora maioria dos professores simplesmente não consegue se atualizar nem produzir como seus homólogos na Alemanha ou nas principais faculdades americanas<sup>2</sup>.

Temos aqui, nessa defasagem do pensamento jurídico nacional, um segundo problema para o pesquisador. Como saber o que há de novo, quando o próprio orientador também está perdido? Como selecionar o que ler, se mal se sabe o que está disponível?

A compra de livros importados, após levantamentos na "internet" das obras existentes nas universidades e editoras estrangeiras, tem sido vista ultimamente como uma solução definitiva. A "internet", contudo, pode gerar outro problema: o do acúmulo excessivo de informações, saturando o receptor<sup>3</sup>. Tal acúmulo dificulta a assimilação dos dados, sua organização e sua seleção. Dos milhares de livros e artigos sobre a propriedade, a história da propriedade, a

função social da propriedade- quais deverá consultar o jovem civilista? Sob as toneladas de escritos irrelevantes sobre o batido tema da jurisdição constitucional, o que de bom haverá para pescar?

A redução dessas montanhas de material a volumes manejáveis pressupõe a existência de critérios de seleção rigorosos e coerentes. De uma hipótese de trabalho clara, compatível com a capacidade que temos de dominar o seu "campo de teste". Na verdade, a definição precisa da hipótese de trabalho e a delimitação das fontes estão em estrita correlação, sendo ambas etapas indispensáveis de qualquer trabalho científico na área das Humanidades.

Ninguém caminha tanto como quem não sabe aonde vai. Ninguém revira tanto o material como o pedreiro que desconhece o que está construindo. Se os jovens pesquisadores na área jurídica pretendem chegar a algum lugar, devem ocupar-se com poucas questões bem definidas. Devem escolher um número reduzido de hipóteses a serem testadas no confronto com as fontes. Devem limitar ao máximo o universo das "fontes imprescindíveis"- para poderem ter um absoluto controle sobre elas. Humildade na delimitação dos temas, mais seriedade nos resultados<sup>4</sup>.

## 3 USANDO AS FONTES DOUTRINÁRIAS RISCOS E ARMADILHAS

### 3.1 O convite à superficialidade

Tão graves quanto as dificuldades para a obtenção do material de pesquisa são os riscos no uso das fontes nacionais e na "releitura local" do debate estrangeiro. Note-se que a mentalidade dominante em nossas faculdades de direito tende a afastá-las do rigor científico, levando muitos juristas a interpretações ligeiras, com pouco respeito à especificidade e à nuance. Por falta de pesquisa ou amor às generalizações bombásticas, chega-se mesmo a converter *países inteiros* em *debatedores*- na descrição dos embates doutrinários, vemos aqui uma "doutrina alemã" a se contrapor a

uma "escola italiana"; ali, uma "corrente francesa" a trocar murros com a "posição americana"...

Séculos após o Iluminismo ainda se publicam em nosso país obras jurídicas sustentando que o direito penal se teria iniciado com Adão, sendo o "Todo-Poderoso" o executor da "sanção" relativa à "primeira norma penal"<sup>5</sup>. Reeditam-se, também, tratados de juristas, avisando-nos sabiamente de que *o comércio marítimo é aquele que por mar se faz*<sup>6</sup>. E a produtividade literária espantosa de alguns juristas segue confirmando Guicciardini, segundo o qual "é impossível que quem [...] escreve muitas coisas não faça muita farelagem"<sup>7</sup>...

A tendência do meio jurídico nacional à superficialidade já era, aliás, detectada no passado. Gilberto Freyre descreveu bem a multidão dos bacharéis bem-falantes do período imperial<sup>8</sup> - da qual saíram muitos bons poetas e poucos juristas dignos desse nome. As características dessa camada social não escaparam tampouco à atenção de observadores estrangeiros. Como a professora alemã Ina von Binzer, que em 1882 escrevia de S. Paulo, julgando severamente a vida cultural local:

"Os brasileiros dão ótimos advogados [...] Dão a vida por falar, mesmo quando é para não dizer nada. Com a eloquência que esbanjam num único discurso, poder-se-iam compor facilmente dez em nossa terra [...] *Tudo é exterior, tudo gesticulação e meia cultura*". (grifo nosso). Ainda dialogando com a autora. "O fraseado pomposo, a eloquência enfática já são por si próprios falsos e teatrais; mas se você tirar a prova real, se indagar sobre qualquer assunto, não se revelam capazes de fornecer a informação desejada [...] Não se encontra profundidade em parte alguma [...]"<sup>9</sup> (grifo nosso)

Embora não possamos afirmar que generalizações dessa ordem permaneçam atuais, não há dúvida de que o pesquisador iniciante

deve-se manter sempre alerta na leitura das obras jurídicas brasileiras, evitando reproduzir em seu trabalho as observações superficiais que elas possam eventualmente conter.

### 3.2 A "tentação teuto-sergipana"

É fato notório que, em nossas faculdades de direito, tentou-se por vezes superar a tendência à superficialidade através da invocação de profundos pensadores estrangeiros - preferencialmente alemães. Da Escola do Recife aos dias de hoje, tal invocação serviu para gerar prestígio, atuando como sinal diferenciador das "elites intelectuais" no mundo jurídico<sup>10</sup>.

Tão velhas quanto estas práticas são, em nosso país, a denúncia de seu caráter artificial e a ridicularização do seu pedantismo. Aproveitando-se do fato dos líderes da Escola do Recife, Sílvio Romero e Tobias Barreto, terem ambos nascido em Sergipe, Carlos de Laet rebatizou-a jocosamente como "Escola Teuto-Sergipana"<sup>11</sup>. Gilberto Freyre foi ainda mais cruel, vendo no "germanismo" de Tobias um mecanismo de compensação psíquico, um esnobismo de complexado<sup>12</sup>.

Reduccionismos e caricaturas à parte, o fato é que postura semelhante à "teuto-sergipana" ainda se faz, em certa medida, presente no meio universitário. Há algumas décadas, deslumbrados importadores de modas filosóficas européias não hesitavam em castigar a paciência alheia com longas digressões sobre o conceito de "ideologia" em Althusser, em obras sobre outros assuntos. E mesmo hoje, do jeito que as coisas vão, não seria surpreendente se Habermas e Luhmann viessem a ser trazidos à baila em singelas monografias sobre o contrato de transporte ou a locação de garagens<sup>13</sup>.

É claro que o diálogo com o pensamento filosófico e com a produção doutrinária mais sofisticada pode ser estimulante e produtivo para o jurista brasileiro - o próprio Código Civil de Beviláqua comprova a relevância e enorme utilidade desse diálogo<sup>14</sup>. Para o



jovem pesquisador na área jurídica, contudo, o contato com os refugos mais recentes da "tradição teuto-sergipana" ocasiona riscos. Risco de confundir nefelibatismo pedante com qualidade científica. Risco de tomar por modelo de ciência o que no fundo é ornamental. Risco de trocar a humildade científica pelo exibicionismo de despiciendos malabarismos intelectuais.

O verdadeiro pesquisador, porém, é de fato um artesão, não um artista. Dele se pode dizer o que Ortega y Gasset dizia de todo intelectual- que não veio ao mundo para fazer malabarismos com as idéias nem para exhibir infantilmente os bíceps de seu talento<sup>15</sup>.

### 3.3 A submissão aos "autores consagrados": custo e efeitos.

A humilde condição de artesão e o respeito às regras de seu ofício não implicam para o pesquisador, porém, a perda da liberdade. Nada justifica uma postura servil do pesquisador na área jurídica diante da opinião dos "autores consagrados".

A despeito disso, a falta de ousadia continua caracterizando muitos projetos de iniciação científica e até dissertações de mestrado. O temor reverencial à sabedoria supostamente infalível dos "grandes juristas", o abafar voluntário do próprio pensamento, o servilismo supersticioso diante dos "autores ungidos"- todos estes espectros da velha Escolástica ainda são vistos, em nossas faculdades de direito, com alguma frequência. Por maior que tenha sido o impacto das reformas modernizadoras no ensino do direito<sup>16</sup>, as formas de pensar tradicionais do mundo jurídico têm demonstrado historicamente enorme poder de resistência, escorando-se em velhas práticas, hábitos e valores profissionais.

Se o teuto-sergipanismo é um vício progressista e estrangeirado, o boçalismo neo-escolástico é conservador e tendente a hipervalorizar as sumidades locais. Sua falta de rigor crítico e sua inclinação para o repetir de opiniões favorecem o aparecimento de um discurso circular, no qual as autoridades mais recentes se esteiam nas anteriores ao

mesmo tempo em que corroboram suas opiniões. Nessa caverna quase sem aberturas, o eco de uma opinião absurda tende a se repetir "ad infinitum"- a análise dos livros de direito penal por Ana Sabadell bem o demonstrou recentemente<sup>17</sup>.

Por outro lado, a tendência à valorização excessiva das obras das sumidades locais também implica o risco de bloqueio à inovação. Utilizando-se só a si mesma como referência, a faculdade de direito brasileira pode deixar de ser um organismo que recebe alimento de fora e passar a ser um organismo que se alimenta de sua própria produção digestiva<sup>18</sup>. O resultado disso não há de ser bom...

A situação é tanto mais grave, quando se considera como nascem, em nosso país, muitos dos autores "ungidos". Não dependerá o seu surgimento mais de redes de relações pessoais no meio jurídico e nas universidades do que, propriamente, de provas de talento individual? Poderá alguém de boa fé, por exemplo, asseverar que a incessante repetição dos mesmos sobrenomes em nossas faculdades seja pura coincidência ou só reflexo indireto de um "caráter genético da inteligência"?

Muitas vezes, o acesso às "posições de visibilidade" que dão fama e reputação ao jurista é possibilitado ou facilitado por motivos que pouco ou nada têm a ver com a produção científica e a aptidão para a docência. Vastas são as redes de relações pessoais e interesses. Enorme e assustadora a sua eficácia em nosso país, a despeito da Constituição exigir concursos para o provimento de cargos de professor nas universidades públicas e determinar que em tais concursos se observe o republicano Princípio da Impessoalidade<sup>19</sup>.

O problema mais sério, porém, não está no processo de formação do "jurista ungido". Está, sim, na postura acrítica face a seus ensinamentos.

Adestrado desde o primeiro dia de aula para admirar os "grandes juristas" e acatar as suas opiniões, o estudioso do direito nem sempre hesita em renunciar à sua autonomia intelectual. Com isso, porém, vende sua alma livre- e por muito pouco...

Aliás, quem tudo compra, sem pensar, no mercado dos grandes juristas pode acabar levando para casa mercadorias indesejáveis. O notável saber de Guerreiro não o impedia de defender a exclusão dos mulatos de todos os ofícios<sup>20</sup>. A crença na feitiçaria atormentava Bodin e Carpozov<sup>21</sup>. As idéias de Savigny contribuíram para atrasar a codificação<sup>22</sup>; as de Ruy Barbosa, para atrapalhar campanhas de vacinação em meio às maiores epidemias<sup>23</sup>. O pensamento de Miguel Reale marchou por um tempo na cadência dos tambores dos *camisas-verdes*<sup>24</sup>; Heck, Alfredo Rocco, Olivecrona e mesmo Constantino Mortati puseram sua ciência a serviço de regimes totalitários<sup>25</sup>. Carl Schmitt, ainda hoje tão admirado, usou o anti-semitismo como meio de autopromoção<sup>26</sup> e chegou a justificar, em seus escritos, um massacre hitlerista perpetrado no melhor estilo de Al Capone<sup>27</sup>.

O jovem pesquisador deve, pois, desconfiar também dos grandes juristas. Mas não só isso. Deve também perceber que eles são bem menos numerosos do que parecem.

Quem acompanha o debate doutrinário atual pode ter a ilusão de estar diante de uma "multidão de gigantes" se digladiando. A proximidade, contudo, é o que aumenta enganosamente o tamanho dos contendores. Passados os anos, mudadas as modas e gostos, alguns "gigantes" encolherão. Outros serão esquecidos<sup>28</sup>. Poucos, eventualmente só os mais criativos e inovadores, continuarão a servir de referência - mas cada vez menos para a dogmática e cada vez mais para a história do direito<sup>29</sup>.

Em um meio social em que o conflito aberto é visto como intrinsecamente negativo e o impacto da dominação e do poder hierárquico tende não raro a se ocultar e diluir no caldo adocicado da cordialidade, o respeito às opiniões das "autoridades" e o desejo de conciliá-las podem facilmente imperar. Essa postura "velha", pré-iluminista, pode então se perpetuar, convertendo idéias novas em dogmas novos e autores novos em autoridades novas. O desejo de conciliação tende a gerar, dentro desse quadro, novos "ecletismos", indicativos dos limites da modernização possível.

Sobretudo na área jurídica, o pesquisador iniciante deve se precaver contra esta velha postura. Deve renunciar à vã busca de "harmonias ocultas", de "sínteses apaziguadoras" entre opiniões e formas de pensamento conflitantes<sup>30</sup>. Tais "sínteses", a rigor, pouco ou nada acrescentam de relevante e duradouro à ciência<sup>31</sup>.

Fundamental, sobretudo, é que o pesquisador na área jurídica abandone todo temor reverencial face à "autoridade". Que se desvençilhe, mesmo, da própria idéia de "autoridade".

É importante frisar, aliás, que o método científico moderno se construiu e se firmou, historicamente, em permanente contraposição ao culto da autoridade. Não por acaso um de seus mais célebres divulgadores do século XVIII - Voltaire, difusor de Newton - ridicularizava o apego da Escolástica à autoridade e investia com sarcasmo demolidor contra os bastiões desta última: a Igreja Católica e as universidades ibéricas. Antecessora das faculdades brasileiras, Coimbra não escaparia às gozações de Voltaire, que a descreveria como um centro de dogmatismo tosco e obscurantista, refratário ao pensamento científico moderno:

"Depois do tremor de terra que destruiu três quartas partes de Lisboa, os sábios do país não encontraram meio mais eficaz para prevenir uma ruína total do que oferecer ao povo um belo auto-de-fé; foi decidido pela Universidade de Coimbra que o espetáculo de algumas pessoas queimadas a fogo lento, em grande cerimonial, era um infalível segredo para impedir que a terra se pusesse a tremer".<sup>32</sup>

### 3.4 As armadilhas do texto

Mesmo depois de superados todos os problemas aqui descritos, o pesquisador iniciante ainda terá de ficar alerta às armadilhas presentes no próprio texto das obras doutrinárias.

A primeira dessas armadilhas consiste na enganosa aparência de "neutralidade" que a obra doutrinária pode oferecer. Apresentando-se como veículo de um saber técnico sofisticado, necessário para a operacionalização de um complexo sistema de normas positivas, tal obra pode dar ao pesquisador a ilusão de existirem no mundo jurídico soluções definitivas, perfeitas, objetivas e neutras. Com isso, pode fazê-lo esquecer de perguntas com que deveria permanentemente se ocupar: "Quais são os interesses em jogo?" "Como se expressam em um problema concreto?" "Quais soluções favorecem quais interesses?"

É importante notar que os posicionamentos doutrinários correspondem à defesa intencional ou não de interesses de classes, grupos e setores sociais. Ciência do poder e "gramática da vida econômica", o direito não é um saber neutro. Atuando conscientemente como advogado de interesses ou procurando agir com isenção científica absoluta, propondo soluções, negando a juridicidade de problemas ou silenciando sobre conflitos, o jurista sempre estará oferecendo posicionamentos com implicações na partilha social do poder, da riqueza e da liberdade<sup>33</sup>. Quem cai no conto da "neutralidade" e fecha os olhos a tais implicações pode acabar involuntariamente atuando como marionete.

Uma segunda armadilha consiste na visão da obra doutrinária como veículo de uma técnica de valor atemporal, como um repositório de soluções perenes<sup>34</sup>, cuja análise poderia ser feita considerando-se totalmente irrelevantes as condições de aparecimento do texto. Não se trata aqui apenas de lembrar a conexão de tal obra à conformação momentânea do ordenamento jurídico, à época em que ela foi escrita. Trata-se também de perceber os condicionamentos a que estão submetidos praticamente todos os autores na área jurídica. Além de estarem amarrados a tradições discursivas que impõem convenções, formas de expressão e limites entre o "jurídico" e o "não-jurídico", tais autores vêem-se forçados a adaptar suas estratégias argumentativas ao público visado, o que também pode afetar, em certo grau, o próprio caráter das soluções propostas.

A opção por um gênero literário específico (manual, parecer, tese, projeto de reforma legislativa) também condiciona a forma de pensamento e pode influir, em certa medida, sobre os resultados obtidos. Esta opção tende a favorecer o uso de um modo de pensar em detrimento de outro, levando o autor a enfatizar mais o "sistema" ou o "problema", a ser mais crítico ou mais contido, mais criativo ou mais reverente diante de valores e modelos tradicionais.

A percepção do caráter contingente da produção doutrinária é tanto mais necessária em países como o nosso. Crises e intensas transformações econômicas têm tornado a cada dia mais obsoletas as concepções tradicionais sobre os institutos de direito privado, ao mesmo tempo em que põem em xeque as doutrinas ortodoxas sobre o papel do Estado, o Federalismo e a Separação de Poderes. A instabilidade política tem influenciado profundamente na teoria constitucional, gerando inclusive orientações paradoxais, que talvez tendam a desaparecer com o tempo: um "rigidismo ativista" e um "conservadorismo permanentemente adaptável"<sup>35</sup>. Nos grandes centros urbanos, a acentuada mudança do papel da mulher na vida econômica e na esfera familiar tem feito com que boa parte da produção doutrinária se transforme, em pouco tempo, em sarcófago de idéias mumificadas<sup>36</sup>.

Com um tempo tão instável e águas tão revoltas, quem se inicia no estudo da produção dogmática deve evitar atar-se muito aos navios que se deslocam. Deve, sim, procurar compreender a sua estrutura interna, descobrir sua origem e rota, identificar suas cargas declaradas ou ocultas- e depois deixá-los logo, antes que afundem. De posse desses conhecimentos, deve montar seu próprio bote, nele vivendo enquanto puder a aventura de enfrentar o Mar Oceano.

### 3.5 Terrenos perigosos

Por fim, cumpre tecer aqui algumas observações sobre dois tipos totalmente distintos de obra doutrinária, que demandam alguns cuidados suplementares em sua leitura.

Primeiramente, enfoquemos o vasto manancial dos "comentários à legislação". A rasa profundidade deste em muitos pontos deve ser percebida pelo pesquisador iniciante, que tem de tomar o cuidado de não atribuir aos comentaristas as soluções e definições legais que eles simplesmente transcreveram ou apresentaram com outras palavras. Quem produz uma "literatura caça-níquel", se limitando a converter em "é vedado" o "é proibido" que encontra nas leis, seguramente não merece ser citado.

Os "comentários à legislação" se tornam mais interessantes, em contrapartida, quando propõem distinções, limitações, extensões e analogias capazes de alterar o âmbito e a forma de aplicação das normas. Quando as vinculam a planos mais amplos (o ordenamento, a "realidade social", a história do direito, a política legislativa, o direito comparado). Quando confrontam as normas com situações vivenciadas na prática, identificando inclusive problemas de ineficácia, de insuficiência, de desligamento da realidade.

De qualquer forma, o gênero tende a acentuar tendências viciosas do jurista contemporâneo. Convida-o a delegar preguiçosa e imprudentemente a terceiros a sua tarefa de levantar e reunir toda a legislação sobre o assunto pesquisado- legislação que, lembremos, se altera e se avoluma constantemente em razão da "inflação legislativa" típica do Estado Contemporâneo<sup>37</sup>. Os "comentários" também tendem, por sua estrutura própria, a reforçar nossa inclinação para a redução do direito à lei e para o endeusamento desta última, já estimulado por nossa formação juspositivista<sup>38</sup>.

Em um outro extremo do leque da produção doutrinária, os grandes tratados sobre institutos jurídicos tendem a descolar-se mais do texto legal e a oferecer ao pesquisador um material de trabalho muito mais rico. Os institutos surgem aqui engrandecidos por sua supostamente longa história- por vezes contada desde Hamurábi ou da venerada Roma Antiga- e legitimados por seu caráter aparentemente "natural"<sup>39</sup>. Vinculados à "natureza humana", à "natureza das coisas" ou a uma "necessidade inerente a toda vida social", apresen-

tam-se como entes cuja existência deveria ser sempre *reconhecida* pelo Legislador.

O pesquisador iniciante deve estar aqui alerta a vários perigos. Deve usar a dúvida sistemática como escudo contra a ingenuidade. Deve questionar-se sobre a possibilidade da existência dessas imutáveis criaturas ideais. Deve, depois, perguntar-se a quem serve a crença em tal existência. E deve sobretudo aprender a ouvir, sob a monocórdia e retumbante marcha que anuncia os institutos carregados em triunfo, a polifonia abafada e mais veraz da contingência histórica.

É nesse ponto que se revela o papel fundamental da História do Direito para todo o pensamento jurídico<sup>40</sup>. Mostrando que o direito se compõe de "instrumentos contingentes de defesa de interesses contingentes"<sup>41</sup>, ela dissipa as brumas da mistificação, relativiza as certezas do jurista e lhe permite questionar os lugares-comuns da dogmática<sup>42</sup>.

A História do Direito também demonstra que muitos conceitos centrais do pensamento jurídico atual- "sistema", "lei", "código", "propriedade", "família", "constituição"- sofreram profundas mudanças ao longo do tempo, designando objetos total ou parcialmente distintos e desempenhando funções diferentes em meios sociais, culturais e políticos diferentes<sup>43</sup>. Como lembram, por exemplo, Hespanha<sup>44</sup> e Lima Lopes<sup>45</sup>, a "propriedade" na economia contemporânea é inconfundível com a "propriedade" do direito romano clássico e difere substancialmente da "propriedade" medieval. Essa historicidade e mutabilidade dos conceitos jurídicos se revela até mesmo no exame de termos que têm sido muitas vezes considerados descritivos de "funções estatais permanentes"- como é o caso, por exemplo, de "polícia"<sup>46</sup>.

A História do Direito ensina, assim, ao pesquisador na área jurídica que a atual conformação dos institutos não é eterna. Que não se legitima pela "natureza das coisas". Que corresponde a conceitos mutáveis.

Mostrando a fluidez do que parece eterno, convida o pesquisador iniciante a ler e pensar com mais liberdade<sup>47</sup>. Em troca, só lhe pede uma coisa: que se conscientize de que ele próprio, o pesquisador, não está fora do caudaloso rio da história.

## NOTAS

1 - Para uma análise do tema de uma perspectiva histórica cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. Perspectiva, S. Paulo, p.116, 119-20, 1982. Sobre outros problemas que afetam o ensino jurídico, também resultantes do fato deste não constituir a atividade principal dos docentes, cf. BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.348.

2 Para um levantamento das causas do problema e de seus reflexos na história de nossas faculdades de direito cf. VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.56, 97, 116 ss, 119-20, 168 (N.14), 228, etc. e ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p.94, 121-32.

A dedicação integral dos "Professoren" e o estreito vínculo entre ensino e pesquisa são características do modelo universitário alemão, moldado por W. Humboldt e implantado já no início do século XIX, quando da fundação da Universidade de Berlim. Ao êxito de tal modelo se deve, em parte, o prestígio granjeado pela ciência alemã como um todo e pela ciência jurídica alemã em particular (cf. WEHLER, Hans-Ulrich. *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*. Munique, C.H. Beck, v.1, 1989, 480, 483, etc. Para as origens mais remotas do modelo, cf. WEHLER, H.-U.- Op. cit., p.295, 299-300, etc.).

Nos Estados Unidos, a maior vinculação dos professores à atividade acadêmica e a mudança do método de ensino (Langdell) desempenharam um papel análogo na ascensão de Harvard e outras universidades como pólos relevantes do pensamento jurídico mundial. (Sobre a evolução do professorado americano e seus resultados cf. GILMORE, Grant. *As eras do direito americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.70-1; LAPIANA, William. *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*. N. Iorque/Oxford: Oxford University Press, 1994, p.7, 15-6, 93 ss e 148 ss; GARNER, David. "The continuing vitality of the 'case method' in the twenty-first century". *Brigham Young University Education and Law Journal* 2000 (307), p.317 e- já apondo alguns "efeitos colaterais" desse processo- FRIEDMAN, Lawrence. *A History of American Law*. 2.ed. New York: 1985, p.321, 609, 615 e 617-8 e HARNO, Albert James. *Legal Education in the United States*/ 2.ed. Westport, Greenwood Press, p.51-2, 100, 187, 1980.

3 - Sobre o fenômeno da saturação na comunicação, cf. as ponderações de Norbert Wiener e Umberto Eco em PIGNATARI, Décio- *Informação, linguagem, comunicação*. 16a.ed., S. Paulo, Cultrix, s.d., p.11 e ECO, Umberto- *Apocalípticos e integrados*. S. Paulo, Perspectiva, 1987, p.383-4. As análises feitas por Wiener e Eco também se aplicariam bem ao fenômeno da "internet".

4 - A idéia de que as monografias devam *descrever exaustivamente* seu objeto e o

difundido gosto por temas amplíssimos pouco contribuem para o aperfeiçoamento da literatura jurídica nacional. Onde se multiplicam títulos como "Direito e Justiça", "Direito e Democracia" e "Direito e Sociedade" decerto estão faltando orientadores decentes.

5 - Sobre o livro em tela- intitulado "Curso Completo de Processo Penal"- cf. SABADELL, Ana L.- "Reflexões sobre a metodologia na história do direito". *Cadernos de Direito*, v.2, n.4, p.27, n.5, 2003.

6 - cf. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de- *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas, Bookseller, 2000, t.1, v.1, p.336.

7 - GUICCIARDINI, Francesco- *Reflexões (Ricordi)*. São Paulo: Hucitec/Instituto Cultural Italo-Brasileiro, 1995, p.143.

8 - Sobre tal grupo social, há todo um capítulo em FREYRE, G.- *Sobrados e mucambos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.

9 von BINZER, Ina - *Os meus romanos: Alegrias e tristezas de uma educadora alemã no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. p.95.

Fazendo diagnóstico semelhante, assim descrevia Paulo Prado o discurso vazio e empolado dos bacharéis de seu tempo: "Em tudo domina o gosto do palavreado, das belas frases cantantes, dos discursos derramados" (*apud* VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.290-1).

10 - A função social dessa germanofilia cultural fica escancarada em Tobias Barreto (1839-1889). O jurista sergipano costumava proclamar de forma nua e crua sua superioridade sobre os adversários acadêmicos, apresentando-se como conhecedor de autores alemães ainda estranhos para aqueles. Tobias chegou mesmo a criar em Pernambuco um jornal em alemão, para promover debates políticos e filosóficos em um país onde poucos liam a própria língua materna.

Para uma descrição da origem do "germanismo" no Brasil, cf. BARRETO, Tobias- *Estudos alemães*. Rio de Janeiro, Record/Gov. de Sergipe, 1991, p.227; BEVILAQUA, Clóvis- *História da Faculdade de Direito do Recife*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, v.2, p.100-1 e 104 ss. e MARTINS, Wilson. *História da inteligência brasileira*. São Paulo, Cultrix/EDUSP, v.3, p.440, 456 ss. E 496-7, 1977. Sobre a função social do "germanismo", cf. FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Record, 1990. p.643. Para um exemplo de seu uso nos embates acadêmicos cf. BARRETO, Tobias. "Selfgovernment". In: \_\_\_\_\_. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record/Gov. de Sergipe, 1991, v.1, p.163-244, p.180, 199-200, 215, 222 e 230-1.

11 - cf. MACHADO, Manoel C.- "A filosofia jurídica de Tobias Barreto". In: BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record/Gov. de Sergipe, v.3, p.443-453, 1991. VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.95 e ALONSO, Ângela. *Idéias em movimento*. São Paulo, Paz e Terra, 2002, p.134.

É preciso lembrar, todavia, que o mesmo Tobias Barreto que tanto importava idéias alemãs já criticava também, de forma contundente, o transplantar de modelos franceses e ingleses pouco adaptados à nossa realidade (cf. BARRETO, Tobias- "A questão do poder moderador". In: \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001, p.187-250, p.192, 196 e 236. Sobre o tema cf. também LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.320).

Isso também mostra a riqueza e complexidade do pensamento de Tobias, cujas

contradições reais ou aparentes devem ser analisadas considerando-se o contexto cultural da época e sua posterior repercussão no debate jurídico nacional (cf. REALE, Miguel, Tobias Barreto na cultura brasileira. In: BARRETO, T. *Estudos...*, v.1, p.37-42, p.41-2. Nesse sentido também as ponderações de A. Paim e Mercadante reproduzidas em VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.104-5).

12 - cf. FREYRE, G. - Op. cit., p.643. Sobre o tema, cf. também MACHADO, M. C. - Op. cit., p.443.

Para um exemplo extremo do uso da ciência e do "germanismo" como meios de auto-afirmação, cf. BARRETO, Tobias. Mais uma pitada nas ventas da panelha judiciária. In: \_\_\_\_\_, *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record/Gov. de Sergipe, v.3., p.393-4, 1991.

13 - Nada impede, contudo, uma utilização bem mais sensata e proveitosa do instrumental fornecido por estes autores (cf., e.g., NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992).

14 É importante lembrar que o autor do projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua (1859-1944), também se inseria na tradição recifense de estudo da filosofia e da civilística alemãs.

15 - ORTEGA Y GASSET, José. En la muerte de Unamuno. *Ensayos sobre la 'Generación del 98'* Madrid: Alianza, p.56-59.

16 - Tentativas mais radicais de modernização foram feitas principalmente na Reforma Pombalina (1772) e na Reforma Francisco Campos (1931). Sobre esta última e sua revisão já na década de 30, cf. VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.304 ss e BASTOS, A.W.- Op. cit., p.194-219. Dados sobre a primeira podem ser encontrados, por exemplo, na "História da Universidade de Coimbra" de Teophilo Braga e nos numerosos artigos de M. P. Merêa no "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", assim como em HESPAÑHA, António M. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978; MAXWELL, Kenneth. *Pombal, Paradox of the Enlightenment*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995; RODRIGUES, Manuel Augusto. *Memoria professorum Universitatis Conimbricensis*. Coimbra: Arquivo da Universidade, 1992 e SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre - Ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts*. Frankfurt/M: V. Klostermann, 2003.

17 - cf. SABADELL, Ana L. - Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito*, v.2, n.4, p.28-9, 2003. Para uma comprovação do descabimento das frases selecionadas por Sabadell, relativas ao caráter supostamente despótico e implacável da ordem penal pré-iluminista, cf. HESPAÑHA, António M. De 'iustitia' a 'disciplina'. In: \_\_\_\_\_, *La Gracia del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.228-9, 237.

18 - Parafraseamos aqui a crítica do pensador espanhol Giner de los Ríos à "auto-alimentação" estimulada pelo isolamento cultural (cf. JESCHKE, Hans- *La Generación de 1898*. Madrid, E. Nacional, 1954, p.29).

19 - Sobre a violação deste princípio no recrutamento do corpo docente das faculdades de direito cf. VENÂNCIO FILHO, A.- Op. cit., p.55, 210, 219 e 244; ADORNO, S.- Op. cit., p.148-9 e ALONSO, A.- Op. cit., p.137-8.

20 - cf. ABOYM, Diogo Guerreiro Carnacho de. *Escola moral, política, cristã*

e jurídica dividida em quatro palestras. 3.ed. Lisboa, 1759. p.211 e 214. Sobre este influente juriconsulto português do Antigo Regime, cf. SEELAENDER, A.L.C.- *Polizei...*, p.84 e as obras ali citadas.

21 - Sobre Carpzov e Bodin, cf. por exemplo SCHMIDT, Eberhard- *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3.ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995. p.153-7, 163-4, 117-8, etc.; RÜPING, H. *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. 2.ed., Munique: C.H. Beck, 1991. p.43; SPECK, U. Jean Bodin e OTTO, J. Carpzov, Benedikt. In: STOLLEIS, M. (org.)- *Juristen- ein biographisches Lexikon*. Munique: Beck, 1995. p.90-2 e 115-6. Para a análise de seu tratamento da feitiçaria e dos mitos a ele vinculados, cf., entre outros, KLEINHEYER, Gerd. *Bededikt Carpzov*. In: \_\_\_\_\_, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*. 3.ed. Heidelberg: Müller, 1989. p.53-57; SCHMIDT, E.- Op. cit., p.156-7, 163 e 210 e MANDROU, Robert. *Magistrados e feitiçeiros na França do século XVII*. São Paulo, Perspectiva, p.105 e 109 ss, 1979.

Relata-se que a obsessão de Bodin com as bruxas teria até feito Voltaire apelidá-lo de "procurador geral de Belzebu" (cf. SCHORMANN, Gerhard. *Hexenprozesse in Deutschland*. 2.ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1986. p.35).

22 - Segundo Wieacker, a crítica de Savigny à codificação não só teria criado obstáculos a esta última, como ainda contribuído "para atrasar por cerca de meio século a integração política e estadual alemã" (cf. WIEACKER, Franz- *História do direito privado moderno*. Lisboa, Gulbenkian, 1980. p.452).

Para uma análise mais ampla do pensamento de Savigny e de seu impacto nesse campo, cf. WIEACKER, F.- Op. cit., p.403, 407-428, 435-454, etc. e WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. Munique: Beck, 1997, p.434-5. Para uma apresentação sucinta da enorme influência de Savigny no desenvolvimento da ciência jurídica cf. RÜCKERT, J. Friedrich Carl von Savigny. In: STOLLEIS, M. *Juristen...*, p.540-545. Sobre a vasta bibliografia acerca de Savigny, cf. SCHRÖDER, Jan- "Friedrich Carl von Savigny". in: KLEINHEYER, G. (org.)- Op. cit., p.239-246.

23 - Em material didático recentemente entregue à FGV-EDES, propusemos um reexame da conduta de Ruy Barbosa à época da Revolta da Vacina, bem como da sua posterior mudança de posição no que tange à atuação estatal coordenada por Oswaldo Cruz. Da resistência à "ditadura sanitária" até a aceitação da existência de campos abertos à intervenção governamental, o percurso de Ruy indica tanto os limites da ortodoxia liberal quanto o impulso dado ao intervencionismo, em nosso país, pelos problemas concretos gerados pela urbanização.

Sobre as campanhas de Oswaldo Cruz e seu impacto na delimitação das esferas pública e privada, cf. CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. 2.ed., São Paulo: Cia. das Letras, 1987; SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina*. São Paulo: Scipione, 2001; PAMPLONA, Marco A. *Revoltas, república e cidadania*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2003 e LOPES, J. R. de L. - Op. cit., p.379.

24 - O jurista teve intensa participação no movimento integralista, havendo inclusive atuado como ideólogo do partido. Após o frustrado golpe de 1938, fugindo à repressão getulista, Reale egeria a Itália de Mussolini como seu local de exílio (cf. REALE, Miguel. *Memórias*, São Paulo, Saraiva, v.1, p.69, ss., p.135-140, 1987).

Como temos ressaltado nos últimos anos, seria fundamental uma rediscussão, em nossas faculdades de direito, do pensamento jurídico produzido no Brasil na

Era Vargas e durante o regime militar. Muito mais do que julgar condutas pessoais, importa aqui identificar quais modelos e idéias dentre os ainda hoje repassados aos estudantes se mostraram adaptáveis à defesa de ditaduras e das violações de direitos humanos - e quais destes modelos e idéias surgiram justamente com esta finalidade, sob o signo do autoritarismo.

25 - cf. FALK, U. Heck, Philipp; CALVINO, P. Mortati, Constantino; MODÉER, K.A. Olivecrona, Karl e MOTTE, O. Rocco, Alfredo. In: STOLLEIS, M.-*Juristen...*, p.275, 442, 464 e p.520-1. Para uma análise mais complexa do pensamento de Mortati no período fascista, cf. STAFF, Ilse. *Teorie costituzionalistiche del fascismo*. In: MAZZACANE, Aldo (org.). *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002. p.83-125.

26 - Após a ascensão do nazismo, Schmitt passou a atacar uma suposta "judaização do direito", tendo inclusive organizando em 1936 um congresso "científico" (!) sobre o assunto (cf. RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt im Dritten Reich*. 2.ed., Munique: Beck, 1990. p.96; RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht*. Munique, Dtv, 1994. p.134-140; QUARITSCH, Helmut. *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*. 3.ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1995. 84-5,106-8, BLASIUS, Dirk. *Carl Schmitt*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001. p.154-5, 162-3, 167 ss.)

27 - cf. SCHMITT, Carl. Der Führer schützt das Recht. In:..... *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf- Versailles*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p.227-232. Em três dias de junho de 1934 foram assassinadas cerca de 85 pessoas, muitas das quais pertencentes à cúpula da SA- grupo paramilitar nazista que começava a se tornar incômodo à direção do partido e às Forças Armadas. Também foram mortos, na ocasião, alguns líderes conservadores tidos pelo Governo Hitler como "não-confiáveis".

Schmitt não desperdiçou a oportunidade: rapidamente publicou um artigo defendendo a matança como expressão legítima de um poder ditatorial de criar o direito e de protegê-lo. Nessa obra- intitulada "O Führer protege o direito"- o jurista alemão também sustentou que Hitler, como supremo magistrado, devia ser o único juiz de seus próprios atos (cf. SCHMITT, C.- Op. cit., p.228-232).

Sobre estes posicionamentos de Schmitt e suas circunstâncias cf. MÜLLER, Ingo- *Furchtbare Juristen*. Munique: 1989, p.51-2; RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt...*, p.76-80; RÜTHERS, B. *Entartetes Recht*, p.120-4; QUARITSCH, H.- Op. cit., p.84, 88 ss. e 106-7; BLASIUS, D. Op.cit., p.119 e 142 ss.; e STOLLEIS, M.- *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Munique: C.H. Beck, 2002, v.3., p.318-9.

28 - Conta-se que um professor de Direito Constitucional se teria surpreendido ao verificar, em um curso de pós-graduação na USP, que nenhum de seus alunos conhecia seu antecessor na cátedra, o outrora influente e admirado jurista Cândido Mota Filho. Fato ou anedota, pouco importa: o poder de convencimento de algumas anedotas também é, em si mesmo, um fato revelador...

Para se ter uma noção da relevância de Mota Filho em seu tempo, cf. RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, v.4, p.458-467. Para menos elogios e mais informações sobre a carreira e os posicionamentos políticos de Mota Filho, cf. DULLES, John

W. F. *A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas*. Rio de Janeiro/ S. Paulo: Nova Fronteira/EDUSP, 1984, p.170, 318-320, ; bem como MAYER, Jorge Miguel. Mota Filho, Cândido. In: ABREU, A. de/BELOCH, I./ LATTMAN-WELTMAN, R./LAMARÃO, S. de N. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV/CPDOC, 2001, p.3938-3340.

29 - Esta talvez se equivoque ao se dedicar preferencialmente aos autores mais destacados e de obra mais sólida. Nem sempre estes, afinal, são os mais influentes, nem os mais representativos do pensamento dominante, nem os mais próximos da prática forense.

Para a identificação e crítica desta preferência- visível em Meinecke e na "história das idéias" em geral- cf. STOLLEIS, Michael- Friedrich Meinecke's 'Die Idee der Staatsräson' und die neuere Forschung. In:..... - *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*. 1.ed., Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1990, p.134-164. Sobre a potencial relevância da "baixa cultura jurídica" e da doutrina mais medíocre como fontes para o historiador do direito cf. também HESPANHA, A.M. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. In:..... (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Gulbenkian, p.7-89, e LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo, Max Limonad, 2000, p.24. Para um diagnóstico semelhante no que tange à história do pensamento político cf. ARAÚJO, Cícero. Um giro lingüístico na história das idéias políticas. In: POCOCK, J.G.A.- *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003.p.9-31.

30 - Esta busca de "harmonias ocultas" parece hoje superada até em uma das esferas de que historicamente se originou- a do estudo do "Corpus Juris Canonici" (cf. WEBER, Hermann. Die Exegese aus der kirchlichen Rechtsgeschichte. In: SCHLOSSER, H., STURM, F. e WEBER, H. *Die rechtsgeschichtliche Exegese*. Munique: C.H. Beck, p.111-155.

31 - É mesmo de se perguntar: essa busca de meios-termos "ecléticos" não estará refletindo uma falta de coerência e de rigor científico, um apego à indefinição típica de um meio intelectual gelatinoso?

32 - VOLTAIRE, François Marie Arouet de. Cândido ou o otimismo. *Contos*. S.Paulo: Abril, 1983, p.164.

A anedota de Voltaire reflete, é claro, exageros e distorções próprias de quem opta pela descrição caricatural. Quem quer conhecer a Coimbra do século XVIII não pode, naturalmente, limitar-se à leitura de textos satíricos de escritores iluministas, como o "Cândido" ou "O Reino da Estupidez" de Melo Franco.

33 - Sobre o tema cf. também HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2ed., Lisboa: Europa-América, 1998. p.21.

34 - Quanto ao caráter ilusório das "soluções perenes" em geral, já alertava, aliás, Dilthey que "a história do mundo (...) revela cada sistema teórico como relativo, passageiro, transitório, apesar de sua vã pretensão à validade objetiva. A história é um imenso campo de ruínas, de tradições religiosas, de afirmações metafísicas, de sistemas teóricos, de obras científicas, e cada um desses sistemas exclui o outro, nenhum consegue se provar definitivamente" (*apud* LÖWY, Michael. *Ideologia e ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p.74).

35 - É de se perguntar se o movimento mais recente de processualização do direito constitucional não poderia ser aqui descrito como uma "terceira via", de

vinculações políticas menos evidentes. Embalado como "saber técnico e neutro", tal movimento tem tido enorme êxito em nosso país, em parte porque promete uma ilusória despolitização do direito constitucional. Não deixa de ser curioso que se isso se dê justamente em uma época em que se acentua o fenômeno da juridicização dos conflitos políticos, inclusive com a conversão de lutas partidárias em questões judiciais.

36 - Em nítido descompasso com a realidade social atual, reedições de obras anteriores aos Anos 70 continuam trazendo ataques ao divórcio- visto como "contrário à ordem natural"- e à "condescendência em relação ao concubinato". Talvez pressupondo que a atividade sexual da mulher solteira seria conduta anômala e desviante, ainda descrevem a perda da virgindade como "mancha" que "torna a vida passada" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31.ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p.16, 91 e 216).

A revisão e a parcial "modernização" de um dos mais importantes manuais de direito civil- o de Washington de Barros Monteiro- não puseram fim à sua pregação contra a *desagregação da família*, supostamente trazida pelo divórcio e pela aceitação de uniões estáveis não-formalizadas. Ao se lamentar de que "nem todas as mulheres" tenham "a virtude de Lucrecia", o civilista deixa também transparecer sua concepção rígida e antiquada do papel da mulher, evidenciando mais uma vez sua dificuldade em conviver com a liberação feminina e com as suas implicações éticas e sociais (v. MONTEIRO, W. de B.- Op. cit., p.203. Cf. também *Idem, ibidem*, p.16, 91, 195 e 216).

37 - Sobre o gênero, cf. também STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Munique: C.H. Beck, 2002, 3.v., p.206.

38 - Que o gênero não tende a favorecer o distanciamento crítico face à legislação, é evidente. "Comentários" foram escritos até sobre as Leis de Nurembergue- lembramos aqui, e.g., os *Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung* de Wilhelm Stuckart e Hans Globke (1936).

39 - cf., entre outros, HESPANHA, A.M. *Panorama...*, p.18-9 e SABADELL, A. L.- Op. cit., p.27-8 e 30ss.

40 - Referimo-nos aqui, é claro, à História do Direito digna desse nome. Aquela que pensa o direito historicamente e que questiona a dogmática. Não àquela que foge preguiçosamente dessa sua tarefa, prestando vassalagem à dogmática e bajulando esta última, glorificando o direito vigente através do forjar incessante de cartas de nobreza e atestados de *pedigree*.

Para uma crítica ao "rebaixamento da História do Direito à condição de criada da Dogmática" (Wieacker) cf. SCHLOSSER, Hans. *Die deutschrechtliche Exegese*. In: SCHLOSSER, H. *et. al.*- Op. cit., p.75-109. Sobre a necessidade de crítica e superação da "história do direito legitimadora", cf. HESPANHA, A.M.- *Panorama...*, p.16-22; LOPES, J.R. de L.- Op. cit., p.27 e SABADELL, A.L.- Op. cit., p.26ss.

41 - GROSSI, Paolo- *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: F. Boiteux, 2004. p.13.

42 - cf. GROSSI, P.- Op. cit., p.11.

43 - Para uma síntese da discussão, cf. KOSELLECK, Reinhart. *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*. *Archiv für Begriffsgeschichte* 11 1967, p.81-99 e HESPANHA, A.M. *Panorama...*, p.18-9. Para sua inserção, por

exemplo, no contexto da história do direito penal e do direito de família, cf. HESPANHA, A. M. De 'iustitia'..., p.205; LOPES, J. R. de L. Op. cit., p.20-1 e HESPANHA, A. M. *Panorama...*, p.19, n.1.

Quanto à evolução de cada um dos conceitos acima indicados, é vasta a bibliografia. Referência obrigatória segue sendo, contudo, o conjunto dos textos publicados na obra coletiva *Geschichtliche Grundbegriffe*, organizada por Brunner, Conze e Koselleck.

Um caminho alternativo para o estudo da historicidade do discurso jurídico sobre o poder e a sociedade é oferecido por John Pocock (cf. POCOOCK, J. G. A. *Politics, Language and Time*. Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1989 e POCOOCK, J. G. A.- *Linguagens do ideário político*. São Paulo, Edusp, 2003).

44 - HESPANHA, A.M.- *Panorama...*, p.19, n.1.

45 - LOPES, J. R. de L.- Op.cit., p.21 e 401 e ss.

46 cf. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A polícia e o rei-legislador. In: BITTAR, E. (org.)- *História do direito brasileiro*. São Paulo, Atlas, 2003, p.91-108.

47 - Esse potencial papel emancipatório também é destacado por José Reinaldo de Lima Lopes. Consciente da função crítica da história, assevera que ela "desempenhará", nas faculdades de direito, "o papel da desmistificação do eterno e ajudará a compreender que vivemos no tempo da ação" (LOPES, J. R. de L.- Op. cit., p.27).



## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO EXECUTIVO

**Gilberto Bercovici**

Professor Doutor da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

- 1 Introdução
- 2 A iniciativa legislativa do poder Executivo
- 3 A preponderância da Câmara dos Deputados
- 4 Conclusões

### 1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo analisar brevemente alguns aspectos de uma das formas de participação do Poder Executivo na elaboração da lei: o poder de iniciativa legislativa a ele conferido pelo texto constitucional (artigo 61 da Constituição de 1988). Serão analisadas, basicamente, duas questões: a preponderância dos projetos de iniciativa da Presidência da República como uma das características da crescente atuação legislativa do Poder Executivo e a supremacia da Câmara dos Deputados em relação ao Senado durante a elaboração legislativa em virtude dos projetos de iniciativa do Executivo.

A iniciativa legislativa é o poder de escolher quais matérias ou quais interesses serão regulamentados pela lei, ou seja, é o poder de propor a adoção de uma lei<sup>1</sup>. Desta maneira, enquanto ato de escolha, a iniciativa legislativa é um ato de poder, de declaração de vontade.<sup>2</sup>

Para José Afonso da Silva, a iniciativa é ato fundamental do processo legislativo, pois, sem ela, os órgãos legislativos não podem exercer sua tarefa de legislar. É o ato pelo qual se desencadeia o

processo legislativo<sup>3</sup>. Já para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a iniciativa não é, juridicamente, uma fase do processo legislativo, pois restringe-se, em termos jurídicos, ao ato de depositar o projeto de lei junto aos órgãos competentes<sup>4</sup>. Para ele, a iniciativa legislativa é politicamente importante para o processo legislativo, embora juridicamente não faça parte dele<sup>5</sup>.

O conteúdo material, ou pretensão imediata, do poder de iniciativa legislativa é a pretensão de que o Poder Legislativo se pronuncie sobre o projeto. Já o conteúdo formal, ou pretensão mediata, consiste em o proponente ver uma lei editada com determinado conteúdo em torno da matéria que foi objeto da regulamentação solicitada. Assim, o poder de iniciativa implica em pretensão ao procedimento legislativo. Isto não significa que o órgão destinatário deva limitar-se a um mero exame do projeto, mas cabe a ele proceder ao exame e à deliberação sobre o projeto apresentado. O proponente tem direito a uma deliberação legislativa, seja qual for, sobre seu projeto de lei<sup>6</sup>.

A iniciativa legislativa refere-se à iniciativa da lei, não ao projeto de lei (que é apenas o instrumento formal de atuação do poder de iniciativa). O seu objetivo é a lei, refere-se sempre ao ato final do processo legislativo. Processo este iniciado tendo em vista uma transformação ou renovação da ordem jurídica<sup>7</sup>.

A iniciativa legislativa geral é o poder do seu titular propor a adoção de direito novo sobre qualquer matéria, exceto as reservadas por determinação constitucional<sup>8</sup>. A iniciativa reservada, ou exclusiva, compete a apenas um só dos titulares do poder de iniciativa, excluindo-se qualquer outro. A decisão de propor a adoção de direito novo em matérias de seu interesse preponderante constitucionalmente fixadas é resguardada ao seu titular com exclusividade. Cabe apenas ao titular do poder escolher a melhor oportunidade para exercê-lo<sup>9</sup>. Os casos de iniciativa reservada acabaram aumentando como contrapartida à extensão dos titulares do poder de iniciativa legislativa<sup>10</sup>.

## 2. A INICIATIVA LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO

Para os autores clássicos, como Montesquieu, que inspiraram os constituintes americanos de 1787 e franceses de 1789, a lei era a expressão da razão. A elaboração da lei não era a criação de um direito novo, mas a declaração de um direito já existente. Nunca a lei seria um instrumento de governo, mas expressão da vontade geral. Desta maneira, apenas os representantes do povo poderiam ser dotados do poder de iniciativa legislativa, nunca o Executivo<sup>11</sup>.

Nos Estados contemporâneos, o poder de iniciativa legislativa cabe, essencialmente, ao Parlamento e ao Poder Executivo<sup>12</sup>. A concessão de poder de iniciativa legislativa ao Executivo é, para José Afonso da Silva, um princípio universal, com a exceção dos Estados Unidos<sup>13</sup>.

A participação do Presidente da República no processo legislativo norte-americano, formalmente, se dá apenas através da sanção ou do veto<sup>14</sup>. Nos Estados Unidos, o Presidente da República não possui o poder de iniciativa legislativa, devendo apresentar seus projetos por intermédio de um membro de alguma das Câmaras. Como não há poder de iniciativa do Executivo, também o processo legislativo norte-americano não prevê a prioridade (como o brasileiro, no artigo 64, §1º da Constituição de 1988) para projetos de lei oriundos da Presidência da República<sup>15</sup>.

Apesar de não ser dotado de poder de iniciativa legislativa, o Executivo norte-americano tem um papel preponderante na elaboração da lei. A mensagem presidencial demonstra aos congressistas qual o programa legislativo desejado. Além disto, a legislação de maior relevo e importância é originária do Poder Executivo, que orienta os parlamentares na elaboração das leis. A confecção de projetos de lei nas repartições governamentais tornou-se algo comum nos Estados Unidos desde o governo de Franklin Roosevelt<sup>16</sup>.

Da mesma forma que a americana, as Constituições francesas

de 1791, 1793 e 1795 não cediam o poder de iniciativa legislativa ao Executivo. A ruptura deu-se com a Constituição de 1799, redigida por Sieyès (e sob a influência de Napoleão Bonaparte), que previa a iniciativa legislativa do governo<sup>17</sup>, em seu artigo 26: *"Art. 26 - Les projets que le gouvernement propose sont rédigés en articles. En tout état de la discussion de ces projets, le gouvernement peut les retirer; il peut les reproduire modifiés"*.

O poder de iniciativa legislativa faz parte da concretização do programa governamental, que reflete a ideologia das políticas do governo. O poder de iniciativa legislativa conferido ao Executivo irá permear-se da ideologia do governo, que informa o seu programa de políticas públicas. Portanto, a tarefa administrativa do Poder Executivo seria praticamente de impossível realização sem que este pudesse indicar o conteúdo das leis que considera necessárias para a concretização de seu programa governamental<sup>18</sup>.

O poder de iniciativa legislativa é concedido ao Executivo por uma série de razões, decorrentes da sua posição em relação aos problemas concretos da sociedade. Cabe ao Poder Executivo a tarefa de produzir políticas públicas determinadas em favor das necessidades do país. Desta maneira, os seus órgãos são mais bem munidos de informações do que os do Poder Legislativo. O Executivo, então, muitas vezes está melhor preparado para a elaboração de leis atinentes à realidade<sup>19</sup>. Deste modo, a preponderância da iniciativa legislativa governamental é um dos aspectos da supremacia e fortalecimento do Poder Executivo nos Estados contemporâneos. Os projetos oriundos do Executivo são a maioria numérica e têm prioridade no que diz respeito à importância das matérias tratadas<sup>20</sup>.

Formalmente, há paridade entre a iniciativa parlamentar e a iniciativa do Executivo. Na prática, a iniciativa parlamentar revela-se secundária, pois está destinada a satisfazer apenas aos interesses que representa. Já a iniciativa legislativa do Executivo acaba sendo embasada por uma visão mais ampla da realidade<sup>21</sup>. A predominância da iniciativa legislativa do Executivo ainda se dá por vontade da maioria

parlamentar de apoio ao governo<sup>22</sup>. Em regra, essa maioria parlamentar não se preocupa com a sua própria iniciativa legislativa, limitando-se a dar apoio aos projetos de iniciativa do governo a que dá sustentação política<sup>23</sup>.

Em relação à iniciativa legislativa, ainda, cumpre destacarmos que boa parte da doutrina, representada por autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda, Miguel Seabra Fagundes e José Afonso da Silva, tem manifestado o entendimento de que um projeto de lei apresentado por um parlamentar ou através de iniciativa popular no âmbito de matérias cuja iniciativa é exclusiva do Executivo tem o vício inicial suprido através da sanção do Poder Executivo, convalidando o projeto em tese viciado. Destacamos o posicionamento de José Afonso da Silva: *"Pois a regra de reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade exclusiva do titular de iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir, com a sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva. Se não houvesse a possibilidade de recusar validamente a sanção, se esta fosse ato obrigatório, então, sim, importaria em viciar irremediavelmente o ato legislativo. Caso o Executivo não queira a regulamentação pretendida pelo projeto adotado com infração da exclusividade, cabe-lhe o recurso do veto"*<sup>24</sup>. Concordamos com esta posição, entendendo que um projeto de iniciativa popular ou de iniciativa de um membro do Legislativo, mesmo que se incluía nas matérias de iniciativa exclusiva do Executivo, pode ser apreciado e aprovado, pois a sanção sanará o vício inicial do projeto. Caso o Executivo não concorde com o teor do projeto de lei aprovado, resta-lhe o recurso ao veto<sup>25</sup>.

### 3. A PREPONDERÂNCIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Resta, ainda, abordarmos um aspecto pouco percebido decorrente do poder de iniciativa legislativa concedido ao Executivo, que

afeta a nossa estrutura bicameral. O bicameralismo é uma tradição constitucional brasileira. Para José Afonso da Silva, o bicameralismo reflete "um elemento anti-democrático" no Estado brasileiro atual. O bicameralismo passou a ser visto como instituição destinada a refrear os anseios populares, de contenção das iniciativas da Câmara baixa. A dupla discussão defendida pelos adeptos do bicameralismo contribui, na verdade, apenas para a morosidade do processo legislativo, pois não há dupla discussão, mas quatro discussões sobre a mesma matéria (duas em cada Casa legislativa)<sup>26</sup>.

A lei é um ato complexo<sup>27</sup>, pois resulta da fusão da vontade da Câmara com a do Senado, manifestada cada uma destas por um ato continuado, com a do Presidente da República, que deve sancioná-la ou vetá-la. No caso da sanção pode parecer, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a lei é um ato complexo igual, pois a vontade do Legislativo e a do Presidente aparecem, aparentemente, com peso igual. Entretanto, esse ato complexo é desigual, pois a vontade principal é a do Congresso, na qual se integra, pela sanção, a vontade secundária do Presidente. Tanto é secundária que o eventual veto pode ser derrubado por maioria qualificada no Congresso. Quando a lei resulta exclusivamente da vontade do Legislativo (quando este ratifica, por exemplo, um projeto vetado), o ato continua complexo, pois a lei resulta do encontro da vontade da Câmara com a do Senado. Mas este ato complexo também não é igual, pois a Casa revisora está em posição de inferioridade no processo legislativo brasileiro.

As Câmaras no processo legislativo brasileiro não estão em pé de igualdade. A vontade da que primeiro apreciou o projeto prevalece, na medida em que se impõe até contra as emendas feitas pela outra, a revisora. Na prática, repercute uma certa inferiorização do Senado, que é a Câmara revisora em todos os projetos de iniciativa presidencial, hoje a maioria e os mais importantes. Dessa maneira, a lei torna-se um ato complexo desigual, pois há uma integração e não uma fusão de vontades. A Câmara revisora concorda com o projeto, ainda que lhe ponha emendas. A sua concordância geral basta para

aprovar o projeto, mesmo que suas emendas sejam eliminadas (artigo 65 da Constituição de 1988)<sup>28</sup>.

Não há, em princípio, no bicameralismo brasileiro predominância de uma Câmara sobre a outra. No entanto, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia no tocante à iniciativa legislativa. No sistema bicameral prevalece o princípio da adoção do projeto de lei nas duas Casas para poder ser aprovado. Dessa maneira, o projeto adotado na Câmara iniciadora, será enviado à Câmara revisora e depois voltará para a apreciação final na Câmara iniciadora. No Brasil, a Câmara dos Deputados é a Casa receptora dos projetos enviados pelo Presidente da República, Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores (artigo 64 da Constituição de 1988), portanto, acaba detendo a iniciativa da maior parte dos projetos de lei, hoje originários do Poder Executivo. Assim, a Câmara dos Deputados geralmente é a Câmara iniciadora e o Senado, a revisora (essa situação só se inverte nos casos de projetos cuja iniciativa advém do Senado ou de suas comissões)<sup>29</sup>.

Desta maneira, há uma preponderância da Câmara sobre o Senado no tocante à importância e quantidade da legislação posta em deliberação. Na realidade, essa predominância da Câmara dos Deputados justifica-se pela função das duas casas legislativas. O Senado (originariamente aristocrático no Brasil) representa a Federação. A Câmara dos Deputados representa o povo. Nada mais lógico que a Câmara popular tenha preponderância na discussão dos projetos de lei originários do Poder Executivo, que, como vimos, são os mais numerosos e, no Estado contemporâneo, os de maior importância.

#### 4. CONCLUSÕES

A atual crise do Poder Legislativo faz parte de uma crise maior, da chamada "Crise do Estado". Com o *Welfare State*, deixou de existir a linha divisória entre Estado e sociedade vigente durante o liberalismo. O Estado passou a ter um caráter intervencionista, de

promotor de políticas públicas, e a cidadania política expandiu-se para as grandes massas<sup>30</sup>. O tema da representação política e dos parlamentos deve ser colocado no centro do debate sobre o fundamento do poder normativo estatal: como tomar decisões vinculantes e legítimas em contextos sociais altamente complexos, gerando um Estado com crescente dificuldade em responder às reivindicações da sociedade. Isso ocasiona também a crise das instituições representativas, que não são mais vistas como legítimas portadoras das demandas sociais junto ao Estado, que não tem como corresponder a essas demandas.

As mudanças no papel do Estado também contribuíram para a descrença nos Parlamentos, órgãos representativos por excelência. O Estado, originalmente, monopoliza a produção normativa e o Parlamento detém a exclusividade da representação. Com o advento da democracia de massas, o Poder Executivo, eleito diretamente, acabou por adquirir também uma função representativa, auxiliada pela crescente personalização do poder político<sup>31</sup>, consubstanciando a chamada "democracia delegativa".

Para Guillermo O'Donnell, as democracias recém-instaladas na América Latina, apesar de possuírem todas as características clássicas de uma democracia política, não são democracias representativas, mas democracias delegativas. Essas democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras. Ao mesmo tempo em que não se detecta nenhuma possibilidade de regresso autoritário, tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada. Isso se deve, entre outros fatos, à crise social e econômica que esses regimes democráticos herdaram que os conduzem na direção da democracia delegativa<sup>32</sup>. Dessa maneira não há mais a necessidade das políticas públicas passarem por uma série de poderes ou instâncias autônomos (o que torna a tomada de decisões em uma democracia representativa relativamente lenta), dividindo-se a responsabilidade pela tomada de decisões<sup>33</sup>. Para

Weffort, são democracias cuja construção ocorre em meio às condições políticas de uma transição na qual foi impossível a completa eliminação do passado autoritário. A transição no meio de crise econômica e social acentuou as desigualdades, tomando formas institucionais que enfatizaram mais a delegação do que a representação ou a participação<sup>34</sup>. A democracia delegativa "*é uma espécie particular de democracia representativa, na qual há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo*"<sup>35</sup>. É uma preeminência de lideranças personalizadas sobre relações parlamentares ou partidárias<sup>36</sup>.

A principal característica de uma democracia delegativa é o fato do candidato que ganha uma eleição presidencial ser autorizado a governar o país da maneira que lhe parecer mais conveniente e, se as relações de poder existentes o permitirem, até o final de seu mandato. O presidente encarna a nação, devendo ele decidir o seu destino. O que ele faz no governo não precisa ser o que prometeu na campanha, pois ele pode governar como quiser. Sua sustentação política não pode vir de um partido, pois ele transcende aos partidos, estando acima das disputas mesquinhas de poder entre os políticos<sup>37</sup>.

A democracia delegativa, apesar de extremamente personalista, não é antidemocrática, embora seja menos liberal que a democracia representativa. A democracia delegativa é majoritária: ela advém da formação de uma maioria, em eleições limpas, que autoriza a alguém se tornar por alguns anos o dirigente e intérprete máximo da vontade nacional. Se a maioria não se forja diretamente nas eleições, ela precisa ser criada, através da instituição das eleições em dois turnos. As eleições tornam-se processos de escolha extremamente emocionais, para que o povo sinta quem é o mais capacitado para dirigir o país.

O presidente se isola das instituições políticas e interesses organizados e se torna o único responsável pelo sucesso ou fracasso de suas políticas públicas. Os partidos e o Congresso Nacional

podem, embora não devam sempre, exercer o poder de crítica às políticas implementadas. Os tribunais, sempre baseados em "formalismos", também podem obstar medidas inconstitucionais, mas necessárias para a salvação nacional (aliás, se o problema for a Constituição, basta que se mudem os dispositivos que emperram o desenvolvimento). Os partidos aliados podem recusar apoio à política presidencial por causa das quedas de popularidade, o que isola ainda mais o presidente, reforçando a tendência a ignorar ou evitar as outras instituições<sup>38</sup>.

Na democracia delegativa, o presidente não precisa prestar contas a nenhum outro órgão. Ele pode elaborar e por em prática rapidamente as políticas necessárias, mas às custas de assumir toda a responsabilidade sozinho. Não é por acaso que ocorrem vertiginosas variações na sua popularidade no decorrer do mandato. A onipotência presidencial se consuma através da promulgação, por meio de decretos (ou medidas provisórias), de inúmeras medidas (como os pacotes econômicos<sup>39</sup>) sobre os mais variados problemas que afligem a nação. Esse "decretismo", transformado em procedimento administrativo rotineiro, dá um viés antiinstitucionalizante desses processos e ratifica decisões altamente concentradoras de poder no Executivo. Ao Congresso Nacional e aos partidos políticos resta somente a submissão à vontade presidencial, que é a vontade do povo consagrada nas urnas<sup>40</sup>.

A marginalização dos partidos e do Congresso das decisões mais importantes aprofunda os defeitos imputados a essas instituições; o Congresso Nacional não se sente politicamente responsável pelas políticas públicas implementadas, declinando o prestígio de todos os partidos e políticos, gerado pelas críticas constantes do Poder Executivo à lentidão e clientelismo do Poder Legislativo<sup>41</sup>. No caso brasileiro, as instituições representativas caracterizam-se pela sua completa irresponsabilidade política, não estado submetidas a qualquer controle ou prestação de contas (a não ser o da imprensa, que nem sempre procura informar corretamente a opinião pública),

sustentando o sistema de dominação através da troca de favores com o Executivo<sup>42</sup>.

Entretanto, a fragmentação e corporativização dos interesses abrem espaço para formas mais flexíveis e informais de legislação (contratos coletivos, pactos setoriais, etc). Ao mesmo tempo, a consulta a órgãos como sindicatos, grupos de pressão ou de classe torna-se uma alternativa real à representação política. As instituições representativas atuais estão aparelhadas para a produção de normas gerais e abstratas, não para as constantes mudanças conjunturais que hoje pedem regulamentação a fim de obter o consenso e a obediência sociais. Nesse processo de "Crise do Estado" volta à tona a crença ilimitada na auto-regulação dos mercados e suas receitas neoliberais de desregulamentação e desconstitucionalização<sup>43</sup>. Políticas estas cujo principal intuito é retirar da alçada do Estado (e dos representantes do povo, alocados nos Parlamentos) o poder decisório sobre inúmeras matérias, principalmente de cunho econômico. Entretanto, a análise desse assunto necessitaria um estudo aprofundado sobre a chamada "Crise do Estado", tema fascinante, mas fora do alcance dos limites deste texto.

## NOTAS

- 1 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, São Paulo, RT, 1964, pp. 104-106 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 71.
- 2 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 121 e 156-157 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 202.
- 3 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 106. Vide também Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 71.
- 4 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 71.
- 5 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 71.
- 6 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 159-160.
- 7 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 107.
- 8 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 203.

9 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 147-149 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 203-204.

10 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 144-145.

11 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 71 e 138.

12 - A Constituição de 1988 determina também, em seu artigo 61, que são detentores do poder de iniciativa legislativa o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores, o Procurador Geral da República e os cidadãos (a iniciativa popular é regulada pelo artigo 61, §2º).

13 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 111.

14 - Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 128-129.

15 - Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano cit.*, p. 92.

16 - Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano cit.*, pp. 131-133. Vide também Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 138-140.

17 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 140.

18 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 105-106 e 113.

19 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 113.

20 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 114-116; Nelson de Sousa SAMPAIO, *O Processo Legislativo*, 2ª ed, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp. 114-115 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 125.

21 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 122-124.

22 - Devemos recordar que, na História republicana, apenas o Marechal Deodoro da Fonseca, Café Filho, Jânio Quadros e Fernando Collor governaram com minoria no Congresso. Não por acaso, foram governos nos quais ocorreram sérias crises político-institucionais.

23 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 125.

24 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, p. 191.

25 - Em sentido contrário, defendendo que o vício inicial de "usurpação" do poder de iniciativa é insanável, mesmo com a sanção do Executivo, posicionam-se autores como Francisco Campos, Caio Tácito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Vide, por todos, Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 210-217.

26 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 68-70.

27 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 202.

28 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 208 e 222-224.

29 - José Afonso da SILVA, *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional cit.*, pp. 56-57, 72, 132-134 e 262-268 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, p. 204.

30 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 15-16 e 117-121. Sobre a concepção da lei enquanto instrumento de governo, vide Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 125-128.

31 - Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Do Processo Legislativo cit.*, pp. 121-125.

32 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?", *Novos Estudos CEBRAP* nº 31, São Paulo, CEBRAP, outubro de 1991, p. 26.

33 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 32-33 e Francisco WEFFORT, *Qual Democracia?*, São Paulo, Companhia das Letras, 1992, pp. 106-107.

34 - Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 85.

35 - Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 108.

36 - Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 108.

37 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 30-31.

38 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 31-32.

39 - Os chamados "planos econômicos" ou "planos de estabilização monetária" não constituem experiência de planejamento. Na realidade, são expressões da atuação estatal improvisada, sem prévia definição de objetivos. Cf. Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 2ª ed, São Paulo, RT, 1991, p. 283.

40 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 33 e 37-38 e Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 92.

41 - Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, p. 37.

42 - Celso Fernandes CAMPILONGO, "Crise do Estado, Mudança Social e Transformação do Direito no Brasil", *São Paulo em Perspectiva*, vol. 8, nº 2, São Paulo, Fundação SEADE, abril-junho de 1994, pp. 16-17.

43 - Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política*, São Paulo, Ática, 1988, pp. 48-50 e 55-57.

## CONSTITUIÇÃO E COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

### BREVE COMENTÁRIO DA LEI 10.628, DE 2002

**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.

- 1 A questão
- 2 Interpretação constitucional
- 3 Jurisdição político-constitucional
- 4 Leitura desapassionada de preceitos de competência originária
- 5 Causas entre a União etc, exegese Inicial
- 6 Causas entre A União etc, relevância do litígio constitucional
- 7 Julgamento do Prefeito
- 8 Competência originária de Ex-presidente, Prefeito Etc
- 9 Competência originária interpretada constitucionalmente  
Rcl2.138 STF
- 10 Em desempate precedente do Superior Tribunal de Justiça  
Rcl591 STJ
- 11 Sob o céu da lei 10.628
- 12 Regime exclusivo de responsabilidade
- 13 Jurisdição única
- 14 Conclusões

#### 1 A QUESTÃO

Os §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescidos pela Lei 10.628/02, teriam - alterado "a competência originária dos Tribunais, constitucionalmente estabelecida, criando foro por prerrogativa de função a partir de hipótese fática não contemplada na Lei Maior". Ainda como falacioso argumento, a competência originária estaria "prevista de forma expressa, e restrita, na Constituição Federal", sendo "vol taxativo" ou de "direito estrito". Como argumento curioso, o de que a revogação



da S.294 STF, que até então garantia foro de competência originária após cessado o exercício funcional ou político (= *interpretação constitucional de regra não literalmente inserida na Constituição*), não permitiria ao Congresso Nacional formular norma, o § 1º, art. 84, CPP, com a interpretação constitucional *rejeitada* pelo Supremo Tribunal Federal ...

Os argumentos não convenceram os membros do Supremo Tribunal Federal a deferir liminar na ADIn 2.797, Rel. Ministro limar Galvão, após Rel. Min. Sepúlveda Pertence, inicial da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, subscrita pelo ilustre ex-Procurador Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, visando à declaração de inconstitucionalidade dos § 1º e § 2º, art. 84, CPP

## 2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ontem como hoje, preceitos e princípios constitucionais se interpretam, atualizam-se. A qualidade da conformação constitucional é tarefa permanente da doutrina e da jurisdição, visto que a Constituição, embora elaborada à semelhança de um texto jurídico, configura um compromisso político.

A competência deduzi da de princípios constitucionais é imperativa, a de preceitos, apenas se afirmada pela própria Constituição. Em qualquer hipótese, a Constituição se interpreta-carta política-redução e ampliação. Dialética. Sístole e diástole.

## 3 JURISDIÇÃO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional implica tarefa federativa *relevante*, preservar a coerência do princípio federativo, tratando iguais de modo igual e desiguais de modo desigual, preponderantemente, na interpretação dos princípios, embora pareça mais fácil visualizar pelos preceitos.

A razão da jurisdição e competência do Supremo Tribunal Federal está na preservação ou guarda da Constituição, isto é, compete-lhe o exercício da *jurisdição constitucional*, com julgamento das *lides constitucionais* (Frederico Marques). Não por outros motivos, a Constituição de 1988 enunciou as competências do Supremo Tribunal Federal, sob a moldura material constitucional de *guarda da Constituição* (art. 102, parte final do comando).

Ao Superior Tribunal de Justiça, embora vulgarizado como exegeta do ordenamento infraconstitucional, o que me parece considerá-lo *pajem* do ordenamento positivo, atribuída, na verdade, a *jurisdição constitucional do ordenamento infraconstitucional* ou a qualidade de guarda da conformidade constitucional do ordenamento positivo, com julgamento das *lides constitucionais infraconstitucionais*. Em outras palavras, guarda a Constituição do ataque do desvario pós-constitucional do Poder Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário em julgando contrariamente à Constituição mas pelo prisma das regras de direito positivo.

Girando trezentos e sessenta graus ..., aos Tribunais de Justiça (= e aos três Tribunais Superiores) conferida, outrossim e sem dúvida alguma, tarefa e jurisdição constitucional.

## 4 LEITURA DESAPAIXONADA DE PRECEITOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

De observar duas previsões constitucionais de competência originária, de leitura chã, de compreensão inequívoca, uma desde outras Cartas, outra novidade de 1988: a) compete ao Supremo Tribunal Federal, art. 102, I, f, julgar as *causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta*; b) *julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça, art. 29, X.*

O estabelecimento destas duas competências originárias vem por preceitos, e não por princípios, o que não excluiu interpretação elástica, incluindo e excluindo hipóteses, afastada, por vezes, exegese literal e semântica. Nada de discussão apaixonada como a peça de mísseis disparada contra a interpretação da competência originária positivada pela Lei 10,628.

### 5 CAUSAS ENTRE A UNIÃO ETC, EXEGESE INICIAL

De lembrar que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu distinção na competência em litígios entre pessoas jurídicas de direito público interno se localizadas em unidades federadas diferentes (STF Pleno, ACO<sub>r</sub> 202/RJ, v. u., RTJ 68:03; a distinção, não aceita pelo Relator, Min. Aliomar Baleeiro, está no voto do Min. Xavier de Albuquerque, citando as ACO<sub>r</sub> 168, RTJ 59:246, ACO<sub>r</sub> 173, RTJ, 59:309, ACO<sub>r</sub> 174, ESTF, 836: 1, ACO<sub>r</sub> 180, ESTF 836:1, ACO<sub>r</sub> 175, RTJ, 58:158, ACO<sub>r</sub> 196, ESTF, 83:81, ACO<sub>r</sub> 200, ESTF, 869). Em outras ACO<sub>r</sub> (294, 285, 100, respectivamente, RTJ, 95:485, 96:957, 100:4, citadas na QOACO<sub>r</sub> 417, RTJ, 133:1.059), acertado como suficiente para excluir a competência originária do Supremo "se encontrem no mesmo território por meio de filiais ou escritórios" (ACO<sub>r</sub> 294, Min. Xavier de Albuquerque, v. u., RTJ, 95:485, cita ACO<sub>r</sub> 230, 236, 287, RTJ 81:329, 92:944; ACO<sub>r</sub> 173, Min. Bilac Pinto, RTJ, 59:309, cita 168, 174, 179; ACO<sub>r</sub> 168, Min. Thompson Flores, RTJ, 59:246, cita ACO<sub>r</sub> 174, 179, 182).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal passou a rejeitar a competência mesmo em lides entre pessoas jurídicas sediadas externamente aos Estados (STF-Pleno, ACO<sub>r</sub> 142/SP, Min. Soares Mufioz, v. u., RTJ, 100:04, cita ACO<sub>r</sub> 238, Min. Leitão de Abreu, e ACO<sub>r</sub> 169, 201, 230, 282, 283, 285 e 289). De reiterar que o critério definidor ou limitador da competência em razão do território não satisfaz ao critério da instituição da jurisdição constitucional.

### 6 CAUSAS ENTRE A UNIÃO ETC, RELEVÂNCIA DO LITÍGIO CONSTITUCIONAL

A exegese mereceu outro enfoque, pelo conteúdo ou matéria da lide,<sup>1</sup> assentando o Supremo Tribunal Federal que a prescrição constitucional não lhe transfere, grosso modo, as causas entre as pessoas referidas constitucionalmente. Na definição do alcance desta regra de competência originária, pontifica o Min. Celso de Mello, o Supremo "tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência às hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação" (STF-Pleno, ACO<sub>r</sub> 359-8/SP, Min. Celso de Mello, v. u., j. 02.06.93, DJ, de 11.03.97, p. 4.110, cita CJ 6.294/ES, Min. Clóvis Ramallete, ACO<sub>r</sub> 433/DF, Min. Célio Borja, ACO<sub>r</sub> 450/PE, QOACO<sub>r</sub> 417, Min. Sepúlveda Pertence; no mesmo sentido, TJMG, Des. José Francisco Bueno, Ag 256.304-7, e voto vencido no Ag 239.051-6, cita QOMS 23.482/DF, Min. Ilmar Galvão, j. 20.02.02, cita ACO<sub>r</sub> 509/DF, DJ 29.08.97).

A jurisdição constitucional originária assegura "o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades federadas" (ACO<sub>r</sub> 612, Min. Celso de Mello, DJ 28.02.02).

Também assinala o Min. Sepúlveda Pertence a competência originária "somente para os conflitos de interesses de tal sorte graves e relevantes que possam por em risco a harmonia federativa" (STF-Pleno, QOACO<sub>r</sub> 417, v. u., RTJ, 133: 1.059, cita ACO<sub>r</sub> 200, DJ 12.04.72, ACO<sub>r</sub> 285, RTJ 96:957). Na exegese do Supremo, aduz o Min. Pertence, houve "audaciosa redução do alcance literal da norma de sua competência original". Mas, redução fundamentada, completa, pela "ausência dos fatores determinantes da excepcional competência originária do STF para o destino jurisdicional dos conflitos federativos".

Aceita a competência em litígio sobre limites entre Estados (ACOr 415-2, Min. Néri da Silveira) e disputa de propriedade de terra devoluta entre autarquia federal e Estado (QOACOr 477-2, Min. Moreira Alves, DJ 24.11.95). Da jurisdição constitucional originária as causas em controvérsia a respeito da execução das normas constitucionais federais pelos Estados e exercício da fiscalização federal contra os Estados (votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, PetAgRg 1.286, Min. Ilmar Galvão, 28.5.97; ISTF 76, DJ de 20.06.97, embargo de obra estadual pelo IBAMA; prevaleceu o discrimine, autarquia federal com estrutura regional de representação nele instalada).

Excluídas do julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal, entre outras, as causas sem qualquer substrato político, v. g., ações de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extra judiciais, ainda que nelas figurem, como sujeitos da relação litigiosa, uma pessoa estatal e um ente dotado de paraestatalidade (ACOr 359-8/SP, Min. Celso de Mello, RTJ, 152:366; ACOOr 612-1, Min. Celso de Mello, v. u., DJ 28.02.02, cita ACOOr 193/PE, Min. Djaci Falcão, ACOOr 482/RJ e 428/DF, Min. Carlos Velloso, ACOOr 450/pE, Min. Sepúlveda Pertence, ACOOr 537/MG, Min. Nelson Jobim, ACOOr 606/SP, Min. Maurício Corrêa, CJ 6.294/ES, Min. Clóvis Ramalhete, e RTJ, 62:563, 132:109, 132:120, 133:1.059).

### 7 JULGAMENTO DO PREFEITO ETC ?

A expressão *julgamento do Prefeito pelo Tribunal de Justiça* é de obviedade *ululante*. Julgamento jurisdicional, não administrativo, por atos do Chefe do Executivo Municipal, pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Julgamentos das ações, cíveis e penais, contra o Prefeito, por atos praticados no exercício do mandato. Logo, ações populares, civis públicas, de improbidade, mandados de segurança e outras cíveis e ações criminais.

Por que lógica, então, o Tribunal de Justiça do Estado *ficou convertido* em Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Regional Federal, de acordo com a matéria criminal? Houve ou não interpretação de exclusão da competência originária do Tribunal de Justiça do Estado e de inclusão de competência originária do Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Regional Federal?

Por que lógica somente as ações criminais permaneceram sediadas na competência originária, quando a Constituição nada discrimina? A exegese, de alta exclusão ou de compressão<sup>3</sup>, foi encontrada por assimilação ou pela isonomia constitucional, v.g., Ministro Marco Aurélio, Recurso Extraordinário 132.747-2-DF<sup>4</sup>, enfatizando, na Federação brasileira, o mesmo *status* conferido aos três Chefes do Executivo: "*O Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos igualam-se no que se mostram merecedores do status de Chefes de Poder*". E acrescenta o Ministro Ilmar Galvão que "*a observância de uma simetria no trato entre os três mencionados agentes políticos do Estado somente não seria de ordem imperativa se a própria Constituição Federal houvesse estabelecido regime diverso em relação aos dois últimos ...*". Como a competência originária do Supremo Tribunal está referida a crime, art. 102, I, *b*, a do Tribunal de Justiça deveria, para não desigualar os Chefes do Executivo, limitar-se a crime. Duas ambigüidades restaram, o Presidente, na competência originária, é julgado por crimes comuns, ao passo que o Prefeito por *quaisquer crimes*; mandados de segurança contra ato de Presidente visitam, art. 102, I, *b*, a competência originária, os contra ato de Prefeito não adentram o Tribunal de Justiça, senão pela via recursal ou duplo grau obrigatório de jurisdição.

A interpretação de inclusão de Tribunais, TRF (RTJ 114:1.026) e TRE (TSE, HC 142, DJ de 8.11.89, p. 16.797, citado pelo Ministro Ilmar Galvão, RE 10.874-MS, Pleno, V. U., RTJ 142:670; STJ-38 Seção, CC 2.391-AM, Relator Ministro José Dantas, V. U., RSTJ 34:35, CC 1. 125-MG, Relator

Ministro Costa Lima, V. u., RSTJ 19:141), mostrou-se adequada, pois deficiente<sup>5</sup> a regra do foro criminal-constitucional sem a qualificação material.

A interpretação de exclusão de ações cíveis e mistas (= *popular, improbidade*) não muito ajustada, tanto que retoma, em busca do tempo perdido, pela Lei 10.628/02, regra do § 2º do art. 84 do CPP, e, antes mesmo da positivação, no entendimento de cinco Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros Nelson Jobim, (relator), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Limar Galvão, Reclamação 2. 138/DF.

Julgamento interrompido pelo prolongado pedido de vista do Min. Carlos Mário da Silva Velloso<sup>6</sup>, há mais de 10 meses ou 300 dias sem definir o entendimento constitucional a respeito da matéria desde então ansiosamente aguardada, eis que ancorados milhares de processos com indefinição da competência. A demora na prestação jurisdicional constitucional provocará nulidade de processos, que trafeguem em uma ou outra competência (= *primeiro grau ou originária*). E trafegam porque a falta de finalização do entendimento da Corte Constitucional não é causa, jurídica, de suspensão de processos ("...*declarada a incompetência absoluta, a nulidade dos atos decisórios se opera automaticamente*", RTJ 128/624, RTJ 113/502, RF 309/189; pelo menos os atos não decisórios serão aproveitados, Inq 571, DJ 5.3.97; arts. 113, § 2º, 248, 249, CPC).

A interpretação de limitação da competência originária do Tribunal de Justiça, formulada por assimilação de *status*, pode ser um tanto dúbia, por força de erros de denominação. O Presidente se vê processado por crimes comuns, viajando ao Congresso por crimes de responsabilidade, arts. 85 e 86, CF, e o Prefeito por crimes comuns, mas catalogados como crimes de responsabilidade, DL 201/67. Recorrer-se-á, no texto, ao assunto.

## 8 COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DE EX-PRESIDENTE, PREFEITO ETC

A norma do § 2º do art. 84 do CPP retoma orientação constitucional consagrada pela Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, revogada, um tanto quanto apressadamente. Evidente que duas orientações constitucionais existiram. As autoridades, constitucional e soberanamente constituídas (= *Jenseits gut und base*), seriam julgadas pelo povo (= juiz natural politicamente considerado), por crimes de responsabilidade - desde que não se erre a denominação, correspondendo-a a conteúdo diverso, como o fez o DL 201/67, art. 1º<sup>7</sup>. E, por crimes comuns, pelos tribunais na competência originária. Se esta a interpretação de limitação na competência originária de Tribunal de Justiça, nada a discordar. Tema ainda recorrente.

No julgamento de revogação Súmula 394<sup>8</sup>, de relembrar as brilhantes lições do Ministro Sepúlveda Pertence, que recomendavam não alterar o entendimento constitucional, pedindo-se desculpas ao leitor pela extensa citação, justificada, sem dúvida, pelos altos méritos hermenêuticos, *negritos* nossos:

"Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da lei Fundamental: essa, a correta hermenêutica assumida por nossos antecessores nesta Casa, faz mais de século e meio, para consolidar o entendimento que a Súmula 394 pretendeu traduzir.

"Não me impressiona que a orientação da Súmula 394 jamais tenha sido explicitada no texto das sucessivas Constituições da República.

"O argumento é, no mínimo, ambivalente. Aqui, é impossível negar relevo à antiguidade e a firmeza da jurisprudência sesquicentenária que a Súmula. 394 testemunha. Não ignoro que - suposta uma mudança na 'idéia', de Direito' que inspire uma nova

Constituição - preceitos típicos da ordem antiga, embora mantidos com o mesmo teor podem receber interpretação diversa, quando a imponha a inserção deles no contexto do novo sistema. O que, porém, não creio ser o caso. E, por isso, se não introduziu restrição aos textos anteriores a respeito, é mais que razoável extrair daí que a nova Constituição os quis manter como mesmo significado e a mesma compreensão teleológica que a respeito se sedimentara nos sucessivos regimes constitucionais, não apenas nos de viés autoritário - quando a Súmula veio a ser excetuada pelos atos institucionais - mas também nos de indiscutível colorido democrático.

“Em outras palavras: no constitucionalismo brasileiro, a doutrina da Súmula 394 de tal modo se enraizara que a sua abolição é que reclamaria texto expresso da Constituição: não a sua preservação, que a tanto bastaria mantê-lo inalterado, como ocorreu.

“Não contesto que a prerrogativa de foro só se explica como proteção do exercício do cargo e não com privilégio do seu titular e, menos ainda, do seu ex-ocupante.

“Mas é fugir ao senso das realidades evidentes negar que, para a tranquilidade no exercício do cargo ou do mandato - se para essa tranquilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro - ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem. [...]

“Por conseguinte, mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro. [...]

“O foro especial tem uma face, que cumpre não esquecer. ‘Presume o Legislador’ - recorde-se o argumento de Victor Nunes (Recl473, RTJ 22/47)

‘que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções

públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado’. [...]

“Impressionou-me no voto do Ministro Moreira Alves a réplica de que, a procederem os argumentos de Victor Nunes em favor da súmula, , também se justificaria que, com relação a fatos anteriores ao exercício da função - e para os quais se desloca a competência para o Supremo Tribunal Federal durante o seu exercício - se sustentasse que se deveria, depois de cessado esse exercício, manter tal jurisdição especial, o que não se tem admitido’.

“O raciocínio levou-me à descoberta de um dado significativo: o teor da Súmula. 394 vai além da jurisprudência que pretendeu retratar.

“Na Súmula, com efeito, à continuidade da prerrogativa de foro basta haja sido o crime “ durante o exercício funcional” , independentemente da natureza da infração imputada. (...)” 9

A ler tão somente o resultado, ter-se-ia que o Ministro Perence também votou pelo cancelamento da S.394. Não é certo. Propôs, sim, a “edição de nova Súmula que, fiel à jurisprudência, declare que, cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional.”

## 9 COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA INTERPRETADA CONSTITUCIONALMENTE RC12.138 STF

Antes da promulgação da indigitada Lei 10.628/02, o Ministro Nelson Jobim, destacou no inacabado julgamento, Rec 2.138/DF<sup>10</sup>, o caráter penal das sanções de improbidade e a pacífica inter-

pretação compreensiva do texto constitucional em sede de competência originária:

“como anotado pela doutrina, a sentença condenatória proferida nessa peculiar ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos a sentença penal condenatória, e certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal.” (...)

“A interpretação compreensiva do texto constitucional, também em matéria de competência, tem sido mna constante na jurisprudência do STF e do judiciário nacional em geral (cita, o RCL 2069, Ministro Carlos Mário Velloso, j. 27.6.02; HC 42.108, Min. Evandro Lins, RTJ 33:791; Inq 1.504, Ministro Celso de Mello, DJ de 17.6.99). “Sobrepõe-se ao aspecto formal a realidade, o tema de fundo, objetivo colimado” (citação da RCL 1.110).

A distinção entre dois regimes constitucionais de responsabilidade, esboçada no voto do Ministro Jobim, comporta tratamento destacado.

#### 10 EM DESEMPATE PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RCL 591 ST J

Ainda antes da edição da Lei 10.628/02, recusou o Superior Tribunal de Justiça a ressurgente interpretação constitucional, Reclamação 591/SP, Rel. Ministro Nilson Naves. Empatada a votação, acompanhando o ilustre Relator os Ministros Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Milton Luiz Pereira, José Arnaldo da Fonseca, Félix Fischer, Costa Leite e Antônio de Pádua Ribeiro, este então Presidente, com o voto-desempate. Votaram vencidos os Ministros Eduardo Ribeiro, Edson Vidigal, Waldemar Zveiter, Sálvio de Figueiredo, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Bueno de Souza.

De colacionar outro exemplo de extensão da competência originária, apresentado pelo Ministro Eduardo Ribeiro:

*O Tribunal Federal de Recursos, com aprovação do Supremo Tribunal, se bem me recordo, entendeu que era de sua competência julgar, originariamente, os deputados estaduais nos crimes ditos federais. Não havia na Constituição, entretanto, norma que assim dispusesse. Competente seria, por certo, a Justiça Federal, em razão do contido no art. 125, IV do texto constitucional então vigente. E como o art. 122 disso não cogitava, a competência não seria do Tribunal Federal de Recursos, mas do juiz de primeiro grau. Decidiu-se, entretanto, do modo indicado.<sup>11</sup>*

A ênfase no caráter criminal, e não cível, da ação de improbidade, presente nos votos dos Ministros Eduardo Ribeiro, Edson Vidigal (“características fortemente punitivas, ainda que não se enquadrem como de natureza penal.”), Waldemar Zveiter (“Não posso admitir que, por uma ação proposta por esta ou por aquela razão, o juiz tenha o condão de despojar do cargo e da função, inabilitando, por período tão longo, um Ministro do Supremo Tribunal Federal, um Ministro desta Corte ou de outras Cortes Superiores. Isso, na minha modesta compreensão, não consigo assimilar. E como na consciência de Juiz preciso ficar tranqüilo com a minha fonna de prestar a jurisdição, vejo que o fundamento meta-jurídico, ainda que em regra de competência constitucional, deve e precisa ser exercitado pelo Juiz, embora com moderação, porque na mora do legislador, aos tribunais compete o suprimento dessa falta.”); Ministro Peçanha Martins (“=” graves punições, inclusive perda de direitos inerentes à cidadania. Parece-me que, sem dúvida, há que prevalecer, no caso, a competência em razão da pessoa, sem o que estaríamos subvertendo esse princípio constitucional.”); Ministro Humberto Gomes de Barros (“... a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do Direito Civil. A

circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estranque entre as leis civis e as leis penais. É muito comum existir o dispositivo de natureza em leis penais e vice-versa.”); Ministro Vicente Leal (“é preciso se atender um princípio que situe as autoridades mais elevadas da organização pública brasileira no foro que lhe dê a devida dignidade à função e não à pessoa”).

E a significativa manifestação do Ministro Bueno de Souza: “a Constituição Brasileira está ansiando por interpretação. (...) O texto constitucional é para o futuro, como escreveu Aristóteles em seu tratado, sobre a Retórica, tanto quanto a lei, sendo que ambos solicitam interpretação a luz da doutrina e da jurisprudência.”

### 11 SOB O CÉU DA LEI 10.628

O § 1º do art. 84 passou pelo primeiro exame colegiado, Rel. Ministro Gilson Dipp, CC 37.806-SP, em concordante companhia dos Ministros Jorge Scartezini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Félix Fischer: “A Lei nº 10.628/02, que modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, determinou a prevalência da competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após o fim do exercício da função pública.”

Como precedente monocrático, Relator o hoje ilustre Presidente Ministro Nilson Naves, HC 29.642, DJ de 01.08.2003, novamente afirmada a constitucionalidade do § 1º do art. 84. Em Minas, homenagem seja feita ao precedente da Juíza Heloísa Helena de Ruiz Combat<sup>12</sup>, Comarca de Belo Horizonte, declinando ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de improbidade de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado (autos 24.01.0115.893-8), afinada declinação ora com incidente de inconstitucionalidade promovido pelo Ministério Público, Petição 2350, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, com voto adverso ao § 2º do art. 84, julgamento suspenso pelo pedido de vista do Ministro Ari Pargendler.

Se considerada a afirmação de constitucionalidade no HC 29.642 pelo Ministro Nilson Naves e nº CC 37.806-SP pelos Ministros Fontes de Alencar e Félix Fischer, e se mantidos os entendimentos então vencidos na Reclamação 591, o Superior Tribunal de Justiça, pelo menos por maioria, afirma a constitucionalidade dos § 1º e 2º do art. 84.

### 12. REGIME EXCLUSIVO DE RESPONSABILIDADE

Na Recl 2.138 e no voto do Ministro Nelson Jobim são apresentados alguns exemplos que, embora impressionem, não me parecem corretos, um tanto quanto *ad ferrorem*. Diz a petição da reclamação que “admitir que um juiz do primeiro grau de jurisdição possa fazer pesar sobre um Ministro de Estado a sanção da perda dos direitos políticos e a perda do cargo, até em sede liminar, em primeira instância de jurisdição, não é consentâneo com o sistema de proteção da liberdade de agir do agente político propiciada pelo Constituinte”, deslocar-se-ia “para a primeira instância praticamente todo o sistema de responsabilidade de agentes políticos. Um juiz de primeiro grau poderá, assim, se arrojar a função de censor da justiça e do bom desempenho de um Ministro do STF, decretando-lhe a perda do cargo, se entender, v.g., que a motivação de uma decisão não foi adequada, prejudicando o erário.” Ainda, hipótese da CC 35, Ministro Rezek, RT 650:20, um Curador de Interesses Difusos dirige-se a uma das Varas Cíveis, com toda a forma exterior de quem pede a prestação jurisdicional, e requer ao juiz que, em nome do bem coletivo, exonere o Ministro da Fazenda e designe em seu lugar outro cidadão, cujo luminoso currículo viria anexo.

Eventual provimento de recurso não tolheria o *prejuízo à liberdade e à democracia*, pelo que a Constituição teria criado dois regimes distintos de sanção dos atos de improbidade. Nas palavras do Ministro Nelson Jobim, acenando a dualidade:

“Não parece haver alternativas: a) ou os agentes submetidos ao regime de responsabilidade especial da Constituição submetem-se igualmente ao regime da Lei da Improbidade; b) ou os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto do regime comum da Lei de improbidade. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.”

A conclusão seria a de que os agentes políticos contemplados por regras especiais, como aduz o Ministro Nelson Jobim, submetidos ao “regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da Constituição e disciplinado pela Lei 1.079/50”, ficariam excluídos do alvo da Lei 8.429/92, como se a Lei 1.079 fosse norma especial, assim não alterada pela posterior. Caso contrário, conclui o Ministro Nelson Jobim - em inaceitável teorização - a norma ordinária teria *ab-rogado* a norma constitucional, art. 102, I, c.

Antes de criticar o superabundante argumento, ressalte-se a firme âncora conceitual, ou seja, os tipos de improbidade da Lei 1.079, afirmou o Ministro Jobim, são “delitos político-administrativos”. Seguramente.<sup>13</sup>

Os exemplos, como se afirmou, impressionam. No entanto, que diferença haveria entre uma decisão de juiz singular (=primeiro grau) ou de grau especial (=STJ e STF) que afastasse, liminarmente, do cargo um agente político? Em conteúdo, nenhuma. O afastamento pelo grau primário se mostraria até menos incômodo, porque rapidamente a parte chegaria com o recurso próprio ao próximo grau e, assim, ao especial. Aumentam-se as chances de evitar prejuízo à democracia e à liberdade. O julgamento por grau superior - competência originária - não traduz, como laicamente se pensa, benefício, mas rigor, porque,

presume-se, mais competente e experiente aquele julgador em postos mais distantes... Não teriam sido estes argumentos postos pelo Ministro Victor Nunes, como lembrados, na QOINQ 687/SP, pelo Ministro Sepúlveda Pertence? “Garantia contra e a favor do acusado”.

De ab-rogação do conteúdo material da alínea c, inc. I, art. 102, da Constituição também não seria o caso, eis que disciplina a competência originária nos crimes comuns, e não nos crimes de responsabilidade ou infrações político-administrativas, como os atos de improbidade sob regulação da Lei 8.429/92.

De lembrar, por outro prisma, mais simples, que a suposta defesa da democracia e da liberdade não deveria ser referida, de modo diverso, distinguindo cidadãos-agentes-políticos dos demais...<sup>14</sup> As garantias fundamentais individuais aspiram à mais ampla efetividade em favor de todos os destinatários.

Pugnar por dois sistemas de improbidade também não resolve a equação. Nunca se negou ação popular, indistintamente, contra agentes políticos e outros. Nem o foro da ação popular se creditou, até hoje, na competência originária, nem mesmo se réu o Presidente da República (= competência de primeiro grau, AgRgPet 2.018, Min. Celso de Mello, v.u., DJ 16.2.01, ESTF 2019-01:33; AgRgPet 1.738, Min. Celso de Mello, v.u., DJ 1.10.99, ESTF 1965-01:42) ou do Supremo Tribunal Federal ... Exceto, por exceção ou compreensão, se acusados todos os magistrados do país ou mais da metade dos membros de tribunal de origem-competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, n; QOAO 506/AC, Min. Sydney Sanches, v.u., DJ 4.12.98, ESTF 1934-01:22 <sup>15</sup>). E, óbvia, a legalidade, pelo menos a atual, de afastamentos liminares em ação popular...

A considerar absurdo o afastamento ou a suspensão liminar de direitos cívicos e políticos, melhor será a recusa da cautela liminar, ou seja, revogar a norma que a prevê, impondo o afastamento apenas com o trânsito em julgado ou após o exame recursal etc.

A pensar em dois regimes distintos de responsabilidade, não



esquecer de proteções legislativas outras, ou da isonomia constitucional dos Chefes de Poder, vog., Presidente, Governador e Prefeito. A deste último, se verificada a letra ou a semântica constitucional, com proteção superior à dos outros dois. Julgamento do Prefeito pelo Tribunal de Justiça. Quaisquer ações, mesmo a, por ora não temida, popular. É com norma própria de proteção, o DL 201/67, com tipos de improbidade como os da Lei 1.079, ou seja, defenidos os delitos político-administrativos. Eventual e descabida instituição de dois regimes de responsabilidade não protegerá apenas o Presidente, mas os Prefeitos do país. Caso contrário, além de insubsistente, contraditória e ambígua a distinção. Sem detalhar, proteção também a ser conferida aos Vereadores.

### 13 JURISDIÇÃO ÚNICA <sup>16</sup>

Por fim mas não por último, a incongruência de dois regimes consiste, primordialmente, no antagonismo constitucional com a regra da jurisdição única, designado titular o Poder Judiciário. Se criados dois regimes, e certo que o Presidente é julgado pelo Senado, sob a presidência do Presidente do Supremo, o julgamento não poderá ser submetido à jurisdição. E, assim, o julgamento do Prefeito e do Governador tornar-se-iam exclusivos das Assembléias e Câmaras. Se absolvidos, então politicamente, não haveria improbidade alguma a perseguir pelo acesso aos tribunais. Se condenados, igualmente. O princípio da independência e harmonia dos Poderes da República ficaria gravemente vilipendiado.

A função jurisdicional - como sabe o Supremo Tribunal Federal - se atribui, nos sistemas democráticos, exclusivamente ao Poder Judiciário<sup>17</sup>, ao qual se submetem, no controle de legalidade, todos os atos dos cidadãos e dos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive atos não-jurisdicionais e jurisdicionais<sup>18</sup> do próprio Poder Judiciário. O controle jurisdicional é garantia fundamental do Estado de Direito, como expressa de modo facilmente legível o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A jurisdição, entendida como função de compor coativamente litígios, somente pode ser única. Examinada, pois, em sua função, não se pode falar sobre unidade ou pluralidade de jurisdição.

A distinção entre unidade ou pluralidade está na atribuição da função jurisdicional apenas aos órgãos do Poder Judiciário ou também a órgãos de outra natureza ou de outro Poder<sup>19</sup>. Por unidade da jurisdição entende-se a competência exclusiva do Poder Judiciário ou poder para solucionar um conflito e para a execução forçada da decisão.

Pluralidade de jurisdição consiste, ao contrário, na competência jurisdicional ou judicante de órgãos não-judiciários. Não se deve, assim, confundir a pluralidade de jurisdição com a divisão do Poder Judiciário em órgãos especializados ou a atribuição de jurisdição a órgãos especializados. A distinção aparece, sem que se pretenda um escorço histórico, com a separação de órgãos judicantes para os conflitos que tenham como parte órgãos da administração pública ou matéria administrativa, o que se conhece como jurisdição administrativa. Para caracterizar-se a jurisdição administrativa, pelo menos com exame dos países que a adotam, impõe-se existir pelo menos independência política e técnica dos julgadores, garantia do devido processo legal e um tribunal de controle ou de revisão das decisões de primeiro grau. Assim na França e na Espanha, em que o Conselho de Estado e as Cortes Gerais são o órgão máximo da jurisdição administrativa, formulada como espécie de justiça especializada, com procedimento observante da garantia do direito de defesa das partes. E como ponto discriminador, a atribuição da competência à jurisdição administrativa exclui a competência da jurisdição então denominada comum. No ensinamento de Salvatore Satta, "la materia amministrativa e sottratta al giudice ordinario"<sup>20</sup>. Também na Espanha, onde a Constituição, de modo categórico, califica al Tribunal de Cuentas como el supremo órgano de julgamento de contas (apartado 1 del artículo 136), há exclusão de

reexame pelo Poder Judiciário, como se tem em Fernando Garrido Falla, que destaca que o Tribunal de Contas não administra, julga e é órgão autenticamente jurisdicional, com jurisdição própria e exclusiva, sendo suas decisões dotadas da eficácia de coisa julgada material.<sup>21</sup>

A exclusão e inclusão de competência, na jurisdição múltipla, não necessita ser absoluta, bastante ser preponderante. Subtração de todas ou de algumas matérias do Poder Judiciário.

A partir do momento em que a Constituição brasileira disciplina o amplo e irrestrito acesso à Justiça, entendido o acesso como o direito a pedir uma prestação jurisdicional do Poder Judiciário, o que se deduz, sem muito esforço, da cláusula proibitória da exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV do art. 5º), a conclusão somente pode ser pela admissão da unidade da jurisdição.

Assinala a doutrina processual e constitucional, como a de Frederico Marques, "que a jurisdição civil é exclusivamente exercida por órgãos judiciários".<sup>22</sup>

Em havendo o sistema de unidade de jurisdição, pouco importa se a órgãos não-judiciários se atribui competência assemelhada à judicante ou jurisdicional, dado a que o conflito de interesses somente obterá solução final e derradeira com a manifestação do Poder Judiciário. O cometimento de funções julgadoras a órgãos não judiciários, mas sem o caráter da exclusividade ou exclusão do órgão judiciário, não se enquadra, com rigor, no conceito de função jurisdicional, embora a ela se assemelhe. Assim, apenas jurisdição anômala<sup>23</sup> a função constitucional privativa do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República (art. 52, I) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II).

No caso do julgamento senatorial e cameral, este na decisão sobre a denúncia contra o Presidente (art. 51, I), há no máximo uma jurisdição política, o que comporta, sim, o exame da legalidade,

formal e material pelo Poder Judiciário (= *enquadramento do fato no tipo jurídico ou tipo legal para o enquadramento em crime de responsabilidade*). Ao Judiciário apenas é vedado o exame dos motivos do ato individual de votação, isto é, da condenação ou absolvição pelo voto de cada parlamentar.

#### 14. CONCLUSÕES

As garantias constitucionais não se esgotam em interpretação que se possa alcinhar de fechada ou comprimida (= *de direito estrito*), e menos ainda normas constitucionais de garantia dos direitos fundamentais. A dicotomia *numerus apertus* e *numerus clausus*, o conceito restrito de direito estrito, nem mesmo no direito positivado encontra muita satisfação<sup>24</sup>.

O entendimento das competências constitucionalmente escolhidas - opção política, e não de *lege lata* - merece entendimento no sentido da melhor acolhida do sujeito tutelado, exposto, simultaneamente, ao julgamento do órgão jurisdicional reputado de melhor e mais rigorosa qualidade.

Não há de cogitar de duplicidade de tratamento ou de jurisdição de improbidade.

A estancar a prodigalidade de liminares, há de haver severa crítica ao mecenato de muitos julgadores, não se esquecendo, contudo, da multiplicação de ações infundadas, temerárias e *holofônicas*, isto é, muito se observou sobre a Constituição e sua linguagem, sobre os julgadores, e muito mais se observou dos atacantes, os que peticionam as ações de improbidade.

De considerar, outrossim, a assimilação ou identidade das sanções penais e de improbidade, levando à suspensão ou perda de direitos políticos apenas com o trânsito em julgado, não apenas da ação penal, mas também da ação de improbidade, por tratamento igualitário das hipóteses dos incisos III e V do art. 15 da Constituição.

## NOTAS

<sup>1</sup> Interpretação pelo conteúdo da norma, e não pelo alcance literal, se encontra em outras decisões do Supremo, como as relativas ao cabimento do recurso extraordinário da decisão que conclua pela validade de lei ou de ato do governo local em confronto com norma constitucional (art. 102, III, c). *Seguida, literalmente, a redação do texto constitucional, bastaria, para o cabimento do extraordinário, que o julgamento decidisse pela validade de lei ou ato local, sempre que questionados em face da Constituição.* Neste sentido, inclusive, Frederico Marques, "será suficiente a declaração de eficácia da lei ou ato do governo local".

O entendimento que prevaleceu exige a demonstração da questão ou conflito constitucional. S. 285 STF, "não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal".

<sup>2</sup> Ver COSTA, José Rubens. *Infrações político-administrativas e impeachment*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Manual do Prefeito e do Vereador. Com pareceres sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, Subsídio, Previdência e Tributos., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>3</sup> Afirmado a inconstitucionalidade dos § 1º e 2º, art. 84, CPP, TJSP, Ag 313.238-5/1, Des. Antonio Rulli, BDA - Boletim de Direito Administrativo, maio 2003, n. 5, ano XIX, p. 438, acata raciocínio literalmente contrário ao do presente texto, lição de Alexandre de Moraes, para quem a regra constitucional teria afirmado a competência originária de Tribunal de Justiça exclusivamente para o "processo e julgamento das infrações penais comuns ajuizadas contra o Prefeito Municipal", acrescentando que a competência originária de foro não comportaria "ampliação interpretativa". Parece-me justamente o contrário, como explico no texto.

<sup>4</sup> COSTA, José Rubens. *Prestação de Contas dos Governos Municipais*. RTCMG v.19, n. 2, p. 81, abr/jun 1996.

<sup>5</sup> Ver *Manual do Prefeito...*

<sup>6</sup> O presente estudo foi escrito em 4 de setembro de 2003.

<sup>7</sup> Ver COSTA, José Rubens, *Infrações político ; Regulação do processo de cassação pelas Leis Orgânicas Municipais. Supletividade do Decreto-lei 201/67*. RTCMG, ano XIV, v.18 n.1 p.103 Jan/mar 1996.

<sup>8</sup> STF-Pleno, QOINQ 687/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 12.5.99; HC 73.680-SP, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio; STJ, AgRgInq 111-RJ, Min. Costa Leite, DJU-e 121.02.00, p. 79.

<sup>9</sup> A justa e rigorosa explanação se estende com análise do direito constitucional da Itália, Espanha e França, recomendando-se a leitura e o aprendizado. Colaciona vetustos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

<sup>10</sup> Colaciona publicação de MENDES, Gilmar e GANDRA, Ives. *Aspectos procedimentais do instituto jurídico do 'impeachment' e conformação da figura da improbidade administrativa*, Revista dos Tribunais, v. 81, 685, p. 286, 1992.

<sup>11</sup> Também exemplifica com a questão da competência tripartida para julgamento de Prefeito, TJ, TRE e TRE.

<sup>12</sup> Também declinaram a competência ao Tribunal de Justiça a Juíza Zulma Edmea Ozório e Góes, Comarca de Pará de Minas, autos 30198, Juiz Armando D. Ventura Júnior, Comarca de Paracatu, autos 470.02.008.052-4; Juiz Ricardo

Torres Oliveira, Comarca de Luz, 388.02.001.813.

<sup>13</sup> Ver José Rubens Costa. *Infrações político ...*

<sup>14</sup> Mesma crítica merece Damásio E. de Jesus, *Foro por prerrogativa de função*. Repertório de Jurisprudência IOB, 2a quinzena março 2003, n. 6/2003, vol. III, p. 148, pela asserção, embora diametralmente oposta ao pensamento criticado do Ministro Nelson Jobim: "À luz da Constituição Federal de 1988, afigura-se inconstitucional a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública. Violam-se o regime democrático e o princípio da igualdade, pois com a cessação do exercício funcional o agente se equipara ao cidadão comum". De princípio da isonomia, ou não se cuida ou se cuida, sim. Cidadãos comuns, todos nós, agentes políticos ou não. Desiguais, no entanto, justificando tratamento diferenciado dos demais cidadãos comuns por representarem ou terem representado a imagem, a autonomia ou a soberania do país. Na Constituição de hoje, 1988, ou nas de ontem, tratamento constitucional algum se mostrou diverso a pretender, sob a luz da atual, a inconstitucionalidade. Retomar a precisa observação do Min. Pertence, texto n. 8, *Competência originária de ex-Presidente, Prefeito ...*rd. 11.

<sup>15</sup> Outra exceção ao juízo competente da ação popular, ou seja, ao juízo cível, é o juízo popular eleitoral, quando a ação cuidar de matéria eleitoral, AO 772/SP, Min. Moreira Alves, DJ 18.10.02:26, ESTF 2037-01:16.

<sup>16</sup> Ver José Rubens Costa. *O controle jurisdicional dos atos decisórios dos Tribunais de Contas*. Anais do 18º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil. Congresso Seabra Fagundes. 1995. Vol. 2. Revista do Tribunal de Contas do EMG., v. 16, n. 3, jul.set 1995; Boletim de Direito Administrativo - BDA. NDJ, ano XII, n. 6, jun.1996, p. 341 a 356. Caderno de Direito Eleitoral. ed. especial. NDJ, maio 1996.

<sup>17</sup> Conclusão do Supremo Tribunal Federal, caso Sarney, STF, MS 20.941-1, Min. Aldir Passarinho; caso Collor, STF, MS 21.623-9-DF e 21.639-1/160-DF, Min. Carlos Mário Velloso; ver, ainda, STF-RT, 472:256, STF-RDA, 101:149.

<sup>18</sup> O próprio ato jurisdicional pode consistir em lesão a direito, caso em que o prejudicado pode recorrer ao mesmo Poder Judiciário a fim de obter a reparação dos prejuízos (art. 37, § 6º, CF; art. 49 da Lei Complementar n. 35, de 14.3.79, LOMAN; art. 133, CPC).

<sup>19</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos atos Administrativos*. Forense, 4.ed.[S.l]: 1967, p. 117-147, n. 59 - 70.

<sup>20</sup> SATTI, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 10.ed., agg. ed ampliada da Cannine Punzi. Padova: Cedam, 1987, p. 16" n. 3.

<sup>21</sup> FALLA, Fernando Garrido. *Comentários a la Constitución*. 2.ed.[S.l]: Civitas, 1985.p. 2069 - 2070.

<sup>22</sup> MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, v.1, 1974, 2.ed., p.2, 62, n.47, rd.2; CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Garantias processuais: Mandados de segurança e de injunção*. Saraiva, 1990, p.9 e segs. SANTOS, Emame Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, v.1, Saraiva, 3.ed., 1994, p.10: "A jurisdição, no sistema brasileiro, é privativa do Poder Judiciário, que é independente"; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. 1994, p. 206: "O princípio constitucional estabelece o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário"; COSTA, José Rubens. *Manual de Processo Civil*. Saraiva, v.1, 1994, p. 171: "Na jurisdição civil não existe competência anômala".

<sup>23</sup> COSTA, José Rubens. Manual, cit., p. 171; Frederico Marques, ob. cit., p. 2, n.2.

<sup>24</sup> Humberto Theodoro, por exemplo, afirma que as listagens dos arts. 134 e 135, CPC, "são de direito estrito, não admitindo aplicação analógica e nem interpretação extensiva" (Curso de Direito Processual Civil, 14 ed., Rio de Janeiro:Forense, 1994, p. 202).

Farta jurisprudência dissente e aumenta o rol ou interpreta por compreensão (= analogia), incluindo na categoria de suspeito o julgador que revela prejuízo da causa, Des. Yussef Cahali, RT 591:296; STJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, TJRGS 114; STJ-43 Turma, REsp 23.333-5- RJ, Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., DJ 10.8.92, p. 11.955; Des. Evaristo dos Santos, ES 3659-0; Juiz Sinésio de Souza, TA-Criminal/SP, ES-121.298, RT 581, março/84; Juiz Oliveira Lima, EXSUSP 217, HC 10015; RJTJRS, 114:295.

<sup>25</sup> Criticável, assim entendimento que concede irresponsabilidade aos magistrados, afirmando, como o fez, na Rel2138, o Min. Nelson Jobim, colacionando do Min. Néri da Silveira, RE 228.977-SP: "*a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados (uma vez que) os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.*"

Há explícito antagonismo com a previsão do § 6º, art. 37, CF, idêntica à legislação dos magistrados, cf. rd. 21, responsabilizando-os, sim, por culpa ou dolo no exercício das funções jurisdicionais. Antagonismo que pode levar à mesma assertiva de irresponsabilidade dos membros do Ministério Público e até dos advogados, por participarem da natureza essencial da Justiça.

## A FORMAÇÃO ACADÊMICA E OS DESAFIOS DA MAGISTRATURA NA ATUALIDADE

Líliá Maia de Moraes Sales

Advogada, Professora Titular da Universidade de Fortaleza,  
Doutora em Direito/UFPE.

*“Não é o desafio com que nos deparamos que determina quem somos e o que estamos nos tornando, mas a maneira com que respondemos ao desafio. Somos combatentes, idealistas, mas plenamente conscientes, porque o ter consciência não nos obriga a ter teoria das coisas: só nos obriga a sermos conscientes. Problemas para vencer, liberdade para provar. E, enquanto acreditamos no nosso sonho, nada é por acaso.” (Henfil)*

### 1 A FORMAÇÃO ACADÊMICA DO MAGISTRADO E A CONCRETIZAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS

Requisito indispensável para a concretização das funções constitucionais atribuídas ao Poder Judiciário é a formação acadêmica dos magistrados que passa obrigatoriamente pela discussão da qualidade do ensino jurídico no Brasil. Não é de hoje que os debates sobre o ensino jurídico e a formação dos juízes se fazem presentes nas universidades e nos congressos brasileiros.

No entendimento de Horácio Wanderlei Rodrigues(1993, p.190-209) o ensino jurídico de graduação no Brasil passa por uma crise em três níveis: funcional, representado pela crise no mercado de trabalho e crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos; operacional, expresso pela crise curricular, didático pedagógica e

administrativa; e estrutural, representada pela crise dos paradigmas político-ideológico e epistemológico.

Para o presente estudo vale explicar o nível de crise que influencia mais diretamente os cursos de Direito no Brasil: o nível operacional. Neste patamar encontra-se o conjunto de problemas referentes a estrutura formal dos cursos de Direito. A defasagem dos currículos, das bibliotecas, número excessivo de alunos em sala de aula, pouco tempo de dedicação por parte dos docentes e discentes às atividades de pesquisa e extensão, ensino eminentemente técnico, formalista e aulas meramente expositivas, são alguns dos graves obstáculos ao ensino jurídico de qualidade.

Dessa forma, devem os cursos de Direito observar um método de ensino que envolva uma abordagem crítica e questionadora dos institutos jurídicos, abordagem esta voltada para a realidade brasileira, com o objetivo de formar profissionais capazes de propor reformulações sociais e jurídicas. Isto porque o aluno, ao sair da universidade, deve ser capaz de não apenas saber o Direito mas, principalmente, de entender tal ciência, tendo capacidade de questioná-la e reformulá-la quando acreditar necessário, criando conhecimentos, obtendo, assim, um ensino jurídico crítico arraigado a visão axiológica e deixando por menos o positivismo jurídico.

Adilson Gurgel de Castro (2000, p.25), com base no Exame Nacional de Cursos, explicita algumas itens que considera importantes para a reforma do ensino jurídico. São eles:

- a) permanente formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais;
- b) conduta ética associada à responsabilidade social e profissional;
- c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do Direito a partir da constante pesquisa e investigação;

- d) capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as demandas individuais e sociais;
- e) capacidade de desenvolver formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos;
- f) capacidade de atuação individual, associada e coletiva no processo comunicativo próprio ao seu exercício profissional;
- g) domínio da gênese, dos fundamentos, da evolução e do conteúdo do ordenamento jurídico vigente; e
- h) consciência dos problemas de seu tempo e de seu espaço.

O profissional do Direito não pode prescindir de séria formação técnico-jurídica, quaisquer que sejam as atividades que desempenha. Menosprezar a dimensão técnica do Direito representa um erro, pois qualquer ciência necessita e utiliza instrumentos técnicos para sua operacionalização. É certo, no entanto, que a exacerbação do tecnicismo reduz o Direito à lei, ou à códigos. A técnica deve estar a serviço das finalidades almejadas pelo Direito - finalidades jurídicas, sociais e políticas -, determinando que o profissional não pode prescindir da formação sócio-política, humanística e interdisciplinar, permitindo ao aluno e ao profissional visão mais ampla e participação ativa no processo social, globalmente compreendido.

Assim, o ensino jurídico não pode destinar-se somente à formação técnica do estudante pois há necessidade de ensinar-se conhecimentos gerais, como Sociologia, Economia, Filosofia, Literatura Política, a fim de que, conhecendo os problemas da sociedade em que se vive, repense o Direito no momento de aplicá-lo, conscientizando-se também de que, como jurista, possui um papel a desempenhar no processo de transformação social.

A formação jurídica não se confunde como simples conhecimento de leis vigentes, para a sua aplicação mecânica aos casos concretos, mas corresponde na compreensão do Direito em todas as suas

dimensões, com os valores da dignidade humana, liberdade, segurança e justiça social.

Torna-se evidente a necessidade do pluralismo de idéias que efetive a interdisciplinaridade. Dessa forma, as universidades devem oferecer possibilidade do envolvimento da matéria curricular com pesquisa e extensão, e ainda, estabelecendo parâmetros que efetivem essa interdisciplinaridade.

A interdisciplinaridade – sendo assim uma série de disciplinas de outras áreas de conhecimento oferecendo diferentes enfoques aos fenômenos jurídicos, todos eles analisando os fenômenos em sua integridade – oferece, juntamente com a pesquisa e a extensão, uma visão mais ampla, moderna e fidedigna da sociedade atual.

Na compreensão de Soares Filho(1992, p.95-6)

a questão da interdisciplinaridade emerge, igualmente, nas determinações de uma transição. Chega-se ao esgotamento de um padrão de racionalidade construído sob o paradigma das ciências naturais e que conduziu, na matriz do pensamento científico do século XIX, a um modelo global de cientificidade, cujo avanço se fez pela observação livre, distanciada e descomprometida com a realidade. Para além da disciplina, quantificação e especialização dos fenômenos que a experiência ordenada produz, a abordagem interdisciplinar busca refletir o real sem suprimir-lhe as contradições, acentuando os ângulos de entrosamento dos seus diferentes aspectos na totalidade. Busca-se, neste modelo, uma aproximação epistemológica capaz, portanto, de articular os pontos de integração dos fenômenos na vida social.

Tem-se, portanto, que a formação acadêmica adequada, com exigência de estágio de prática jurídica e da existência de aparato específico para treinamento do operador de Direito, e ainda, o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa e extensão, interli-

gadas e obrigatórias, transmuta-se numa excelente qualificação profissional.

As atividades de ensino, pesquisa e extensão devem ser interligadas e obrigatórias, patrocinando, assim, formação fundamental, sociopolítica, técnico-jurídica e prática ao operador de Direito.

O juiz, com a formação acadêmica diferenciada, excelente preparo técnico, visão interdisciplinar, compreensão do Direito como instrumento de transformação social, e a noção do compromisso com a realidade, provavelmente será um profissional capaz de efetivar as funções a ele atribuídas pela Constituição Federal de 1988, especialmente efetivar os direitos fundamentais e garantir o Estado democrático de Direito.

## 2 OS DESAFIOS DOS JUÍZES NA ATUALIDADE

Diante dos problemas que ensino jurídico brasileiro ainda enfrenta e da conseqüente formação técnico-burocrática dos juizes, no exercício das funções judicantes, a magistratura, imersa na cultura legal-formalista calcada no Estado Liberal, transformou em dogmas princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica. O exercício da magistratura tornou-se distante da sociedade e em descompasso em relação à atual realidade.

A sociedade mudou. Os conflitos sociais tornaram-se mais complexos. Como explica José Eduardo Faria(1998, p.52)

O aparelho burocrático do Judiciário com regras próprias organização e de atuação específica desenvolvidas e aplicadas por um corpo de profissionais já não mais conseguem decidir conflitos judiciais mediante a simples aplicação de normas gerais e abstratas aos casos concretos oferecendo à sociedade a efetiva prestação jurisdicional. Os conflitos inéditos desafiam o sistema lógico-formal, desmistificando a racionalidade formal

tão cultivada pelas concepções de cunho liberal buscando uma racionalidade material – lógica do humano e do razoável. Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à justiça descobriram o caminho dos tribunais, orientando-se por perspectivas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de textura aberta, como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmada.

O papel do juiz na atualidade não se limita a prolator de despachos e sentenças, encerrado num mundo auto-suficiente que fica acima dos conflitos sociais. Possui um papel mais extenso e complexo do que este. Seguindo a linha de raciocínio do professor Herkenhoff(1997) são cinco os desafios enfrentados pelos juízes na sociedade atual, desafios estes que demarcam o novo papel do juiz nos dias de hoje: hermenêutico; ético; político; desafio cultural e o humanista.

### 2.1 O desafio hermenêutico

O desafio hermenêutico é aquele que se põe para o intérprete e aplicador da lei e do Direito. O juiz interpreta e aplica o Direito. De certo modo, no Direito tudo se refere a interpretação. Elaboraram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. O juiz tanto pode simplesmente ser um mero aplicador de leis, influenciado pela formalismo e legalismo herdados do Estado Liberal, insensível às mudanças, estagnando o Direito, como pode ser um construtor de uma hermenêutica comprometida com o avanço social, com a melhor distribuição de riquezas, com a cidadania e com a dignidade da pessoa humana.

O juiz, na sua função, exerce uma atividade de escolha, por meio da interpretação. Uma interpretação, portanto, não pode ser calcada numa neutralidade axiológica. Ou o juiz entende o Direito como uma obra acabada, sempre suficiente para gerir todos e quaisquer conflitos dentro de uma lógica formal, ou passa a “pensar o Direito” como um processo, sempre inacabado, progressista, dialético. O Direito não “é”, o Direito “está sendo”.

Assim, para que se vença o desafio hermenêutico, se torna imprescindível o afastamento da exegese meramente literal. Primeiro, é necessário analisar o Direito dentro de um processo histórico-global, para evitar o afastamento da sociedade. Os conceitos devem ser analisados em função dos fatos sociais, pois os conceitos existem para a sociedade e não o contrário. As teorias jurídicas apresentadas devem estar sempre ligadas às suas condicionantes sociopolíticas, demonstrando, assim, a sua importância, pois qualquer concepção de Direito em geral e de hermenêutica em particular somente será consistente se tiver raízes nas necessidades sociais, por maior que seja o rigor lógico ou grau de abstração que alcance.

O processo hermenêutico é formado pelo objeto (palavra ou prática), pelo autor (intérprete), métodos destinados a atingir o objetivo traçado e o contexto histórico cultural no qual esse processo se realiza.

Para Azevedo(1989, p.15-6),

a consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (e eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da formação jurídica e os efeitos satisfatórios e insatisfatórios desse processo, funcionando ainda como seguro anteparo contra a inclinação mecanicista e o simplismo silogístico que muitos autores enganada ou enganosamente teimam em conferir-lhe.



A lógica formal tão prezada pela ideologia técnico-formal do liberalismo mostra-se insuficiente nos dias atuais. A validade das normas jurídicas está condicionada pelo contexto em que e para que estas se produziram. Elas nascem como resposta a certos fatos, não podendo o intérprete transformá-las em princípios com validade absoluta, esquecendo-se de que *uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, que, enquanto esteja vigente, é revivida de modo atual pelas pessoas que a cumprem ou aplicam, e que, ao ser revivida, deve experimentar modificações para ajustar-se às novas realidades em que e para que é revivida* (RECASÉNS SICHES, 1973, p.265).

Assim, com o intuito de fazer justiça, o juiz pode, ao dirimir um caso concreto, afastar uma norma, que seria aplicável, por considerá-la injusta, em relação à necessidade do caso e à realidade social em que se deu tal conflito. O legislador busca o bem comum, de modo que, cabe ao intérprete compreender o que é o bem comum naquele momento e naquela sociedade e concretizá-lo, seja aplicando a norma ou afastado-a.

O juiz deve, portanto, sempre no exercício da sua atividade jurisdicional, observar a finalidade social da lei e as exigências do bem comum que a ela postas para prover, no dizer de Faria(1998, p.20),

*encarando o Direito como um instrumento de direção e promoção social numa perspectiva histórica e valorizando-o, antes como um método para a correção de desigualdades e consecução de padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico do que como uma técnica para a consecução de certeza e segurança (o que pressupõe um conhecimento jurídico multidisciplinar a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica da ordem legal.*

Os valores individualistas das leis devem ser permutados pelos valores sociais, e isto deve ser feito pelo juiz por meio da interpretação.

O desafio hermenêutico exige, dessa forma, que o juiz não se aprisione à jurisprudência dominante. A jurisprudência é importante ao exercício da atividade judicial, mas a submissão a ela, pelo poder dos que criam a jurisprudência, é um óbice ao avanço do Direito. Repensar a jurisprudência é um poder-dever do juiz.

Ainda de grande relevância no desafio hermenêutico é a compreensão da Constituição como Lei Fundamental. Deve-se reconhecer não só a supremacia da Constituição na ordem jurídica, como também os meios para garanti-la juridicamente. Para que a supremacia da Constituição seja garantida, é necessário que as normas infraconstitucionais sejam compatíveis, tanto formal como materialmente. A Constituição, através dos valores que consagra, dos princípios e preceitos que apresenta, especialmente os definidores dos direitos fundamentais, torna possível a elaboração de uma teoria de justiça, válida e suficiente para servir de parâmetro para atuação de todos os operadores do Direito, especialmente para os juizes.

A Constituição é uma norma fundamental, pelo fato de residir em posição de supremacia; material, porque, além de normas, contém uma ordem de valores que devem ser obedecidos pelas leis infraconstitucionais; e aberta, porque mantém uma interação com a realidade. Seguindo as palavras de Cleve(1995, p.21),

*a baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus comandos constituem meios adequados para garantir a constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado. A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional: o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso.*

No mundo atual, ainda citando Cleve(1995, p.21),

encontra-se superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era de simples diretivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois a juridicidade, vinculatividade e atualidade das normas constitucionais. Isso não impede naturalmente que se deva clarificar a tipologia das normas constitucionais e pontualizar a sua função e eficácia no conceito global da Constituição, pois é claro que nem todas as normas constitucionais têm a mesma natureza, estrutura e função, sendo variável a intensidade de sua força conformadora imediata. Todas elas, porém, possuem uma eficácia normativa, seja como direito atual diretamente regulador de relações jurídicas (normas consagradoras de direitos fundamentais, seja como elementos essenciais de interpretação e integração de outras normas (normas consagradoras de princípios políticos). A Constituição é, pois, um complexo normativo ao qual se deve ser assinalada a função verdadeira de lei superior do Estado, que todos os órgãos vincula.

Assim, na atividade da magistratura, devem os juízes reconhecer a normatividade da Constituição. Não é mais possível que, sob o pretexto dos preceitos constitucionais serem definidos como programáticos, os juízes não os apliquem, dando efetividade a leis obsoletas em total desacordo em relação ao Texto maior.

## 2.2 O desafio ético

O desafio ético é aquele que busca assegurar o valor "justiça", acima simplesmente do valor "lei".

A confusão feita entre Direito e lei é herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezenove. As revoluções burguesas trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como garantia

da justiça contra o arbítrio. A lei formal, fabricada artificialmente pelo Legislativo passou a imperar, lei esta sem qualquer preocupação com a justiça, direitos humanos e interesses sociais. O ser humano passou a sujeitar-se a regras objetivas – iguais para todos – iguais para os desiguais – igualdade formal.

O legalismo formal acabou por afastar da justiça o direito. O fato de adesão ao positivismo significa a eliminação da ética, como pressuposto do Direito ou integrante dele.

*E a partir daí a assunção da condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse motivo que os tribunais de justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juizes realmente dedicassem sua vida a promover justiça (DALLARI, 1996, p.83).*

Em nome da ciência jurídica, compartimentou-se o conhecimento do Direito, dividindo-o em duas partes estanques, uma lógica, ocupando-se das ciências das normas – Ciência do Direito a que incumbiria o estudo das normas jurídicas positivas - outra axiológica, a que trataria dos valores intrínsecos ao Direito – questões de validade intrínseca, fundamentos do Direito e de suas relações com o social.

Essa redução acanhada e insustentável, encontra-se em absoluto descompasso em relação aos dados da moderna investigação científica voltada para o campo social. Até porque, pela estrutura das regras de conduta *fato-valor-norma*, demonstra que nos juízos hipotéticos estão implícitos valores a serem resguardados.

Nas palavras de Plauto Azevedo(1989, p.22-23),

*não há lugar onde a concepção positivista do direito se mostre mais insuficiente do que na interpretação das normas jurídicas, que é inseparável da interpretação dos fatos sociais. É que a atividade do intérprete, especialmente, a atividade judicante, tem que ser efetivamente e essencialmente valorativa. Só por isto já contraria, na prática, a afirmativa teórica, ideologicamente veiculada pelo positivismo, de que a consideração valorativa do direito, por não ser científica, deve ser expungida do raciocínio jurídico.*

O Juiz, portanto, para vencer esse desafio ético, deve mudar a mentalidade de soberania da lei em relação ao Direito, despojando-se desse manto de neutralidade tão peculiar do tecnicismo e aliar-se aos compromissos sociais, com uma postura crítica compatível com o Estado Democrático de Direito.

A ética do ofício judicial manda que o juiz esteja a serviço do Direito. O advogado, de acordo com o Estatuto da Advocacia, é defensor da Justiça e do Direito. O juiz, portanto, deve servir ao Direito voltado para o social que representa a Justiça. Não há valor ou validade numa norma jurídica se esta estiver totalmente desvinculada da realidade social.

Quando houver um conflito entre a lei e o Direito, deve-se aplicar o Direito. *Quando há atrito entre o Direito e a lei tem-se uma questão ética, choque de valores, e não uma questão meramente jurídica e muito menos uma questão meramente legal*(HERKENHOFF, 1997, p.26).

Deve o juiz, nesse caso, à luz da hermenêutica aberta – interpretação histórico-social, teleológica etc., interpretar a lei e o Direito com sabedoria e alcançar a Justiça. O bom intérprete harmoniza a roupagem da lei com o bem comum e com as exigências da Justiça, e muitas vezes afasta a lei para aplicar o Direito.

### 2.3 O desafio político

Seguindo o entendimento de João Baptista Herkenhoff(1997, p.27) o desafio político é em síntese, *o desafio de realizar as expectativas sociais de uma Justiça que interfira positivamente no jogo das forças presentes na sociedade, que jogue um papel no aperfeiçoamento democrático, na construção democrática.*

Ao discorrer sobre os desafios hermenêutico e ético, um e o outro, buscam a realização da Justiça. O desafio político aparece exatamente como forma de concretização dessa justiça na sociedade brasileira.

Há necessidade de juizes que sem debruce sobre as necessidades sociais, de juizes comprometidos com a sociedade, preocupados com a justiça social, as desigualdades sociais, e fundamentos consagrados na Constituição.

Não se admite sustentar o mito da imparcialidade e do alheamento em face das lutas políticas, tendendo o juiz a repudiar qualquer participação nas lutas de classes, mesmo que sua participação se restrinja simplesmente a estudar os casos dos conflitos individuais e coletivos à luz da Constituição e ao lume da realidade e necessidade sociais.

O descompromisso dos juizes em relação à sociedade, na atividade judicante, resulta em centenas de precedentes inconsistentes. A dogmática condena o Judiciário à reprodução de desigualdades, de injustiças.

No entendimento de Passos(1982, p.178-200) *a primeira desmistificação a fazer da figura do juiz e do papel do juiz é a de revelar esta verdade chocante, mas irrecusável: o bom juiz, o eficiente juiz pode ser um instrumento da máxima injustiça, quando ele, diligente e exato, aplica leis que representam o discurso de um Poder opressor.*

Importante frisar a opinião de Santos(1995, p.174) no sentido de que

*É de importância crucial os sistemas de formação e recrutamento do magistrados e a necessidade urgente de dotá-los de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.*

#### 2.4 O desafio cultural

O desafio cultural é referente ao significado que o juiz tem na sociedade. É a presença do juiz na sociedade como líder, educador, mediador, especialmente no interior dos estados. A população reclama a presença do juiz na comunidade, prestando os serviços efetivamente. O juiz, para melhor dirimir conflitos, atendendo as peculiares necessidades locais, precisa conhecer a realidade da comunidade. Somente entendendo a cultura local poderá encontrar soluções justas e adequadas à realidade.

O juiz, através dessa participação ativa dentro da comunidade, terá o poder (pois alcançará a credibilidade necessária) de mediar conflitos independente de ação judicial, simplesmente conversando. A presença do juiz é indispensável para a credibilidade da população no Judiciário e na Justiça.

#### 2.5 O desafio humanista

A tarefa de julgar não pode ser desligada do ser humano, feita de abstrações. O desafio humanista basicamente encontra-se na crítica ao adágio clássico *o que não está nos autos não está no mundo*.

Sob o mito da neutralidade e manto da imparcialidade, os juízes assumiram uma posição bastante distanciada dos indivíduos e da sociedade como um todo. Dessa forma, apegaram-se veemente-

mente ao positivismo técnico-jurídico, acreditando ser a maneira mais correta e justa de solucionar os conflitos. Os valores estavam fora do Direito, por isso não deveriam ser levados em consideração. Essa concepção do Direito igual à lei foi ultrapassada, principalmente quando se fala em Estado democrático de Direito, mas os juízes continuaram com a mesma forma de agir, distanciando-se cada vez mais da sociedade.

O desafio humanista requer que o juiz se desprenda desse cativeiro das leis e passe a compreender a necessidade de comunicação humana entre ele e o povo. O mundo é infinitamente superior ao que está nos autos.

Como ensina Herkenhoff (1997, p.30)

*Não são apenas pleitos, demandas, requerimentos que chegam à presença do juiz. São vidas, são dores, são esperanças e desesperanças, são gritos, são choros. Como pode haver uma justiça com o rosto humano se só são reconhecidos e legitimados os caminhos previstos na técnica jurídica? E pode haver uma justiça de homens, para homens, que não tenha rosto humano?*

O Poder Judiciário serve à Sociedade. A Justiça cara, demorada, nega a democracia. A necessidade de roupas específicas e calçados (afastando as pessoas dos tribunais) fere a dignidade humana, principalmente quando se fala de um país, no qual a maior parte da população é miserável. Defende-se ainda que, como medida de humanização da Justiça, as construções destinadas a acesso à Justiça sejam simples. Os palácios, muitas vezes desenhados em labirintos, afastam o povo, causam temor.

O desafio humanista depende de muitas coisas: simplificação de leis, códigos, estruturas, das partes, que devem adquirir consciência dos seus direitos e dos operadores jurídicos (juízes, promotores, procuradores, defensores, advogados, serventuários). Depende, principalmente, de uma mudança da concepção do Direito, não mais o

Direito-lei, mas o Direito-Constituição. O Direito, na sua globalidade, na sua integralidade, e na sua transcendência deve servir à pessoa humana, à dignidade humana.

### 3 REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e à hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CASTRO, Adilson Gurgel de. Pela melhoria dos cursos jurídicos. *Revista da OAB, Ensino Jurídico - Balanço de uma experiência*, Brasília, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 691, p. 34-44, maio 1995.
- CAPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: Tex, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- MORAIS, Lília Maia de; OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *O Poder Judiciário e os desafios do Estado contemporâneo, I Concurso de Monografia sobre o Poder Judiciário*. Fortaleza: Tribunal de Justiça/ESMEC, 1988.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Administração da Justiça no Brasil. Visão para além do imediato, separata da obra Estudos de Direito processual, em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982.)
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e direito alternativo*. Acadêmica: São Paulo, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SOARES FILHO, José. Corporativismo no Judiciário. *LTJ; Revista Legislação do Trabalho Previdência Social*, São Paulo, v. 56, n. 4, p. 445-450, abr. 1992.

## “METAMORFOSES” DA DEMOCRACIA E CONTROLE NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO

**Paulo Antonio de Menezes Albuquerque**

Professor do Curso de Mestrado em Direito da Unifor e da  
Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela  
Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

**Plínio Régis Baima de Almeida**

Aluno do Curso de Direito da UNIFOR/Bolsista do CNPq.

- 1 Introdução
- 2 Conceito de povo e suas “metamorfoses” históricas
- 3 A democracia como realidade jurídico-política
- 4 Controle normativo e processo democrático
- 5 Conclusão
- 6 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

Em sua conhecida obra *A Metamorfose*, Franz Kafka situa o protagonista Gregor Samsa como arrimo da família, após a falência dos negócios do pai. Sua responsabilidade exemplar e dedicação compulsiva ao trabalho garantiam o padrão de vida médio dos parentes, que deste modo dependiam de Gregor. A mutagênese súbita que o acomete transforma-lhe em um inseto, descaracterizando a relação com outros seres humanos e excluindo-o da intimidade da família, que aos poucos esquece a consideração que lhe concedia. Respeito e segurança são substituídos por um horror primitivo; reconhecimento cede lugar à repulsa; o familiar se torna estranho, tendência exacerbada pela angústia da convivência física “compulsória”. No fim a “anomalia” encontra seu “lugar natural” como rejeito, dando-se o desfecho do drama com a morte “da coisa” (termo que sintetiza a

despersonalização ocorrida); restabelece-se a normalidade, com alívio geral. Como toda história clássica, essa permite várias leituras: seria uma descrição do drama do homem moderno, aprisionado em situações que não controla e alheio a suas próprias paixões e desejos? Ou uma metáfora do autoritarismo social e econômico, que transforma os indivíduos em objeto e é indiferente aos direitos subjetivos e diferenças específicas? Ou tudo isso somado?

Mais que responder a tais indagações o presente trabalho parte da sugestão de que a análise de Kafka - embora contenha elementos psíquicos de origem inconsciente, que dizem respeito à vida pessoal do autor e da sociedade européia de sua época - pode ser útil para ilustrar as ambigüidades da vida social e suas transformações, exatamente por utilizar-se da caricatura, típica da literatura fantástica, permitindo assim o "decalque" do real através de sua imagem negativa. Quando se leva em consideração a mudança por que passaram e têm passado os espaços sociais de expressão da individualidade e as instituições da vida pública, confluentes no espectro jurídico - constitucional que vai do sujeito de direitos até o indivíduo - cidadão, a idéia de povo parece ilustrar em sua própria transformação histórica os dilemas da construção de um poder democrático na sociedade contemporânea.

Não deixa de ser algo surpreendente essa transformação, quando se recapitula a evolução do conceito; afinal, desde o ideário iluminista, baseado no homem enquanto ser dotado de razão, o povo torna-se instrumento de oposição ao absolutismo monopolista exercido nos Estados monárquicos, sendo redescoberto como legitimador das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX e por fim disperso na sociedade fragmentada da contemporaneidade, a ponto de sua existência mesma ser posta em questão ou relativizada.<sup>1</sup>

Com a consolidação do mundo burguês e a implementação do liberalismo político, o conceito de povo torna-se objeto de "domesticação" conceitual, dissipa-se pouco a pouco como referência global de atribuição de legitimidade.

O "povo" passa então a ser invocado nas constituições, mas os textos e sobretudo a doutrina constitucional o desconstituem como agente transformador, limitando ou mesmo tolhendo a atuação do poder constituinte através de interpretações dirigidas do texto constitucional. Friedrich Müller refere-se a essa questão quando observa que "ela (constituição) fala, mas não sobre o poder do povo; ela se atribui legitimidade. Ao mesmo tempo silencia sobre o fato de que essa atribuição não alcança a realidade".<sup>2</sup> Trata-se portanto também de um uso mitificador do conceito de povo, na medida em que este passa a ser objeto de adaptação discursiva às injunções do cenário político, de acordo com a correlação de forças dominantes. Parece pouco provável, no entanto que esse uso mitificador consegue determinar completamente a história, estabelecendo-se de forma hegemônica sem resistências. Gregor Samsa vive.

É que por outro lado a própria expansão da democracia como "valor universal" e a consolidação do Estado de Direito de orientação democrática contribuíram para trazer a discussão dos controles da normatividade constitucional para o centro da vida política. Na medida em que a democracia necessita implantar controles jurídicos para conter frustrações geradas pela inflação e profusão de direitos, disputas de interesses e desigualdades sociais que ameaçam sua própria existência, corre o risco de esvaziar, em certa medida, a idéia democrática expressa na possibilidade de todos exercerem o poder. Neste sentido a recuperação da idéia de povo talvez permita contribuir para a construção de mecanismos de controle capazes de viabilizar a atualização democrática da própria ordem constitucional.

## 2 O CONCEITO DE POVO E SUAS "METAMORFOSES" HISTÓRICAS

Distante de suas raízes na antiguidade clássica, onde abrangia aqueles que exerciam ou poderiam vir a exercer as funções públicas existentes, o povo reaparece na história como "reinvenção" jurídico-política. Na maioria das Constituições pós-revolução francesa cons-

ta a justificativa de aclamação do povo como pressuposto de legitimação do sistema político vigente. Também as Constituições do Brasil independente seguiram esta regra - mesmo as outorgadas, como é o caso das Constituições de 1824 e 1937, reiteram essa proclamação. Quando se invocam as vicissitudes por que passou a participação popular, notadamente no período histórico que vai da independência até o final da República Velha (1930), não deixa de ser sintomático como essa relativa estabilidade baseia-se, por sua vez, em um vago compromisso de eficácia da atuação do povo e da validade prática da democracia como referentes do funcionamento do Estado de Direito moderno.

Não é somente um fenômeno nacional, diga-se; na realidade o conceito de povo sofre sucessivas aliterações em sua evolução semântica, até alcançar lugar na formação constitucional do Estado contemporâneo. Antes destinatário da construção do Estado com obra conjunta da sociedade e das instituições políticas, torna-se paulatinamente isolado da participação nas decisões inspiradas pela organização tecno-burocrática com que o Estado passa a revestir-se, acompanhando a sazonalidade das necessidades de intervenção - seja "positiva" (contenção do arbítrio privado e planejamento econômico) ou "negativa" (processos recentes de privatizações, desregulamentação e a chamada "desestatização"). Aqui reside a noção-chave de distinção entre democracia "antiga" e "moderna", pela qual a vida pública separa-se da vida privada dos indivíduos, divisão exacerbada pelo domínio da lógica do mercado.

Tais alterações decorrem não somente das diferenças territoriais e culturais dos povos abrigados nos diversos Estados-nação, em relação às formas de manifestação da *polis* grega; advêm sobretudo do fato da vida moderna ter trazido novas dimensões da sociabilidade que não se encaixam no *ethos* clássico: moral e direito separam-se; política e religião seguem caminhos diferentes; vida privada e vida pública podem até desconhecer-se, algo impensável na antiguidade. Tendo em vista que o indivíduo e seus direitos passam a ser constitutivos do próprio modo de ser da vida moderna, ocorre que à

ambivalência tradicional expressa no confronto aristocracia/pobres agregam-se novos espaços de individualidade, de carências e expectativas de várias sociabilidades, nem sempre compatíveis - mesmo ecologicamente - entre si.

O povo passa a exercer a função de ícone<sup>3</sup>, ou seja, critério ambivalente de legitimação, cuja interferência parece um tanto artificial e mesmo "deformadora" das instituições (de acordo com a lógica seguida pelos profetas do utilitarismo econômico, em sua pregação contra os "custos da democracia"). Assim como o personagem Gregor Samsa, que acaba transformado em um inseto e é mantido em um quarto isolado pela família, surge aqui um "constrangimento íntimo", a oscilar entre a compulsória solidariedade da tradição, de um lado, evitando-se assumir o fim do povo como "sujeito", e o sentimento de rejeição, de outro, tanto mais perturbador quanto mais se revela impossível de ser resolvido dentro dos procedimentos "normais" da lógica do mercado e das finanças do poder global.

Assim como na obra de Kafka a anormalidade de Gregor justifica a rejeição familiar, a suposta inadaptabilidade do termo povo às condições atuais endossa seu isolamento ideológico como sinal precoce de falência de qualquer tentativa de renovação de seu significado na sociedade contemporânea, antes mesmo que se faça uma reflexão mais aprofundada acerca dessa viabilidade. Neste sentido, pode-se perfeitamente argumentar que a democracia, assim como a idéia de povo, pode também sofrer uma "boa" metamorfose - no sentido de acompanhar as idéias e concepções de mundo, em favor de formas mais equitativas e pontuais de participação.<sup>4</sup> Tudo dependerá do modelo de relações praticadas entre Estado, sociedade e o modo de conceber a existência das experiências individuais autônomas, pelo que a democracia necessitará estabelecer novos laços (inclusive globais ou mundiais) de liberdades política, de consciência e participação, reconhecendo a existência de vários planos de coexistência: o destino de Gregor Samsa, longe de poder dar-se "de barato", ainda está por ser traçado.



### 3 A DEMOCRACIA COMO REALIDADE JURÍDICO-POLÍTICA

Ao longo da história da democracia brasileira, desde a emergência do ideal republicano no período monárquico, expressões como “democracia” e “povo” foram geralmente utilizadas nas disputas oligárquicas para “contestar o poder central e reivindicar maior autonomia de atuação local, tanto no terreno econômico, quanto no político”.<sup>5</sup> O entendimento de democracia nesse contexto histórico está longe de aproximar-se de um regime em que o povo seja chamado a atuar como protagonista das mudanças político-sociais. Tida retoricamente como a “antítese da autocracia”,<sup>6</sup> a democracia era utilizada pela elite nacional para confrontar a autoridade e o poder do monarca. Eventuais radicais que estivessem dispostos a levar às últimas consequências o ideal da participação popular eram poucos, e foram rapidamente isolados, tal como se deu logo após a proclamação da República com o “subversivo” Silva Jardim.<sup>7</sup>

A democracia brasileira portanto nunca esteve inserida como forma de garantia real na estrutura estatal, nem havia a preocupação de buscar a implementação de diretrizes democráticas nas práticas político-administrativas cotidianas, de modo a sintonizarem-se com a consecução de objetivos sociais mais amplos. Eternamente diferida, abandonada em seu conceito formal – em desfavor de práticas institucionais “alternativas” – a democracia tornava-se uma estratégia discursiva cujo momento de realização prática dependeria de condições “ideais”, consideradas típicas de países considerados “desenvolvidos”. Somente após as experiências traumáticas de ditaduras mais recentes e as mudanças trazidas pela modernização industrial e concentração urbana é que o processo brasileiro de aprendizagem democrática alcançou um patamar de práxis constitucional, superando, ainda que precariamente, a alternativa periódica e golpista da exploração dos vícios demagógicos da democracia.

Vale nesse sentido citar Hans Kelsen, quando critica a associação de democracia como mera *forma* política: “Essa crítica confunde a idéia de democracia com uma realidade política que, erroneamente, interpreta a si própria como democracia, ainda que não corresponda a essa idéia”.<sup>8</sup> Pode-se ampliar a lição kelseniana para afirmar que um Estado de Direito constitucional deve incorporar não somente a forma democrática, entendida esta como realidade procedimental de atuação do poder estatal, mas também conteudisticamente como princípio de convivência, a inspirar o respeito às diferenças entre indivíduos, grupos e até mesmo na convivência da sociedade internacional: é o reino da democracia como “valor”.

Deste modo, é importante notar que em uma Constituição onde se preveja um Estado *Democrático* de Direito, como na brasileira atual, ocorre uma sobreposição de exigências decorrentes da própria institucionalização do *Estado de Direito* visto como *organização jurídico-política* com posicionamentos subordinados à aplicação do *princípio democrático*<sup>9</sup> no funcionamento daquele. Como consequência, tanto da parte dos dirigentes como também do povo corresponderá o primado de uma *sociabilidade* democrática, ou seja, de uma forma de convivência entre Estado e sociedade, na qual esta pode se expressar em toda a sua diversidade de manifestações, na convivência política e humanista de quem pensa de modo diferente (respeitado, é claro, o patamar mínimo do primado da própria democracia). O princípio democrático não deve ser aplicado assim apenas de acordo com a conveniência estatal, tornando-se objetivo a ser constantemente perseguido em meio aos conflitos de interesses que surgirão naturalmente na vida social.

### 4 CONTROLE NORMATIVO E PROCESSO DEMOCRÁTICO

Diante dos impasses e conflitos que os diversos sentidos da questão democrática apresenta na sociedade atual percebe-se como

os critérios normativos de controle democrático relativos à substituição jurídica popular (espaço de livre atuação das funções estatais) desempenham papel decisivo na organização e funcionamento da democracia contemporânea. Se de um lado essa atuação revela-se fundamental para fornecer elementos de garantia de direitos e prerrogativas do exercício de competências, de outro lado esse equilíbrio mostra-se bastante precário, na medida em que atividades consideradas técnicas ou especializadas tendem a espalhar-se de seu leito "natural" para invadir áreas de competência originárias da sociedade. A questão revela-se sobretudo delicada quando envolve instituições encarregadas da defesa do próprio Estado de Direito democrático.

O Poder Judiciário desempenha nesse sentido papel de destaque na política Constitucional Moderna, vez que a interpretação realizada pelo Poder Judiciário está estrategicamente disposta entre os conceitos de participação e soberania populares, de um lado, e a burocracia da administração pública e os interesses privados que dispõem de maior poder de imposição, de outro. Neste sentido aponta-se a precariedade de legitimidade do poder judiciário, já observada pelos revolucionários do século XVIII; desconfiava-se então de que a vetustez da instituição judiciária, sua dependência histórica em relação ao executivo – ao que se soma no caso brasileiro uma tênue tradição democrática – tornassem suas decisões potencialmente contaminadas por um viés ideologicamente comprometido com modos de pensar conservadores. O que se observou, no entanto, é que a própria legitimidade do direito como um todo se tornou mais complexa, na medida em que nenhuma instância estatal é capaz de isoladamente poder ser considerada "fonte", nem esta poder ser reduzido a qualquer autoridade moral.

Para a imagem de autosuficiência do judiciário contribuiu sem dúvida a tradição positivista, através da qual a doutrina tradicional acreditou que ao interpretar e aplicar o direito o judiciário exerceria atividade de natureza essencialmente técnica. Dessa forma, os tribunais, ao decidirem sobre a constitucionalidade das normas, seriam

dotadas da capacidade "inata" de manterem-se aferrados exclusivamente à letra da lei, desvinculando-se por completo de valores e circunstâncias de aplicação, com exceção daqueles constantes do ordenamento vigente e de forma sempre inapelavelmente unívoca e homogênea. Ao exercerem tal atividade técnica os membros do judiciário estariam desvinculados do "titular da soberania, inclusive, quanto a responsabilidades pelos resultados sociais de suas decisões".<sup>10</sup>

Esse pensamento divorcia-se no entanto admiravelmente da realidade na qual está inserida o Poder Judiciário, principalmente no que concerne à atividade de controlar a compatibilidade das leis com o texto constitucional. <sup>11</sup> Ao controlar a constitucionalidade, o judiciário, ao invés de produzir normas concretas e individualizadas (característica geral de decisões judiciais), cria normas gerais e abstratas, ou seja, normas legislativas, exercendo, com isso, uma atividade que é também política - política constitucional, envolvendo os poderes nela e por ela instituídos. Assim, quando diz o direito em relação à Constituição, o Judiciário expressa-se através de uma decisão política traduzida em termos declaradamente normativos. Daí que a autoridade de tais decisões dependa, por outro lado, de que não venham a constituir-se em elemento central de disputa, evitando o custo de produção de consenso que arranharia sua autoridade. Há aqui portanto um dos paradoxos da democracia: da mesma forma como esta sustenta-se pela mera *possibilidade* de concreção de direitos, podendo entrar em crise se não houver canais derivativos das energias sociais e de expectativas frustradas, a autoridade do judiciário será tanto maior quanto menos solicitada for.<sup>12</sup>

Há portanto a permanente ameaça de crise institucional no papel de controle normativo desenvolvido pelo Poder Judiciário no Estado de Direito, dependente do estado de equilíbrio funcional de outros "poderes" estatais, notadamente do respeito do primado dialógico do legislativo, na qualidade de representante do "povo geral" e destinado a fazer-se presente em decisões que não possam ser tomadas pelo titular da soberania de modo direto. José de

Albuquerque Rocha resume a questão a observar que “um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que, no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário”.<sup>13</sup>

Trata-se de saber portanto em que medida a atualização democrática dos textos constitucionais possa ser exercida não somente como decorrente do exercício do poder técnico, mas como pedagogia democrática, envolvendo agentes delegados, cidadãos e membros avulsos de uma sociedade que reconhece, ao mesmo tempo, tanto a existência da importância da garantia dos direitos formais como o próprio direito inovador à diferença como igualmente importantes – esta não mais vista como aberração ou distúrbio do consenso universal e portanto merecedora de ser “extinta”, mas como componente constitutivo do processo sem fim da “invenção democrática”<sup>14</sup>, objetivo de toda a sociedade.

### CONCLUSÃO

Na perspectiva da Teoria Constitucional da Democracia, não há sentido em falar-se de decisão política sem anuência popular, mesmo que exercida de forma indireta: “não há democracia sem participação”.<sup>15</sup> Desse ponto de vista, por não possuir um controle popular de suas decisões de cunho político, a democracia evolui para englobar a prática funcional dos poderes do Estado e das instituições sociais. Neste sentido a crítica de decisões dos tribunais não sofrerem nenhum tipo de apreciação de compatibilidade constitucional, podendo ser revistas por si próprias, tornando-os assim juízes de si mesmos e potenciais legisladores, por vincular os outros poderes à interpretação constitucional conferida. Advertência nesse sentido já havia sido feita à sua época por Jean-Jacques Rousseau, na obra *Do Contrato Social ou princípios do direito público*: “Não é bom que exe-

cute as leis quem as faz, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos objetivos gerais para a pôr em objetivos particulares<sup>16</sup>”.

O controle normativo não precisa no entanto ser visto como incompatível com o exercício democrático do poder. Como as instituições responsáveis pelo controle normativo repousam na legitimidade popular, entendida esta como uma série de formas institucionais pelas quais a sociedade e o Estado se tornam capazes de expressar o conteúdo político da diversidade social, o modo como o judiciário vem a participar da adequação das diversas expectativas de direitos e de âmbitos sociais dos indivíduos-cidadãos – não somente enquanto membros de uma comunidade política, mas incorporando a tendência, hoje expressa, de uma verdadeira *sociedade mundial* – é que se dirá do maior ou menor grau atingido de sua democratização.

Nesse sentido a busca de uma consistência democrática, não implica na centralização da vida política em torno do judiciário, nem muito menos pode basear-se exclusivamente na criação de um Tribunal Constitucional a reger tudo e todos, mas no modo como se estabelecem a referência de ordem conteudística e finalística acerca dos limites da constituição na práxis constitucional. Como observa sutilmente Peter Schneider em relação à Corte Constitucional alemã, o fato das decisões da corte terem validade geral não significam que sejam *omnicomprensivas*.<sup>17</sup> Isto se justifica, em última análise, porque a renúncia à concepção da própria liberdade como atualização e modificação dialogada de direitos não pode ser suprimida como preço político a pagar pela estabilidade democrática. Há que encontrar uma forma de aceitar o estranho que habita a própria casa, humanizando-o. Gregor Samsa, nesse sentido, somos todos nós.

### 6 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.  
 \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

BRUNKHORST, Hauke. "Demokratisierung der Souveranität", in: *Einführung in die Geschichte politischer Ideen*, Wilhelm Fink: München, 2000, p. 214-261.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo, Cia das Letras, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil", in: *Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais*, 1. ed. de 2003, p. 175-201.

DA SILVA, Antônio Álvares. *Eleição de Juízes pelo Voto Popular*. São Paulo: Ed. LTr, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 15. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

KAFKA, Franz. *A Metamorfose*. Trad. Calvin Carruthers. Ed. Nova Cultura, 2002.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.

LUHMANN, Niklas. "Das Volk steigt aus", in: *Politische Meinung* 38 (1993), p. 91-94.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 2. Ed. Ed. Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2004.

RIBEIRO; Renato Janine: *Democracia*, São Paulo: Publifolha, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

SCHNEIDER, Peter. "Jurisdiccional constitucional y separación de poderes", in: *Democracia y constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195-222.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.

## NOTAS

1 - Ver Niklas Luhmann, *Das Volk steigt aus*, in: *Politische Meinung* 38 (1993), p. 91-94.

2 - MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo: A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. Ed. Max Limonad. 2000, p. 50.

3 - A expressão é utilizada por Friedrich Müller quando afirma que compreender

o povo, "(...) erigido em sistema, induz a prática extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em 'desrealizar' a população, em mitificá-la, em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência". Op. cit. p. 67.

4 - Neste sentido Renato Janine Ribeiro (2002) reconhece a impossibilidade de recuperar a unidade de sentido do "velho povo", presente na teoria político-constitucional moderna, e fala da necessidade de incorporar a expressão dos desejos dos diversos "subpovos" (que não tem aqui sentido pejorativo, referindo-se ao aspecto "fracionado" da sociabilidade) como modo de expandir a vida democrática na contemporaneidade.

5 - COMPARATO, Fábio Konder. "Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil", in: *Revista Latino-Americana de Estudos constitucionais*, 1. ed. 2003, p. 194.

6 - COMPARATO, Fábio Konder, Op. Cit., pág. 193.

7 - CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. O autor desmistifica uma série de preconceitos elitistas com relação a uma suposta apatia popular, ao mostrar que surgiram várias revoltas espontâneas, na percepção de que a República cercara inclusive formas de participação conquistadas durante a monarquia.

8 - KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, Trad. Ivone Castilho; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow, 1993, p. 144.

9 - Utiliza-se aqui a expressão "princípio democrático" no singular para designar a democracia como princípio maior do qual se originam os demais preceitos que lhes é aplicados.

10 - ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 78.

11 - Além do importante papel da interpretação do texto constitucional, a lei brasileira (9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento de duas formas de controle exercidas perante o Supremo Tribunal Federal, a ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade - e a ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade), vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, estadual e municipal. Ver pará. Único do artigo 28 da mesma Lei 9.868/99.

12 - Aqui pode-se lembrar outra obra famosa de Franz Kafka, *O processo*, onde o protagonista é preso, julgado e condenado sem sequer chegar a saber de que se tratava a acusação (antecipando a realidade das aberrações jurídicas cometidas contra prisioneiros nos regimes autoritários ou em democracias "cegas", como no caso das arbitrariedades recentes cometidas pelo governo norte-americanos ao manter prisioneiros completamente isolados e sem oportunidade mínima do exercício de direitos e garantias na base de Guantánamo, alegadamente como medida de reação drástica aos ataques terroristas a Nova Iorque em setembro de 2001). A incorporação do ativismo político e da *nizão de Estado* pelo judiciário ameaçam assim os próprios fundamentos de sua autonomia, sendo somente contida pela noção de que seu poder de decisão deriva exatamente da capacidade, delimitada pelas normas de natureza democrática, de fundamentar suas próprias razões de decidir ao tempo em que as contém.

13 - Op. Cit. Pág. 70.

14 - Expressão de Claude Léfort em obra de mesmo título.

15 - BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* (por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 51.

16 - ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito público*. São Paulo: Ed. Martin Claret, Trad. Pietro Nassetti, 2002, p. 71.

17 - SCHNEIDER, Peter. "Jurisdiccional constitucional y separación de poderes", in: *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195-222.

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

**Ana Edite Norões Costa**

Mestre em Direito Constitucional  
Professora da Universidade de Fortaleza  
Coordenadora do Curso de Pós Graduação  
em Direito Administrativo

- 1 Introdução
- 2 O princípio constitucional da proporcionalidade
- 3 O princípio da proporcionalidade como um princípio de interpretação
- 4 A ordem constitucional brasileira e o novo princípio
- 5 A proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal
- 6 O princípio da proporcionalidade como fundamento de um novo estado de direito
- 7 Direitos fundamentais
- 8 A proporcionalidade e as leis restritivas de direito
- 9 Conclusão
- 10 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade material pelo contraste direto entre as normas escritas não é suficiente para determinar um juízo definitivo de obediência da lei à Constituição. Está em causa, por certo, a violação de princípios cujo controle aponta para a necessidade de o judiciário proceder ao exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, entre as opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei.

Assim, estando o Direito codificado ou não, o Juiz ver-se-á inúmeras vezes na necessidade de recorrer a critérios de valor extralegais. O Direito vigente, longe de se conter exclusivamente na lei, é sempre resultado de um processo de desenvolvimento e concretização no qual a jurisprudência tem uma contribuição decisiva. A abertura que dá o sistema ao intérprete permite a atividade criadora judicial, que, por sua vez, pode recorrer a juízos comuns sobre o que é razoável.

A compatibilidade de normas ao princípio da igualdade, exigência básica para a consecução da justiça material, levará em conta uma igualdade proporcional, exigindo-se do legislador uma maior ponderação de resultados. Deve-se, por isso, enfrentar as consequências do reconhecimento de um controle sobre a razoabilidade de uma lei, inquirindo se esta atividade torna o juiz legislador, ou, em outras palavras, se estaria a igualar a função jurisdicional à legislativa.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastante para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.

As possíveis contradições de valores admitidas pela ordem jurídica devem ser solucionadas por métodos legítimos de interpretação e de concretização do Direito.

O âmbito do Direito Constitucional revela ser o mais adequado ao desenvolvimento dessa atividade criativa, pois a Constituição, além de conter um conjunto de normas, constitui ela própria uma grande norma aberta, sendo a sua interpretação um processo de constante legitimação de valores históricos.

Esse caráter polissêmico e aberto das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, muitas vezes já

contém em si uma exigência de conformação. Quando se fala, por exemplo, em "função social" da propriedade, revela-se ínsita a necessidade de o legislador ordinário intervir para dar-lhe um sentido determinado. Acresça a isto uma análise sobre o próprio conteúdo de muitos desses direitos e garantias e poder-se-á observar que, em grande parte deles, ele é eminentemente, os direitos humanos são separados por categorias ou gerações que reclamam diferentes tipos de intervenção do legislador: os direitos de liberdade são tanto mais amplos quanto menor a intervenção estatal; já os direitos sociais só são factíveis em sua plenitude em decorrência do reconhecimento do Estado: são, portanto, conquistas que decorrem da lei.

Outro aspecto bastante complexo dos direitos e garantias está relacionado com o atributo da relatividade. Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, como observa NORBERTO Bobbio:

*Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas."*

O princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verificam-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos

indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.

A "descoberta" do princípio da proporcionalidade, além de viabilizar um efetivo controle das leis, por permitir detectar situações inconstitucionais menos flagrantes, fornece ao juiz um instrumental prático inigualável quando se trata de justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais.

O princípio da proporcionalidade tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência. A possibilidade de exame de razoabilidade da lei por parte do judiciário constitui importante mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, porquanto a total liberdade do legislador para reguí-los tornaria pouco eficaz a cláusula de eternidade a que estão submetidos estes direitos em diversas ordens jurídicas, como é o caso da nossa (art. 50, 4, IV).

## 2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1 Considerações iniciais

O princípio da proporcionalidade dizia punitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual

Posteriormente, foi erigido à dignidade de princípio constitucional.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais.

A transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, de onde se irradia para os mais diversos setores do direito, se deve em grande

parte ao posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha. Essa Corte Suprema, a partir de um determinado momento, passa a referir com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao "pensamento de proporcionalidade", tais como: "excessivo", "inadequado", "necessariamente exigível", até estabelecer de

forma incisiva que o referido princípio e a correlata proibição de excesso, enquanto regra condutora abrangente de toda atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito, possui estrutura constitucional<sup>2</sup>

O princípio da proporcionalidade constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador.

Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso<sup>3</sup>

O princípio da proporcionalidade pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso.

Sua principal função é exercitada na esfera dos direitos fundamentais servindo também de atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.



Com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito, cuja solidez constitucional resulta da necessidade de instaurar em toda ordem social os direitos sociais, econômicos e culturais.

## 2.2 O sentido da proporcionalidade

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em um sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em estilo estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle e constitucionalidade, em 1993, quando deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense n. 10.248, de 14/10/93, nos termos abaixo:

*Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e 25, 2, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se inconstitucionalidade: liminar deferida.*<sup>4</sup>

Observa-se que o e. Supremo Tribunal, mesmo aludindo ao termo proporcionalidade, não deixou de fazer referência à razoabilidade, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

## 2.3 Os subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade

Partindo-se da consideração de que o princípio da proporcionalidade condiciona o exercício da função legislativa, de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio de lei, importa compreender a sua substâncias global exatamente para determinar-se como se dá o controle das leis sob a sua diretiva.

Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam:

### a) Princípio de conformidade ou adequação de meios

Com esta exigência pretende-se salientar que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.

Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim, ou seja, exige-se que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.

O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que deve ser anulada<sup>5</sup>

A adequação deve ser aferida no momento em que o legislador tomou sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos.

### **b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade**

Este requisito traz a idéia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível.

Pode ser declarada inconstitucional a exigibilidade de um meio quando resta claro, desde logo, que se pode recorrer a outro igualmente eficaz, porém menos lesivo, ou quando se comprova ter sido possível alcançar o mesmo objetivo com um meio menos restritivo.

É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional<sup>6</sup>.

### **c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito**

Quando se chega à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, deve-se perguntar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma.

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim<sup>7</sup>.

A inconstitucionalidade ocorre, enfim, quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na medida da proporcionalidade<sup>8</sup>.

## **3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO**

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento da interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado<sup>9</sup>.

Partindo-se do princípio da unidade de Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma de Constituição, e atentando-se para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, todas se colocam no mesmo plano – chega-se ao princípio de concordância prática, cunhado como projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada.

O emprego do critério da proporcionalidade pode resultar no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz com a conseqüente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador, a não ser que, como via interpretativa, entre em conexão com a chamada interpretação conforme a Constituição.

Neste caso, se houver a possibilidade de uma interpretação que faça transparecer a compatibilização da norma com a lei maior, há de prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura cabíveis.

Assim, o princípio da proporcionalidade ao invés de deprimir a missão do legislador, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, pois na apreciação de uma

inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela interpretação hermenêutica, tudo faz para preservar a validade da regra normativa, saindo, por conseguinte, o legislador fortalecido.

## **4 A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O NOVO PRINCÍPIO**

O princípio da proporcionalidade é o que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessida-

des atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência fora das regiões teóricas, puramente formais e abstratas<sup>10</sup>

Já restou dito que o problema dos direitos fundamentais hoje está calçado na problemática de sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a simples positivação do seu conteúdo em uma carta constitucional, haja vista a Constituição de Weimar, que foi solapada pelo nazismo. Foi de fato necessária uma reinterpretação do valor da Constituição como garantia dos direitos fundamentais. Nessa virada que se operou dentro da ciência do direito constitucional, a pauta de bens e valores inscrita na Constituição foi tida como uma pauta mínima e, ao mesmo tempo, vinculante para todos, até mesmo para o Estado, deixando de ser considerada mera carta de intenções ou mero programa de governo.

A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz insita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.

O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional.

A aplicação do princípio se insere, particularizado em forma de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional:

Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos, incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria do servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos<sup>11</sup>.

Mas, é na qualidade de princípio constitucional, apto a acautelar do arbítrio do poder do cidadão e toda a sociedade, que se faz necessário reconhecê-lo já implícito e positivado no nosso Direito Constitucional.

O princípio da proporcionalidade decorre do Estado Democrático de Direito, ou da idéia de direitos fundamentais.

A ele não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro.

Direitos fundamentais são dimensões indispensáveis do Estado brasileiro. Mas um tal estado, que tenha como função e fim a proteção de seus cidadãos, só pode ser implementado sob as bases do direito. Da mesma forma, dialeticamente, este Estado de Direito só pode ser democrático.

## 5 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão sobre o controle de leis desarrazoadas não tem passado despercebida ao Poder Judiciário brasileiro.

Já não são raras as decisões exaradas pelos mais diversos órgãos jurisdicionais do País em sede de controle difuso de constitucionalidade, passíveis de ser catalogadas como manifestações do reconhecimento do princípio da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, competente para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição, vem aos poucos abrindo caminho para a recepção do princípio da proporcionalidade do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

De sua vez, os esclarecimentos de fato – particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça – são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição, não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar – ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis, acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei.

Esta simples colocação serve para demonstrar que um juízo seguro sobre a inadequação da medida (de duvidosos efeitos úteis) e sobre a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos afiguraram-se suficientes para legitimar a suspensão da norma de conteúdo restritivo<sup>12</sup>

Nesse sentido, afigura-se digno de registro o voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves na decisão sobre deferimento da medida cautelar:

*(...) Depois de todos os votos que foram proferidos, o que se verifica é que as posições divergem em virtude de a Constituição, que foi tão pormenorizada muitas vezes em assuntos de menor relevância, em se tratando de partidos políticos foi estritamente genérica, adotando princípios gerais. O problema que surge, em face desses princípios gerais, principalmente em face do princípio de que a criação de partidos políticos é livre, é saber se pode haver ou não limitação à atuação dos partidos no tocante à apresentação de candidatos para cargos eletivos. É certo que essa lei não restringe totalmente, porque admite que partidos que não se enquadrem nos requisitos por ela previstos possam concorrer com candidatos aos mandatos de deputado e vereador. O problema, portanto, (...) cinge-se a isto: saber se há a possibilidade de a lei razoavelmente limitar a atuação dos partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação."*

Na decisão do mérito, o eminente Ministro Moreira Alves veio a concretizar a fundamentação esboçada no julgamento da liminar.

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)<sup>13</sup>

A seleção destes dois exemplos foi apenas para ilustrar o debate em torno do controle de leis desarrazoadas, mostrando que o princípio da proporcionalidade é totalmente compatível com a ordem constitucional brasileira.

## 6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DE UM NOVO ESTADO DE DIREITO

O princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica<sup>14</sup>.

A revolução constitucional que deu origem ao segundo Estado de Direito principiou a partir do momento em que as declarações de direitos, ao invés de declarações político-filosóficas, se tornaram atos de legislação vinculantes, portanto, plenos de juridicidade.

A adoção do princípio da proporcionalidade conciliou o direito formal com direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais velozes que também poderiam ser incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

A regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz sobre o legislador, sem chegar a abalar o princípio da separação de poderes.

O legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, e o juiz atua num espaço mais livre, fazendo o exame e controle de aplicação das normas.

As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau, configuram a grande realidade da supremacia da constituição sobre a lei.

Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo Estado de Direito, somente tem sentido se vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. É aqui que o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Este princípio independe de explicitação em texto constitucional, porque pertence à essência do Estado de Direito.

A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução e primeiramente buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se para uma fundamentação a partir do Estado de Direito, onde alguns acham que melhor se aloja para receber uma mais plausível e fundamental legitimação.

Decorre, portanto, da vinculatoriedade do Estado de Direito ao mínimo ético, a presença do princípio da proporcionalidade como resposta à preservação de espaço para o indivíduo. Nesse sentido, têm os direitos fundamentais destacado papel na propulsão e acomodação dos anseios sociais sob o âmbito da Constituição<sup>15</sup>.

## 7. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 7.1 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem a mesma natureza dos direitos humanos. Diferem pela força positiva que possuem os primeiros, carecendo desta força os segundos. Enquanto os direitos humanos são padrões morais que, teoricamente, deveriam submeter-se às ordens jurídicas, os direitos fundamentais constituem preceitos constitucionais de um dado sistema jurídico e, portanto, possuem impositividade e condições de efetividade. Aqueles constituem pos-

tulados éticos-políticos com validade universal. Estes possuem uma limitada validade que decorre do respectivo espaço físico e comunidade<sup>16</sup>

A dogmática constitucional concebe hoje os direitos fundamentais numa dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva.

#### a) Subjetiva

Ocupa posição de destaque para caracterização dos direitos fundamentais dando-lhes as seguintes características: 1) subjetivo – porque representam posições jurídicas individuais; 2) individual – porque somente as pessoas físicas têm dignidade humana; 3) universal e permanente, pois são direitos de igualdade, gerais, e não privilégio de alguns; 4) fundamental.

#### b) Objetiva

Possui conotação valorativa, que decorre do Estado Social de Direito, imprimindo o valor da solidariedade que subentende tanto a responsabilidade de participação política como a garantia social ao gozo dos direitos implementados com a atuação positiva do Estado.

Objetivar significa legitimar certos valores reconhecidos pela comunidade e aplicáveis pelos intérpretes<sup>17</sup>

Da dimensão objetiva ou formal dos direitos fundamentais surgem outros direitos que são derivados da sua posição: direitos fundamentais coletivos, direitos fundamentais sociais etc.

### 7.2 Restrições aos direitos fundamentais

Devido à posição que ocupam no sistema jurídico, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais quando o próprio texto constitucional autorizar a restrição. Por isso, as restrições de direitos fundamentais só podem ser diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais.

A própria Constituição já prevê inúmeras circunstâncias que constituem restrições ao exercício desses direitos tidos como essenciais.

Por exemplo, nos termos do art. 5º, XVI, "*todos podem pacificamente e sem armas, em locais abertos ao público (...)*", o direito de reunião não é absolutamente livre; só existe se os participantes desarmados pretenderem discussões pacíficas. Neste exemplo, a restrição é expressa e diretamente prevista pela Constituição.

Em outras circunstâncias, o texto constitucional não prevê diretamente uma restrição mas sim a possibilidade de restrição, como no caso do inciso XIII do mesmo artigo 5º, segundo o qual "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O direito ao exercício profissional pode sofrer limitações pela imposição de certos requisitos*"<sup>18</sup>

Existe também a possibilidade de uma intervenção legislativa de caráter restritivo, mesmo quando os direitos fundamentais não estejam direta ou indiretamente limitados por normas constitucionais. Esses direitos são posições jurídicas sujeitas a ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto.

### 7.3 Controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais

A verificação da obediência de uma lei restritiva de direito ao princípio da proporcionalidade impõe um procedimento metodológico no qual o intérprete, antes de ter chegado ao exame da conduta propriamente regulada na lei, terá de ter verificado se foram observadas, na elaboração da lei em si, as normas sobre o procedimento legislativo, bem como sobre a competência legislativa, objetivando detectar algum vício de índole formal, que deve ser argüido como categoria própria. Somente após essas análises deve seguir rumo a um controle material da restrição<sup>19</sup>

Para tanto, os operadores do direito passam desse exame de constitucionalidade formal para a constatação de que se trata de uma autêntica restrição, verificando os requisitos de admissibilidade constitucional da restrição até a comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade.

Neste etapa, examina-se a sua aptidão, necessidade e o sentido estrito da proporcionalidade.

### 8. A PROPORCIONALIDADE E AS LEIS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.

O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.

Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Esta relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz insita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Ora, o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental.

Também a adequação e a necessidade são dedutíveis desse caráter principiológico das normas de direito fundamental. Se é certo que a realização dos direitos fundamentais supõe uma otimização não só de situações jurídicas, mas igualmente de situações fáticas, fica claro que a adequação dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade do meio para a realização ótima do fim estão implícitas no processo, porque são elas – adequação e necessidade – que determinam, enfim, o resultado apto sob o aspecto da realidade possível.

Como antes assinalado, a comprovação da existência do princípio da proporcionalidade pode-se dar de várias formas, sem que um argumento invalide outro. Nesse ponto, pretende-se apenas afirmar que a concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, razão do caráter principiológico das normas que contemplam.

### 9 CONCLUSÃO

O princípio constitucional formal evoluiu para o princípio da constitucionalidade material, um princípio aberto que origina as constituições, logrando, por via das intervenções judiciais de controle, fazê-las mais próximas da realidade e possibilitando ao mesmo passo o exercício de uma justiça onde o juiz não se prende tão somente ao teor abstrato das normas ou ao sentido formalista que elas comportam. Todo um âmbito normativo transcende já o mero texto da lei para inserir-se na realidade do caso concreto e a partir daí, por inteiro, na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.

O limite para o intérprete na interpretação constitucional concretizadora é o limite das possibilidades de compreensão do texto constitucional. A ponderação realizada no caso concreto deve garantir que os dois ou mais bens ou direitos constitucionalmente protegidos tenham a mesma proteção, o que equivale dizer que tem pree-

- 14 - BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 362.  
15 - STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.  
16 - STUMM, Raquel Denize. Op. cit. p. 124.  
17 - STUMM, Raquel Denize. Op. cit. p. 125.  
18 - BARROS, Suzana de Toledo. O princípio. p. 157.  
19 - BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p. 177.



## O HOMOEROTISMO: UM TERRITÓRIO DE AMBIVALÊNCIAS?

**Maria Lourdes dos Santos**

Mestre em Sociologia pela UFC  
Funcionária Pública da SESA-CE

1 Introdução

2 O homossexual ou homoerótico: o que faz a diferença?

3 Descortinando a Inocente face da perversão

4 Os "normais" como porta-vozes da violência

5 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

O fascínio, o pânico e a curiosidade têm, por mais de um século, provocado no mundo ocidental, uma busca permanente para desraigar e compreender o desejo homossexual. A Literatura, a Biologia, o Cinema, a Psiquiatria, a Psicanálise, a Medicina Social, a Sociologia dentre outros campos concernentes ao conhecimento humano vêm procurando adentrar a origem desse tipo de experiência humana, com o propósito de desvendar e desconstruir os intrincados processos sociais, culturais e psicológicos, para melhor compreendê-la.

Sabe-se que a nossa tradição nos habilitou em usar a palavra homossexualismo na língua corrente, para designar o que em verdade é homoerotismo. Assim, algumas razões teórico-ético-científicas são explicitadas, com o intuito de mostrar que o homoerotismo é um amplo território, onde as ambivalências se confundem e se confrontam. Percorrendo esse emaranhado campo de imprecisões, verifica-se que, a partir do emprego do termo homoerótico como ponto de largada, é provável que se atravesse alguns obstáculos e que se avance no sentido da compreensão, para que, no final se possa perceber como o uso destes termos faz a diferença.

## 2 HOMOSSEXUAL OU HOMOERÓTICO: O QUE FAZ A DIFERENÇA?

Da Grécia Antiga, onde a homossexualidade masculina não manifestava nenhuma reação confessada, ao contrário, cultivava de forma privilegiada uma atmosfera de masculinidade fortemente erotizada, aos dias atuais, com marcantes manifestações em favor da liberdade de orientação sexual em diversas sociedades, historiadores e demais estudiosos abordaram e continuam mencionando o tema de forma ora prudente, ora embaraçosa. No entanto, apesar das conclusões até então encontradas, permanece a necessidade ou o desejo de tentar dimensionar esta realidade e buscar sua explicação.

Numa espécie de coletânea, o historiador francês Maurice Sartre<sup>1</sup>, discorre sobre o assunto, em matéria intitulada Ritos e Prazeres Gregos (Folha de São Paulo; 31.out.1999). Ele afirma que, *sem dúvida, em virtude do caráter masculino da vida social grega é que se deve encontrar uma explicação*. E vai além ao discorrer sobre os estudos do sociólogo dinamarquês Henning Bech<sup>2</sup>, informando que o mesmo sem se interessar particularmente pelas sociedades antigas, fez interessantes análises do comportamento dos homens entre si. Essas análises o ajudaram a compreender retrospectivamente os gregos. Mostrando o fascínio que a virilidade exerce sobre os homens, as fantasias que ela alimenta, ele entende *que a homossexualidade é parte integrante do universo masculino e que os homens a recalcam, a desviam para outros objetos ou a assumem, devido às pressões de seu meio*. Quando eles se acham entre si, sem a presença de mulheres-testemunhas, os tabus desaparecem e levantam-se as interdições. E vai além ao dizer que *livres da presença feminina, homens que se afirmam como estritamente heterossexuais contemplam sem constrangimento o corpo do outro ou se exibem sem pudor*. E assim os homens cedem, sem dificuldade, à sedução do corpo idêntico e satisfazem livremente uma curiosidade e um fascínio, cujas motivações somente a psicanálise pode revelar.

Tal situação traduz, de forma transparente, que, o que im-

pressiona - e que incomoda ou encanta, isso depende - não é a existência da homossexualidade nas sociedades gregas (ela existe provavelmente em todas as sociedades, mais ou menos difundida e identificável), mas o seu estatuto privilegiado e valorizado, nessas mesmas sociedades. Em certas épocas e nos meios mais abastados, os homens gregos habituavam-se a celebrar sem limite a beleza do corpo masculino. Tudo parecia prazer, tudo parecia natural. Era o desejo de contemplar o corpo nu.

Essas concepções são partilhadas por Jurandir Freire Costa, no trabalho sobre o homoerotismo masculino. Costa (1992,p.11), inicia sua obra explicando as razões que o levaram a optar pelo termo homoerotismo, quais sejam:

Teoricamente, como procuro mostrar, homoerotismo é preferível a "homossexualidade" ou "homossexualismo" porque tais palavras remetem quem as emprega ao vocabulário do século XIX, que deu origem à idéia do "homossexual". Isto significa, em breves palavras, que toda vez que as empregamos, continuamos pensando, falando e agindo emocionalmente inspirados na crença de que existem uma sexualidade e um tipo humanos "homossexuais", independentes do hábito linguístico que os criou. Eticamente, sugiro que persistir utilizando tais noções significa manter costumes morais prisioneiros do sistema de nomeação preconceituoso que qualifica certo sujeito como moralmente inferiores pelo fato de apresentarem inclinações eróticas por outros do mesmo sexo biológico.

Dessa forma e, como base em outros conhecimentos, é possível dizer que não existem razões ética e teórica-científica que sustentem ou que garantam a legitimidade de tais opiniões. Entretanto, torna-se imprescindível dizer que é interessante mostrar o preconceito que se esbarra quando se usa tal termo como "homossexual", "homossexualismo" em relação à intenção de quem os utilizam. Independentemente da ma-

neira de quem os empregam, vale salientar que, as conseqüências, tanto no que concerne à moral, à religião ou ao *status* social, são sofridas por aqueles a quem estes termos foram ou são dirigidos.

Isto posto, outra questão inaugura uma hipótese: o emprego do vocabulário. Ora, sabe-se que as subjetividades são criadas ou reproduzidas por um conjunto de palavras, evidentemente compreendido como sinônimos de prática lingüística ou significados de linguagem.

Entretanto, salienta-se que não cabe aqui um estudo detalhado sobre a natureza da linguagem, mas questionar o seu uso, sobretudo para significar desejos, ações e sentimentos, imputando ou não atributos depreciativos ou pejorativos a outrem. A linguagem não tem como tarefa representar, mas criar laços discursivos.

Pode-se perceber que, diferentemente da Grécia Antiga, os ocidentais têm hábitos e costumes diferentes por nascerem e viverem em outra cultura. Uma cultura que os ensinou a respeitar a vida, a liberdade e a buscar felicidade a partir de outros valores. Portanto, a diferença exposta pela linguagem para lidar com os sentimentos, experimentar e descrever as emoções deve ser limitada, convencional, ou seja, regida de acordo com padrões comportamentais vigentes.

No plano mais geral, parece que a sociedade brasileira ainda não conseguiu isentar-se de determinadas condutas morais e, ao admitir o ordenamento imposto, acredita estar, preservando os "valores ideológicos". Neste sentido, Costa (1992,p.17), diz que:

Em geral nossas condutas morais obedecem a esse tipo de ordenação. Aqueles que se assemelham a nós, ou que se aproximam dos ideais morais aos quais aspiramos, merecem o nosso respeito e têm suas condutas aprovadas, ou seja, apresentadas como modelos a serem seguidos. Em contrapartida os que se afastam dos modelos são reprovados e apontados como transgressores, anormais ou criminosos, conforme a infração cometida.

Por estas razões acredita-se que o indivíduo homoeroticamente inclinado é percebido como um indivíduo com "identidade deteriorada" (GOFFMAN;1988) não somente pelo uso da linguagem e/ ou por outros aspectos atinentes à cultura. Essa percepção aparece como o resultado da invenção da própria mentalidade humana que, ao criar os modelos convencionais de comportamento, concomitantemente dá asas a imaginação, criando, por outro lado, os estereótipos humanos, que funcionam como a antinorma ou como o contra-senso. E, nestes casos, diz Heller (1992,p.57) *O homem predisposto não se deixa impressionar sequer pelas qualidades éticas do indivíduo uma vez que é o estereótipo o aspecto mais visado.*

Vários indícios sugerem que, a condição homoerótica pode levar o indivíduo a vivenciar situação embaraçosa, preconceituosa e geradora de violência, haja vista se tratar de uma sociedade complexa e nela estar agindo, dentre outros, aqueles segmentos que não evitam o crescimento da indiferença por não perceberem como esta questão faz a diferença.

Ainda acerca das *decantações imaginárias de um estereótipo humano* (COSTA;1992), a posição em que se encontra o homoerótico, em vários espaços sociais, tenta denunciar a sua não-aceitação, a subordinação e exclusão, embora se perceba que essa condição não é vivenciada por todos, mas por aqueles que se encontram excluídos de outra ordem: a econômica-cultural.

Deus me perdoe, mas eu só estou cuidando dele porque infelizmente ele é meu filho e apanhou muito. Mas lhe digo com toda sinceridade do meu coração, é meu sangue mas eu preferia ter uma filha prostituta, nem que fosse de um soldado que é a pior raça, eu ainda seria mais feliz do que ter um filho desse jeito. Esse foi, até hoje, o maior castigo que Deus me deu, o meu maior desgosto (*Mãe de homoerótico, Conjunto Ceará - Fortaleza*).

Ser homoerótico é ser motivo de vergonha. Para algumas famílias, um filho homoerótico é castigo, é doença, é ter na família um

marginal, por expressar a negação da consideração moral desejada. Se no meio da família o homoerótico é um rejeitado, um excluído, no espaço público ele poderá vir a ser um indivíduo expurgado, indesejado, um "banido social".

*Certa noite eu estava passeando com uns amigos no Passeio Público e fomos barrados por um policial que se dirigiu a nós com as seguintes expressões: "você não se dá ao respeito, olhem só como estão vestidas, pintadas, sem divida, para tomar dinheiro de imbecil. Deveriam ir trabalhar. Se isso acontecesse talvez não fosse preciso a gente fazer uma limpeza aqui no pedaço. Vão logo fazendo carreira, desocupem o local senão entram na porrada". Fomos embora. No dia seguinte fomos ao Jornal, contamos tudinho para um jornalista, mas até hoje não apareceu nada ( Homoerótico do Serviluz, Fortaleza), (grifos meus).*

Arravés desse exemplo, pode-se notar que os efeitos legados da Medicina social, por meio de sua política higienista ainda são cultivados. A partir da terceira década do século passado, o modelo anatómico construído pela higiene alterou o perfil sanitário da família, modificando, inclusive, sua feição social. Serviu, ainda, para incentivar o racismo e os preconceitos sociais a ele ligados. Alterou costumes herdados do período colonial, sobretudo aqueles concernentes à sexualidade: "Na ordem médica ninguém gozava impunemente. A instigação ao prazer sexual era uma ponte, uma pura baldeação na viagem do casal ao país do <<amor>>" (COSTA, 1989, p.229).

Mas, além disso, a higiene promoveu a identificação entre "masculinidade e paternidade feminilidade e maternidade como o padrão regulador da existência social e emocional de homens e mulheres" em detrimento das reiteradas condenações a libertinos, celibatários e homossexuais. Os médicos higienistas apresentavam-nos como seres irresponsáveis e abomináveis, habitantes do submundo da saúde e do convívio social "COSTA,1989,p.240.

O comportamento do indivíduo homoerótico o levou, desde o período colonial, a ser condenado, desprezado, tratado com escárnio e às vezes severamente punido. O "homossexual", diz-se, é um outsider cuja preferência amorosa desfaz o silêncio tecido pela sociedade em torno de sua origem e funcionamento escusos (COSTA; 1992, p.45).

Como é possível verificar, o homoerotismo quase sempre foi uma condição silenciada, abafada, potencialmente negada e evidentemente usada como modelo de transgressão e castigo, devendo, portanto, ser afastado do meio social.

*É que, uma vez identificado como "homossexual" o sujeito dificilmente consegue proteger sua privacidade sexual do espaço do público, pelo simples fato de ser sistematicamente interpelado em nome de sua preferência erótica (COSTA, 1992;p.37).*

Entretanto, observa-se que a literatura do século XIX procurou fazer do homossexual um instrumento de denúncia social e do preconceito um sinal de hipocrisia dos costumes, tal como parece ainda acontecer em nossos dias.

Quanto ao preconceito, Heller (1992:45) diz que *é um tipo particular de juízo provisório; e, para entender sua origem, temos de considerar uma outra propriedade da estrutura da vida cotidiana, pois cada uma das atitudes do indivíduo em relação ao outro, baseia-se numa avaliação que ele faz, previamente, sobre este outro, definindo-o e avaliando o que dele pode ou não esperar.*

Acredita-se ainda que, a "inferioridade" atribuída ao indivíduo homoerótico contribui, também para a construção do modelo "machista". Este modelo servia de corretivo aos homens menos hábeis, por meio de práticas repressoras e brutais. O machista *estava sempre disposto a reprimir com violências físicas e morais todos aqueles que, por incompetência ou rebeldia, ousassem contestar os novos mandamentos da conduta masculina* (COSTA;1989;p.253), sendo um elemento importante no disciplinamento dos indivíduos, sobretudo quanto à conduta sexual destes.

De alguma forma, o homoerotismo parece mover-se como uma peça de representação que provoca intolerância em determinados ambientes sociais, em períodos distintos da história. Neste sentido, alguma relação se mantém entre o homoerotismo e os demais excluídos, introduzidos no cenário das ações normatizadas e compactuadas socialmente. Permanece a indiferença. Essa indiferença parece que começa a dissipar-se. Por exemplo, em alguns países da Europa, no final do século próximo passado, passaram a admitir a união civil de homoeróticos. Como diz Salgado: *Na Inglaterra, onde só em 1967 o homossexualismo deixou de ser crime, rasgar a fantasia parece ser a palavra de ordem da política européia*, com deputado e ministro homossexuais no poder. A aprovação do Pacto Civil de Solidariedade, a permanência de gays e lésbicas nas Forças Armadas da Holanda, dentre outras conquistas, são fatos que despertaram a atenção de muitos e suscitaram comentários como o do Professor Peter Clarke<sup>3</sup> *no passado havia todo um mistério, um pacto para manter a vida dos políticos homossexuais fora do alcance do público. O que nós estamos testemunhando agora é o fim dessa hipocrisia* (VEJA; 17. nov. 1999; p. 54-55).

No Brasil, esta indiferença também parece esvaír-se. Conforme comentários de Santa Cruz e Vieira *"Os gays brasileiros rompem com estigmas, driblam preconceitos e descobrem que sair do armário pode ser bem menos dramático imaginam e afirmam que "assumir faz a diferença"* (ÉPOCA; 20. Set. 1999; p. 44-51).

Entretanto, mesmo percebendo uma certa alteração na ordem posta, verifica-se que o preconceito ainda é visível e, às vezes, manifesta-se de forma veroz e violenta. Não escolhendo suas vítimas, ela exacerba-se em certos territórios, atemorizando e provocando extermínio, ou provocando feridas profundas, como o que acontece com a prática experimentada por alguns grupos neonazistas, conforme se pode verificar no caso dos *Skinheads*, dentre outros grupos que atacam, agridem e até exterminam homossexuais, dentre outras categorias, não aceitas pelos mesmos. Formados por jovens de classe média

baixa, esse é um dos grupos que defende a superioridade racial dos brancos, a masculinidade dos heterossexuais e, portanto, dirigem seus ataques, muitas vezes de formas violentamente bárbaras, a negros, judeus, nordestinos e *gays* (CLÁUDIA; nov. 1999, p.35-39).

O mais provável, porém, é que tais práticas tentem mostrar outras insatisfações originadas pela sociabilidade urbana, como as práticas experimentadas por gangues como *Skinheads*<sup>4</sup>. Segundo Diógenes (1998;p. 52):

As gangues representam o "ponto extremo da dominação", o "amordaçamento" ou mesmo a ausência da esperança no futuro, o espelho em que se pode visualizar facilmente o dilaceramento de valores e das crenças que marcaram o século XX.

Além de tudo isso, se reconheça a existência de outras fontes de dominação, como o medo da não sobrevivência ameaçada pela fome, bem como o desmoroamento de outros valores, como a ausência de uma ética que norteie a conduta humana, visíveis neste início de milênio.

### 3 DESCORTINANDO A INOCENTE FACE DA PERVERSÃO

O homoerotismo assim como a violência, não são fenômenos recentes nem desconhecidos, ambos foram e continuam sendo assunto da ordem do dia.

Desde 1869, quando o médico húngaro Karoly Maria Benkert criou o termo homossexual, aos nossos dias, quando a Parada *Gay*<sup>5</sup> reúne 700 mil pessoas em Nova York, 200 mil em Paris e 50 mil em São Paulo, muito foi dito, pesquisado e revelado sobre o homoerotismo. Hoje, dos 202 países do mundo, o homoerotismo é permitido em 128. Entretanto, apesar desse avanço quanto à "aceitação" do indivíduo homoeroticamente inclinado, a violência contra estes parece que não só permanece como apresenta índices mais elevados.

A violência contra homoeróticos, desde as manifestações mais sutis como isolamento contra os que se assumem como tal, até a violência explícita, concreta, como os homicídios com presença de tortura e requintes de perversidade, continuam perseguindo os indivíduos e mortificando os grupos militantes organizados. A discriminação e o preconceito a que são submetidos, tornaram-se as expressões mais impactantes. A violência parece levar estes indivíduos a espaços distintos: o gueto, como o local do refúgio, da proteção, da liberdade de expressão, de prazer, e as ruas, como espaço público, abertas à denúncia e à visibilidade. As reclamações vão contra todos os que manifestam intolerância, como as forças policiais, instituições religiosas e outras instituições consideradas conservadoras. Essa intolerância, conforme alguns membros de grupos homoeróticos, é manifestada, inclusive, por alguns segmentos entre eles mesmos que, alegando não encontrarem apoio para se assumir, temem enfrentar a família, a dispensa do emprego e o convívio entre os heterossexuais.

No anonimato, segundo alguns militantes, eles engrossam as fileiras do conservadorismo, aumentando as dificuldades daqueles segmentos que buscam solidificar algumas conquistas. Essa discordância que existe entre grupos ou entre segmentos homoeróticos parece tentar mostrar que o homoerotismo é um território conflituoso, permeado por sinuosidades que perfilam as ações violentas. Essas ações vão da criação e possibilidade de realização aferivo-sexual homoerótica como doença, anomalia, neurose, perversão e indecência e, se estendem às agressões físicas, aos crimes bárbaros, como por exemplo, nos Estados Unidos àqueles crimes identificados como "overkill" - sobremorte, os chamados "crimes de ódio" ou "homicídios homofóbicos" (Mott; 1998: 128). Desse modo, essas ações contribuem, ainda, para que se compreenda que a violência apresenta um caráter difuso, uma prática essencialmente destrutiva e imprevisível, por parte dos protagonistas das mesmas.

Com base nessa idéia, Diógenes (1998;p.78), diz que:

Desenvolveu-se uma série de argumentações que, quase sempre, levam a supor a existência de "ações violentas" que seriam possivelmente controladas com a eliminação ou contenção do sujeito praticante de atos violentos.

Acredita-se que a falta de opção da sociedade como um todo, que seja capaz de contribuir para a compreensão e a tolerância das diferenças, é o que vem colaborando para que a violência se potencialize.

No entanto, se esse indivíduo em virtude de sua diferença pode de fato servir de antinorma e por essa razão ser severamente punido, seja pelo preconceito, seja pela discriminação ou pela violência concreta, ele pode ainda servir de *vítima expiatória - que dissimula dos homens a verdade de sua violência* (GIRARD; 1990,p.107), ou seja, a vítima exemplarmente escolhida.

*Conforme consta do termo de depoimento de CK, o acusado após breve flerte, aproximou-se dos homossexuais e acertou um programa, ao preço de R\$ 10,00 (dez reais) com este. A vítima aproximou-se de ambos quando já estavam na entrada do Motel Maravilha pediu um cigarro. O acusado respondeu o pedido com um tiro fatal... Não há notícia de tentativa de assalto, nem consta dos autos à apreensão de qualquer arma (até mesmo gilete) em poder da vítima. O que ela e o acusado queriam, em verdade, era saciar a sede do prazer sexual...(Proc. 95.1676.5: 37).*

Esse é o entendimento expresso no decreto de custódia preventiva feito pela autoridade competente no caso, por conveniência da instrução criminal, como reza o Art. 312 do Código de Processo Penal, referente ao processo acima mencionado.

Pode-se perceber, pelo exemplo apresentado o volume da violência a partir da pane da palavra, do vazio do diálogo. Um pedido sem nenhuma relevância e uma vida destruída. Então, acredita-se

que prevaleceu, no acusado, o desejo de demarcar a intolerância, como se numa tentativa de mostrar-se contra e de se fazer ver e crer que a diferença incomoda, perturba e gera violência.

É comum ouvir dos "travestis" queixas sobre as manobras investidas contra eles. Ao serem abordados ou convidados para um "programa" pelos supostos heterossexuais e, se por alguma razão eles não aceitam, são agredidos, ameaçados e na justiça, quase sempre, esses atos são negados pelos heterossexuais. O que aparece nos processos é uma possível desfaçatez, ou seja, os acusados alegam que foram vítimas de assalto ou de algo parecido.

*Consta da inclusa indagação policial que no dia 22 de dezembro do ano de 1997... denunciado acima mencionado munido de uma pistola... lesionou a integridade física do travesti MAVM... afirmou a vítima que o acusado sacou a arma e comprimiu o gatilho atingindo-a gravemente. A lesão sofrida pelo vitimado, consoante a prova material resultou em deformidade permanente por extensa cicatriz em região mediana do abdômem... Interrogado pela gerência das investigações, o denunciado tratou tão-somente em asseverar que sua ação foi decorrente de uma tentativa de assalto por parte de travestis que se encontravam na malha central da cidade e disse mais que não teve a intenção de atingir o ofendido mas apenas amedrontá-lo..., conforme denúncia apresentada pela Promotoria Criminal (Proc. 98 01 02767.3: 02-03).*

No mencionado processo, nos termos de depoimento de uma das testemunhas ouvidas, no caso um soldado da Polícia Militar deste Estado, o mesmo disse que: *Tomou conhecimento que um travesti teria sido vítima de disparo de arma de fogo... informa ser comum o tipo de abordagem feita pelos travestis no "parque público" que este não fora a primeira vez que ocorrera tal fato (idem, ibidem, p.09).*

No depoimento da vítima o "travesti" MAVM, ela afirma ser comum este tipo de acontecimento: os "travestis" são agredidos e os agressores apresentam outros motivos para seus feitos.

*Com relação ao fato de ter o agressor dito que o declarante tinha tentado roubá-lo é mentira dele, pois nada disso houve, e tudo isto é dito por ele para poder defender-se do delito e todos os homens que buscam fazer sexo com travestis, não têm coragem de assumir o lado deles, e inventam que foram vítimas de assalto para limpar o lado feminino deles (idem, ibidem, p. 10).*

Esta versão é confirmada pelo depoimento de outro "travesti" L, que se encontrava em companhia de MAVM, a única testemunha do fato.

Tais declarações tentam indicar a existência de uma "crise de identidade", *"entre um parceiro efeminado e passivo (que seria o homossexual verdadeiro) e outro masculino e ativo (que não seria considerado homossexual)" (PERLONGER; 1987,p.68).*

Desse modo, compreende-se que um dos motivos que leva o suposto heterossexual às práticas de violência, é a ameaça de ter sua "identidade deteriorada". Sendo assim, o suposto heterossexual torna-se violento com seu (s) parceiro (s).

*Quando eu falei que ia contar do nosso caso aos amigos dele, o bicho pegou fogo e por pouco e eu não estaria contando a história. Se não fossem algumas pessoas terem me socorrido eu seria uma pessoa morta. Ele teria me matado. Fugi da minha cidade e sei que enquanto ele for vivo será sempre uma ameaça pra mim. (Homoeerótico do Jardim Iracema).*

Nestes casos, constata-se que a figura social do homoerótico aparece não só como uma vítima do desprezo, da antinorma, mas também como uma possível ameaça que poderá levá-lo a ser, em certos casos, uma *vítima expiatória*, que uma vez destruída

(1990;p.107) *os homens acreditarão estar se livrando de seu mal e efetivamente vão se livrar dele, pois não existirá mais, entre eles qualquer violência fascinante, ou seja, livrando-se do parceiro pelo aniquilamento, estarão eles livrando-se, inclusive, do "outro" que se encontra no seu interior.*

Dai é que se compreende que a perversão ocupa outros corpos, é imaginária de outras mentes, atravessa outras pontes, cruza outros indivíduos e ultrapassa outras fronteiras para encontrar-se em outros espaços. Parece que a perversão está no gozo com a morte, na prática do extermínio, no ideal da intolerância, do constrangimento moral ou nos que calam diante da opressão. Desse modo, descortinar para inocentar talvez construa um novo método de perceber os indivíduos que, mesmo apresentando atributos não aceitos socialmente, mesmo assim se deve conhecer para julgar.

#### 4 OS "NORMAIS" COMO PORTA-VOZES DA VIOLÊNCIA

Os "normais" lançam uma série de outros defeitos e imperfeições a partir de um atributo que o indivíduo carrega consigo. Um exemplo visível pode ser detectado no próprio homoerótico, que é considerado, também, como "pervertido", "doente", "fraco" etc., aguçando de certa forma, aquela imperfeição, revelando-a socialmente como uma marca depreciativa. É o que comumente ocorre aos indivíduos com opção sexual pelo mesmo sexo biológico. No ambiente familiar, nos espaços públicos, na escola, essa carga depreciativa tende a exacerbar-se, dificultando as chances de sociabilidade.

Concernente aos "normais" a noção de Goffman (1988;p.14-15);

As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos na medida em que são as respostas que a ação social benevolente tenta suavizar e melhorar. Por definição, é claro, acreditamos que al-

guém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida.

Toda essa carga de preconceito é, em grande parte, vivenciada pelos indivíduos portadores de um atributo como o homoerotismo. Escorraçados, muitas vezes, do seu ambiente social eles buscam outros meios, sendo alguns destes favoráveis a prática de ações violentas, quer dos parceiros, do aparato policial e até mesmo de grupos organizados que não admitem um convívio harmonioso com estes em razão de suas diferenças.

Mas não é só isso.

Vítimas de crimes bárbaros, potencialmente cruéis, os protagonistas de atos delituosos dessa natureza, consideram-se as vítimas. Apresentam-se como tendo sido agredidos moralmente, de terem sofrido atentado ao pudor, vítimas de assalto dentre outros motivos. Nos tribunais esse discurso parece ser reforçado. Há advogados que trabalham a defesa de indiciados por crimes contra homoeróticos, reforçando os mesmos argumentos, ou seja, fundamentam suas razões exaltando as qualidades do indiciado como reveladoras da heterossexualidade como um argumento positivo, ao mesmo tempo procuram mostrar o homoerotismo como uma condição negativa.

Mesmo levados a julgamento como autores de um crime/homicídio, a posição destes indivíduos, quase sempre, serão transfigurados na de heterossexuais e, conseqüentemente nas vítimas, isto porque todos justificam os seus atos em nome de sua integridade moral, alegando que foram levados a praticar tal delito para preservar sua honra e masculinidade e, portanto, manifestaram uma reação movida pela "violenta emoção", embora deixem o "sítio do crime" com ar esnobe - *eu acabei de matar um veado* - (palavras de um condenado logo após o ato delituoso, conf. Proc. 95.01.04842; p.118), ou seja, a condição homoerótica era um atributo apenas do



outro. Neste intuito, Velho diz (1985;p.33) *que desempenhando na relação a função de homem, o indivíduo não se afasta do seu papel e, portanto, não é passível de acusação.*

Embora em abordagens distintas nos procedimentos adotados nos autos dos processos criminais, onde uma das partes conflitante é homoerótica, apareçam enunciados que insistem justamente em designá-la como indivíduo membro de uma camada ou segmento marcado pela subalternidade, esses enunciados procuram demonstrar a construção social do perfil de prováveis delinquentes, a partir de quem os emprega, bem como do resultado desejado, para cada caso.

Esses "enunciados", ou essas "formações discursivas", segundo preceito foucaultiano, Guirado assinala (1995; p.7-28) que tratam de

[...] determinar qual é a posição que pode e deve ocupar cada indivíduo para dela ser o sujeito. Isto equivale dizer que a teoria do discurso não é uma teoria do sujeito antes que se enuncie, mas uma teoria da instância de enunciação que é, ao mesmo tempo e intrinsecamente, um efeito de enunciado.

Dessa forma, o "estranhamento" do homoerotismo no imaginário social brasileiro parece indicar as faces dessa instância de subjetividade enunciativa: por um lado, ela constitui o sujeito em sujeito de seu discurso, por outro, ela o assujeita. Pode-se depreender daí que não é possível definir exterioridade entre os sujeitos e os discursos.

No entanto, do dizer de Corrêa (1983; p.300), *os manipuladores técnicos utilizam o tempo do processo selecionando e ajustando os elementos das situações, as 'peças' do processo, que mais se adequem à composição da figura desejada, da verdade a ser demonstrada.*

No caso do homoerótico, a possibilidade de manipulação da "identidade deteriorada", parece ser maior. As 'marcas' que ele carrega aparecem mais visíveis e fortes, numa sociedade definida em ter-

mos heterossexuais, evidentemente mais preparada para conviver com as desigualdades do que com as diferenças.

Dito isso, tem-se como evidente o fato de que muito embora todos sejam iguais perante a lei, como reza o texto constitucional em seu Art. 5º - *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 à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...*, nem sempre os indivíduos são considerados tão iguais. Mais adiante, no inciso X deste mesmo artigo: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.* No entanto, parece que a lei não é igual para todos, ao permitir que alguns detentores de saber jurídico identifiquem e julguem desiguais os considerados diferentes.

É a partir de fatos como estes é que se chega a reputar como verdadeira a máxima popular que diz que *a Justiça só existe para preto, pobre e prostituta.* Já nas classes menos privilegiadas *a Justiça tarda mas não falha.* Portanto, cabe a sociedade buscar uma Justiça Justa, onde os diferentes sejam tratados com a dignidade como assim deve ser tratado todo cidadão.

## 5 BIBLIOGRAFIA

- BOURDIEU, Pierre. A Dominação masculina. In: *Revista Educação e Realidade*. Porto Alegre. 20 (2) jul./dez. 1995, p. 132-183.
- BRASIL, Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- CHAUÍ, Marilena. *Repressão sexual: essa nossa desconhecida.* São Paulo: Círculo do Livro, 1990.
- CORRÊA, Mariza. *Morte em família.* Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- COSTA, Jurandir Freire. *A Ordem médica e a norma familiar.* Rio de Janeiro: Graal, 1983.
- \_\_\_\_\_. *A inocência e o vício.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.
- COSTA, Márcia Regina da. *Juventude e Violência: A Produção de*

## Subjetividades

- Conservadoras. In: Humanidades e Fim de Século. Margem, São Paulo, n. 7, p. 159-173, ago.1998
- DIÓGENES, Glória. Cartografias da cultura e da violência: gangues, galeras e o movimento *Hip-Hop*. São Paulo: Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e do Desporto, 1998.
- FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade*. 11.ed. A Vontade de Saber. 11 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *A ordem do discurso*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1998
- \_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau ed., 1996.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- GUIRADO, Maria Helena. *Psicanálise e análise de discurso: matrizes institucionais do sujeito psíquico*. São Paulo: Summus, 1995.
- HELLER, Agnes. *O cotidiano e a história*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- MacRae, Edward. *Afirmção da identidade homossexual: seus perigos e sua importância*. In: TRONCA, Italo A. (org.) *Foucault vivo*. Campinas, SP: Pontes, 1987, p.81-88.
- MOTT, Luiz Roberto. *Homofobia. A Violação dos Direitos Humanos de Gays, Lésbicas & Travestis no Brasil*. Relatório elaborado pelo Grupo Gay da Bahia e da Comissão Internacional de Direitos Humanos de Gays e Lésbicas. 1997.
- PENNA, Maura. *O que faz ser nordestino: identidades sociais, interesses e o "escândalo" Erundina*. São Paulo: Cortez, 1992.
- PERLONGER, Nestor. *O michê é homossexual? Ou: A política da identidade*. In: TRONCA, Italo A. (org.) *Foucault vivo*. Campinas, São Paulo: Pontes, 1987.
- SPAGNOL, Antônio Sérgio. *O Desejo marginal: violência contra homossexuais na cidade de São Paulo*. São Paulo, 1996. 233p. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Universidade de São Paulo.
- VELHO, Gilberto (org). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: ed. UFRS, RGV, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Desvio e divergência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1985
- WEBER. Max. *Economia e sociedade*. 3.ed. Brasília, DF: ed. Universidade de Brasília, v.1, 1994.

## PROCESSOS PESQUISADOS – Fórum Clóvis Beviláqua/ Fortaleza-Ce

- Processo nº 95 4842.0 5ª Vara do Júri  
 Processo nº 951676.5 6ª Vara do Júri  
 Processo nº 98 02767.3 9ª Vara Criminal

## NOTAS

- 1 Maurice Sartre é professor de História Antiga na Universidade de Tours, na França.
- 2 Henning Bech, "When Men Meet - Masculinity and Modernity", The University of Chicago, 1996.
- 3 Peter Clarke é professor de História na Universidade de Cambridge, na Inglaterra.
- 4 Skinheads, gangues de jovens violentos, ultranacionalistas, anticapitalistas, antiimperialistas, xenófobos e racistas, surgiram na Inglaterra em fins da década de 60 e logo se espalharam pela Europa e por vários países do mundo, inclusive o Brasil, segundo Márcia Regina da Costa (1992,p. 159-173).
- 5 Parada Gay é a manifestação celebrada em 27 de junho como o Dia Internacional do Orgulho de Gays e Lésbicas, para reivindicar direitos civis e lutar pela cidadania plena.

## **A FALTA QUE O ESTUDO VITIMOLÓGICO FAZ PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA**

**André Wilson de Macêdo Favela<sup>1</sup>**

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Christus - 5º  
Semestre -, Secretário-Geral do Centro Acadêmico  
Raimundo Bezerra Falcão - CARF; Membro Executivo da  
Assessoria Jurídica Popular - Assembléia Legislativa do  
Estado do Ceará; estagiário da Procuradoria do Instituto  
Nacional do Seguro Social - INSS; e, estagiário do Núcleo de  
Prática Jurídica - Faculdade Christus.

### **1 Introdução**

### **2 Vítimas**

### **3 Vitimologia**

#### **3.1 Vitimização secundária**

#### **3.2 Vitimização terciária**

#### **3.3 Cifras - negras**

#### **3.4 Processo legal**

### **4 Vitimologia e estado**

#### **4.1 Prevenção vitimária**

#### **4.2 Pesquisas de vitimização**

#### **4.3 A "ressocialização" da vítima**

### **5 A dor da prática**

### **6 Conclusão**

### **7 Resumo:**

A Vitimologia, volta a figurar como saída nas soluções de casos complexos, envolvem vários segmentos sociais. O estudo da vítima mostra-se inseparável para o bom desempenho das políticas de Segurança Pública. Destarte, o Estado, detentor do poder da violência legal, deve suprir a falta do estudo vitimológico, valendo-se de pesquisas e projetos que incluam o tema na pauta do combate à criminalidade.

**Palavras-chave:** Vitimologia; Políticas Públicas; Processo Criminal; Criminologia.

## 1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais deveriam ser assegurados, passando a garantia dos mesmos, a ser uma das formas mais eficazes de assegurar a prevenção da criminalidade.

No Brasil, os direitos fundamentais não são efetivados como deveriam, mesmo com a previsão constitucional.

Por isso mesmo, as vítimas da criminalidade não recebem a atenção devida por parte do Estado. É flagrante a ausência de políticas públicas de amparo a vítima.

No Brasil, as políticas criminais de outrora vitimizaram a população que sempre esteve desassistida. A vítima enfrentou muito tempo a indiferença das ciências criminais - após a época da justiça privada - ficando esquecida como parte do crime. Da II guerra Mundial para cá, mais ou menos a 50 anos, recomeça a se notar a participação da vítima no delito seja ela benigna ou não.

Não se difunde a subordinação das Ciências Criminais aos interesses das vítimas, nem suas paixões e seus temores, mas sim que tudo seja avaliado: o delito, o criminoso, os motivos determinantes e a vítima.

Não se pode dizer que a solução institucional dos conflitos é errada, mas podemos notar indícios de direitos restringidos - tanto das vítimas, quanto dos delinquentes. A rotineira morosidade do poder público, aliada às falhas institucionais que tolhem os direitos das vítimas e delinquentes, impedindo a melhora do sistema de proteção social como um todo.

Os caminhos seguidos pela vítima desde sua vitimização primária até o fim do embate institucional, tornam-se um verdadeiro "calvário", principalmente para a classe baixa, que não detém recursos para se sentirem violados, pois, as violações tornaram-se rotineiras.

## 2 VÍTIMAS

No entendimento da Organização das Nações Unidas, as vítimas são:

[...] pessoas que, individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou menosprezo substancial dos direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados Membros, incluída a que proíbe abuso de poder.<sup>1</sup>

O fato é que as políticas adotadas pelo Estado, assim como suas práticas, estão "demolindo" as estruturas da sociedade que muitas vezes, veste-se em pele de lobo e satisfaz a si, utilizando-se de sadismo, hipocrisia e ignorância<sup>2</sup>.

A sociedade muitas vezes entrega-se facilmente às mazelas que lhe atormentam e se acomoda, mas não em sentido de estagnação, e sim de depreciação. Pouco a pouco vemos nossos valores serem corrompidos, hoje ser corrupto é louvável, ser infiel é sinal de esperteza, e nos esquecemos que a cada dia nossa família sofre, nossos filhos não brincam mais nas calçadas e vivem "enclausurados" em "grades de concreto".

Todos somos vítimas de políticas fracassadas e da falta de "interesse" do Estado para com a população. Vamos perdendo esperanças, chorando baixo como uma criança que não tem a quem recorrer, pedindo migalhas nos sinais. Infelizmente, nosso papel no momento é mendigar o pão da Segurança Pública, que a cada dia torna-se mais privada<sup>3</sup>.

Podemos até não perceber, mas a palavra vítima vai, pouco a pouco, se tornando sinônimo de "cidadão". A violência em se banalizando, seja por "manchetes" nos jornais ou pelos programas policiais.

### 3 VITIMOLOGIA

Sabemos que nem sempre a vítima é totalmente cordeiro, às vezes pode ser uma ovelha negra<sup>4</sup> e até assumir o papel do lobo. E é disso que a Vitimologia<sup>5</sup> trata: levar em consideração não só o crime e o criminoso, pois esta não é a forma mais adequada para solução do problema que nos aflige a delinqüência.

Se quisermos mesmo solucionar este problema, devemos utilizar não só de uma parcela, mas sim todos os recursos da Criminologia. Devemos nos apegar a pontos mais importantes do que um castigo para o delinqüente<sup>6</sup>. Vêm acrescentar em busca da concreção deste ideal: a implementação de políticas protetoras e de amparo as vítimas e testemunhas; ONG's que primam os Direitos Humanos - estigmatizados, infelizmente, como protetoras de bandidos; uma nova geração de promotores e juízes que perseguem a moralidade no nosso país, arriscando suas vidas e suas famílias.

Sempre que falarmos em Vitimologia, devemos entender que estamos falando em um caminho para solução da criminalidade e suas injustiças, sejam elas institucionalizadas ou não.

O nosso dever é o de tentar recorrer ao melhor para sociedade e não perseguir medidas paliativas – que servem apenas para satisfação da opinião pública. A Vitimologia bem direcionada, com certeza trará benefícios à sociedade, e esse papel deve ser assumido pelo Estado com auxílio dos vários segmentos sociais.

#### 3.1 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

O dano adicional causado à vítima pela investigação policial e pelo processo penal ordinário é chamado de vitimização secundária. Segundo CALHAU:

“O dano à vítima criminal já começa na delegacia de polícia, antes mesmo da atuação do Poder Judiciário e

do Ministério Público, onde teríamos, a partir, da denúncia então, o processo criminal.”<sup>7</sup>

Infelizmente, outra mazela que já virou “cultura”. A vítima que acaba de sofrer o crime - enfrentando perda financeira, moral, muitas vezes a vergonha e o medo -, ainda tem que passar pelo descaso nas Delegacias de Polícia. Os Órgãos que deveriam protegê-la, não o fazem, ao invés de estabelecer a segurança, tornam-se verdadeiros empreendedores de “cifras negras”, causando mais vergonha às pessoas vitimizadas - muitas vezes desconfiando, tratando à vítima como se fosse criminoso, invertendo os papéis – típico em nosso país.

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou o abrandamento da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos a vítima do que prejuízo derivado do crime praticado anteriormente.<sup>8</sup>

#### 3.2 Vitimização terciária

Já vimos que além do delito, a vítima sofre geralmente uma sobrevitimização, mas não para por aí, este desapego ao certo, implica ainda num terceiro sofrimento.

A vitimização terciária vem da falta de amparo dos órgãos públicos (além das instâncias de controle) e da ausência de receptividade social em relação à vítima. Especialmente diante de certos delitos considerados estigmatizadores, que deixam seqüelas graves, a vítima experimenta um abandono não só por parte do Estado, mas, muitas vezes, também por parte do seu próprio grupo social. Esta terceira etapa da vitimização,

que se distingue da vitimização secundária, merece um estudo específico, pois só a partir de seu dimensionamento e compreensão poderão surgir alternativas.<sup>9</sup>

Podemos notar a falta não só do Estado, mas também da própria consciência social, que não unindo suas forças, esmigalha-se em grupos que se "autovitimizam", sejam por comentários maldosos, cochichos, brincadeiras, entre outros - maldade que infelizmente não conseguimos superar já que nossa sociedade permanece na ignorância, achando que o que acontece com o vizinho não acontece com o ela.

Muitas vezes a vitimização terciária é a que mais causa sofrimento, este diferenciado, pois causa o medo que leva muitas vezes a não efetivação da denúncia. A represália social dói e a dor passa para toda família da vítima, que convive com a vergonha e deixa de lado muitas vezes o ente que sofreu o crime.

### 3.3 Cifras - negras

As vitimizações secundária e terciária são os fatores mais importantes para a criação das "cifras-negras".

A vergonha que leva à vítima não denunciar os delinquentes já se fez cultura. Na realidade poucas pessoas têm a coragem de denunciar os crimes sofridos, quando correm o risco de não obter uma solução humana e ter que enfrentar em seu próprio "nicho social" taxações absurdas. Infelizmente, o Estado, que intitulado Democrático de Direito, não diz a que veio, e podemos notar que isso torna-se um ciclo de vitimizações.

Em um crime de estupro ou atentado violento ao pudor, poucas pessoas se atrevem a denunciar. A vergonha tornou-se mais forte que a vontade de justiça. Passando pela rua e sofrendo agressões verbais, a vítima pensa em tudo antes de denunciar crime: as pergun-

tas, as provas que nem sempre têm, a demora, a represália, a falta de proteção estatal entre outros. Assim a cifra - negra vai se formando.

### 3.4 Processo Legal

Como descreve MOLINA, a neutralização da vítima se dá na própria origem do processo legal moderno. O delito quase sempre é definido como um afrontamento entre o delinqüente e a lei, a monopolização da justiça pelo Estado trouxe pontos bons, mas esquece a vítima quase em sua totalidade.<sup>10</sup>

Racionalmente, o delito deve ser resolvido a partir da vítima, pois é ela que detém o sofrimento. A sociedade é responsável, mas à vítima é quem sofre a "crucificação" em todas as etapas, desde o crime sofrido até o encerramento do processo. E isto é o que deve se tomar como base do processo legal.

À vítima não deve ser apenas ouvida, avaliada, devendo passar por uma série de programas para que o delito cause a menor dor possível. E este deve ser papel do Estado, não deveríamos precisar nos amparar somente nas ONG's, pois elas nem sempre podem fazer o papel que às vítimas precisam: por falta de recursos; grande número de atendimentos; e até mesmo a falta de comprometimento com a sociedade de algumas destas organizações, que apenas procuram incentivos estatais, como forma de enriquecimento.

## 4 VITIMOLOGIA E ESTADO

O Estado deve utilizar a ferramentas oferecidas pela Vitimologia para atuar mais humanamente, tendo assim maior efeito benéfico. As vítimas devem ser amparadas por programas que visem amenizar os traumas trazidos pelo delito a ela, sua família, e toda sociedade.

Nos E.U.A. existe desde 1975 a (NOVA) Organização Nacional de Assistência às Vítimas, a (VOCA) que institui um fundo no departamento do tesouro nacional para as vítimas de crimes.

A assistência às vítimas inclui, mas não limitados, os seguintes serviços; intervenções nas situações de crise, consultas, abrigos de emergência, advocacia na Justiça Criminal, transporte de emergência. Por toda a nação existem aproximadamente 10.000 organizações que proporcionam desses e outros tipos a vítimas de crimes. Por volta de 2.800 dessas recebem contribuição dos fundos VOCA.[...]

No Brasil existem alguns institutos que fazem este trabalho, mas, infelizmente, muitos o prestam de forma precária, no entanto, o maior problema é o receio de que com a ajuda do Estado, a corrupção, o "Lobby" e as especulações - que seriam extremamente desagradáveis já vistos os fins a que eles se propõem - se elevem ante os objetivos.

Na Carta Política promulgada em 1.988, existe um artigo que prevê a disposição da lei a respeito da assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos, mas o art. 245 ainda não foi regulamentado - típico.

A Vitimologia é a principal ferramenta para o combate às injustiças, que há muito massacram nossa sociedade, e até ao combate da criminalidade "prevendo" em alguns casos o delito. É inviável existir um julgamento sem que haja um estudo criminológico, portanto, deve-se procurar combater a vitimização aplicando políticas que se baseiem em estudos criminológicos e procurem amenizar ao máximo a dor da vítima.

#### 4.1 Prevenção vitimária

A prevenção "vitimária" possui, ademais de sua comprovada efetividade, outras vantagens: sugere uma intervenção não-penal dos poderes públicos - e da sociedade em geral - para prevenir o delito, o que diminui o elevado custo social que a prevenção "criminal" impli-

ca; corresponsabiliza todos, a comunidade jurídica inteira - especialmente a vítima em potencial - na defesa dos bens ou interesses mais valiosos, evitando a atuação do sistema legal e sua tardia prevenção de alto conteúdo social, dirigidos especificamente aos grupos ou subgrupos de pessoas que necessitam de particular proteção (jovens, terceira idade, aposentados etc.).<sup>11</sup>

Sabemos que o crime é um fenômeno seletivo, como MOLINA diz: "...busca o lugar oportuno, o momento adequado...e a vítima certa...". Portanto, sabemos que para se tornar vítima a pessoa deve ter características que a fazem ser detentora de uma "predisposição" - condição financeira, aparência, local onde mora, onde transita -, assim como o delinquentes detêm várias características em comum - condição financeira, onde mora, onde transita, grupos com os quais mantém contato, entre outros.

A prevenção vitimária incide sobre essas pessoas, após detectadas as possíveis vítimas passam a participar de um programa que acompanha, conscientiza, informa, previne entre outros.

#### 4.2 Pesquisas de vitimização

A vítima é a maior fonte de informações sobre o delito, claro que do modo em que vem sendo tratada hoje, retrai fatores importantes, determinantes - informações preciosas. Mas as pesquisas de vitimização detêm o "status" de informação para que a prevenção vitimária seja posta em prática com mais eficiência.

O que diz o grande grau de importância dessas pesquisas é que as informações são advindas das próprias vítimas e não do sistema legal, provocando, assim, uma assistência estatal com à vítima e a sociedade, mostrando que o Estado se preocupa com as mazelas sociais e desta forma vai se extinguindo uma etapa deplorável, a *vitimização secundária*.

As pesquisas servem também para "verificação da efetividade do sistema"<sup>12</sup>, esperamos que, sendo adotada com mais afinco pelas

políticas públicas, as pesquisas de vitimização revelem que termos muitos erros que causam enormes sofrimentos à população em geral, mas especificamente e com maior impacto aos menos favorecidos<sup>13</sup>.

#### 4.3 A "ressocialização" da vítima

A "insensibilidade" que o Estado tem hoje para com a vítima produz medo, desconfiança, desvirtuamento, cifras-negras, entre outros. A criminalidade produz isolamento social, à vítima por muitas vezes é tida como a parte perdedora - o impacto psicológico é terrível -, a sociedade culpa à vítima e faz chacota dela como se assim estivesse isolando a possibilidade do crime acontecer com ela.

Notamos que os direitos do acusado são bem definidos, já os da vítima, a pessoa que sofreu o delito, que enfrenta a sociedade e os poderes públicos, fica desamparada.

De acordo com MOLINA:

Por isso, a Vitimologia chama atenção sobre a necessidade de formular e experimentar *programas* de assistência, reparação, compensação e tratamento das vítimas do delito....<sup>14</sup>

Vários programas deveriam ser implantados para que a ressocialização da vítima ocorresse com sucesso e todos os estigmas fossem vencidos etc.<sup>15</sup>

#### 5 A dor da prática

No dia 02/06/2.003 fui a uma audiência criminal da qual participei como estagiário. Há quase um ano o caso vem tramitando. Testemunhas e mais testemunhas são arroladas e todas não presenciaram o acidente. Mas, mesmo sem estar lá na hora, eu presenciei o "acidente", na casa dos pais da vítima, lá, vi uma família que sofreu a perda de um filho e até hoje recebe ameaças - foi vitimizada secundariamente na Delegacia e terciariamente pelos próprios vizi-

nhos.<sup>16</sup> A família passou a viver isolada, os filhos da vítima também passaram a ser vítimas e ficam detrás das grades da casa do avô a maior parte do tempo; impedidos de brincar mesmo estando de férias, a mãe do falecido chora porque o povo comenta o acidente como se ele tivesse sido o culpado.

Todos da família deveriam ter o acompanhamento do Estado: consultas com psicólogos; proteção policial para evitar e responsabilizar os autores das ameaças, entre outras. Nas crianças o acompanhamento deveria ser intenso, havendo uma ajuda financeira do Estado enquanto o réu não fosse condenado e até mesmo após a condenação.

Corre lágrimas nos meus olhos toda vez que lembro daquele menino correndo para cozinha, seu choro ainda me abala emocionalmente. A justiça<sup>17</sup> tem várias definições dependendo do autor, da realidade social e da situação, mas aprendi que a justiça tem uma face sombria quando não acontece com você, mas a realidade só existe uma. Meu avô em sua extrema sabedoria cantava a música de Luiz Gonzaga, que contava uma estória de um homem que havia cortado o rabo de um jumento, e dono do animal dizia: "...ô nascimento eu não quero pagamento nascimento, eu quero outro rabo no jumento...". Infelizmente, no caso do menino, assim como o de familiares das vítimas de pistolagem, deficientes por motivos de violência e muitas outras pessoas não podem ter o "rabo do jumento" de volta, em contrapartida o Estado deveria obter meios para que essa dor fosse atenuada.

#### 6. Conclusão

As bem sucedidas experiências com a implantação do estudo vitimológico, me faz defender sua viabilização no Brasil - posição acolhidas por inúmeros doutrinadores: Luís Flávio Gomes, Lélcio Braga Calhau, entre outros -, o que seria uma saída viável e barata, levando-se em conta o objeto protegido e a abrangência a todas as camadas sociais.



A Vitimologia tem caráter preventivo, devendo por isso, ser empregada junto com projetos sociais e econômicos ligados a cultura, lazer, educação, saúde, assistência entre outros. Observando estatísticas e aplicando-as a conjuntura social, encontramos a pilastra de sustentação da prática de políticas públicas que se valem do estudo vitimológico.

O estudo aplicado a prática sempre deu bons resultados, portanto, a defesa da implantação da Vitimologia deve primar pela interligação entre todos os ramos da Administração Pública, em todos os Poderes e em todas as camadas e grupos sociais, sob pena de não se obter sucesso com a sua viabilização. Continuando assim, omisso o Estado.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Trad. Torrieti Guimarães. 1 ed. São Paulo: Hermus, 1996.
- CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. *Criminologia*. 3.ed. São Paulo: RT, 2000.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). *Violência e vitimização: A face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de uma Era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.998.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.
- Organizações das Nações Unidas - ONU. *Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder, adotada pela resolução n. de 40/34, de 29 de novembro de 1985*.
- REVISTA DA FACULDADE CHRISTUS. Fortaleza: LCR, jul./dez.2001.
- REVISTA DA FACULDADE CHRISTUS. Fortaleza: LCR, 2.002.

## NOTAS

- 1 - CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte:

Mandamentos, 2002. p.30.

Vide: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2.000.

2 - Vitimização terciária: decorre da falta do amparo à vítima pelos órgãos públicos e ausência de acolhimento social.

3 - LEMOS, João Gonçalves de. *Segurança Pública: direito do cidadão x obrigação do Estado*. In: PIEDADE JR., Heitor (org.); LEAL, César Barros. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

4 - Vide. JESUS, Damásio de. *Ações a próprio risco: a participação da vítima na prática do crime*. In: PIEDADE JÚNIOR, Heitor (org.). LEAL, César Barros. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

5 - GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia*. 3.ed. São Paulo: RT editora, 2000. "Desde os primeiros trabalhos dos que são considerados os pais da vitimologia, Benjmjamim Mendelsohn e Von Hentig (New Bio-Psyco-Social Horizons: Victimology e Victims Studies) respectivamente reclama-se que a vítima, a contar do momento em que o Estado monopolizou a distribuição da justiça foi neutralizada."

6 - Vide: LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de um era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.998.

7 - CALHAU. Op. Cit. p-27. citação 15.

8 - CALHAU. Op.Cit., p.26 e 27

9 - OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e O Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999. p.114

10 - MOLINA. Op. Cit. p.67.

11 - GOMES. Op. Cit. p.82.

12 - GOMES. Op.Cit. p.84.

13 - "Conquanto mais freqüente e visível nas classes pobres, marginalizadas (nas quais a miséria, o desemprego, a marginalidade, a falta de instrução, a toxicomania, o alcoolismo, a desestruturação familiar, o estresse contribuem para causar distúrbios psicológicos e agravar conflitos), a violência doméstica, ativa ou passiva, é um fenômeno que atinge todas as classes sociais." (A criança e a violência Doméstica, César Barros Leal). LEAL. Op. Cit. P .44.

14 - GOMES. Op.Cit. p.94.

15 - Vide: 1) Programas de assistência imediata; 2) Programas de reparação ou restituição de responsabilidade do próprio infrator ("restitution"); 3) Programas de compensação à vítima; 4) Programas de assistência a vítima-declarante ("vítima-testemunha"). GOMES. Op. Cit. p. 94 a 102.

16 - "Se houver justiça no coração, haverá beleza no caráter. Se houver a beleza no caráter, haverá harmonia no lar. Se houver harmonia no lar, haverá ordem na nação. Se houver ordem na nação, haverá paz no mundo." (Jo Petty)

17 - "...O sentimento de justiça é a raiz da grande árvore. Se a raiz não for boa, se ficar ressequida em meio às pedras e à areia estéril, a árvore não passará de uma figura ilusória, e a primeira tempestade arrancá-la-á pela raiz. Acontece que o tronco e a copa da árvore gozam da vantagem de serem vistas, ao passo que as raízes, IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.76.

## VITIMOLOGIA

**Francisco Alberto de Oliveira**

Contador e Graduando em Direito do 5º Semestre.

- 1 Introdução
- 2 Origem da Vitimologia
- 3 Vítima
- 4 Participação da Vítima no Crime
- 5 Espécie de Vítima
- 6 Relação Vítima-criminoso
- 7 Relações Especiais Criminoso-vítima
  - 7.1 A Relação Neurótica Pura
  - 7.2 Relações Psicobiológicas
  - 7.3 Relações Genobiológicas
- 8 A Importância da Vitimologia para a Criminologia
- 9 Conclusão
- 10 Referências Bibliográficas

### RESUMO

Dispõe sobre a origem da Vitimologia e o estudo da vítima em todos os seus detalhes e a importância da Vitimologia na criminologia, demonstrando seu importante papel no resolvimento de conflitos sociais pelo Estado.

**Palavras-Chave:** Vítima, proteção vitimológica, vitimização, justiça.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta as características da Vitimologia como ciência relativamente nova do ramo de criminologia.

Esse ramo do conhecimento humano, conseqüentemente des-

dobrado da criminologia, deve ser encarado, hoje, de forma consciente, como um eficiente auxiliar do Direito Penal.

A Vitimologia é uma área de conhecimento das ciências humanas e sociais que deve, necessariamente, ser enxergada sob um prisma estereoscópico, "criminoso-vitimologia", exigindo-se em um conjunto de conteúdos teóricos, filosofias de ação e condutas práticas que constituem verdadeiro arsenal de conhecimento da conduta humana, seja ela do suposto criminoso, seja da suposta vítima.

Assim, desde a década de 50, mais precisamente de 70 para cá, a Vitimologia vem sendo encarregada da chamada "redescoberta da vítima".

A seqüência do nosso trabalho, por conseguinte, estará voltada para as análises dos tipos de vítimas, através de reflexões, práticas e reflexões da própria prática, a uma decomposição do conhecimento de casos concretos e seu processo de produção, expressão; elementos, assim entendemos, necessários à construção do que entendemos sobre a ciência vitimológica. Diversos aspectos serão abordados no desenvolvimento desse

## 2 ORIGEM DA VITIMOLOGIA

Para romper o modo materialista histórico de pensar, pelo menos em seus aspectos fundamentais, já que nos estudos clássicos não se analisava as vítimas, a partir dos anos 50, sob a ótica jurídica, foram iniciados os modernos e interessantes campos dos estudos da participação da vítima no crime.

Passaram a surgir foros de "cidadania" jurídica, diante da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Organização das Nações Unidas.

Vitimologia e Direitos Humanos, portanto, formam como que uma associação permanente perfeita, cujo resultado se espelha em que a vida é livre, plena e sem constrangimentos.

Tem-se aceito costumeiramente que a palavra vítima tem derivado do Latim *Vicere*, o vencido, ou *Vincire*, animais sacrificados aos deuses. Em Roma o povo usava as expressões *victimia* e *virtus* para significar dominado ou abatido, ferido, sem forças. Os dois traços caracterizadores da vítima são, na verdade, o sofrimento e a injustiça, injusto porém não necessariamente ilegal.

Embora os autores da língua latina e anglo-saxônica admitam que a vítima é em um sentido amplo, o ser que sofre injustamente, e falam em vitimologia, vitimização, periculosidade vitimal etc. - não faltam entre os autores germânicos, aqueles que preferem uma designação ligada ao étimo próprio - "opfer. No entanto, é para a permanência da expressão de origem latina".

Ainda no século XVIII, sob a influência do cartesianismo (filosófico e científico) a ciência se apresenta como pensamento do homem "culto e honesto", com tudo que ela (ciência) comporta de opiniões e aquisições culturais anteriores à ciência, ou seja, de preconceitos trazidos pelo poder. (OLIVEIRA, 1996, p. 28)

## 3 VÍTIMA

Pessoa injusta ou arbitrariamente reprimida maltratada, e pessoa que sofre dano pelo homem ou pela natureza. No âmbito de Criminologia, as pessoas que sofrem ameaças e reivindicam uma ajuda e uma proteção eficaz. Ao se falar em vítima, temos sempre que partir da trilogia clássica, no sentido de que a vítima teve seu apogeu no tempo da justiça privada, depois, no instante em que o Estado assumiu o monopólio da justiça.

A definição do aspecto jurídico da vítima também tem as suas dificuldades, haja vista as limitações que se realizam por se utilizarem conceitos nas normas jurídicas. Já se ensinou, que tal local não seria o apropriado para expressar a conceituação de bem ou valores. (CALHAU, 2002, p. 23)

Atualmente, de uma forma ou de outra, efetiva ou potencialmente, somos vítima, pelo sistema de vida que levamos no dia-a-dia, no convívio com a violência urbana, que nos traz a insegurança e a intranquilidade.

A polícia não seguiu, como instituição, o crescimento social. E o que é mais grave: nessa busca de tentar estancar a violência, cujas raízes são profundas e complexas, o poder policial rompeu com os freios da discricionariedade e do respeito aos direitos fundamentais e, no seu agir arbitrário está vitimizandando as mais diversas pessoas. Sua organização está funcionalmente superada, sem que se veja o menor movimento para fazer surgir, de fato, um novo modelo para suas estruturas e uma nova consciência, com novos valores para o poder de Polícia. (LEÃO, 1998, p. 92)

#### 4 PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO CRIME

Há casos em que a vítima tem preponderosa atuação na prática do crime, hipótese que a doutrina moderna denomina "ações a próprio risco". Ocorre em que o lesionado expõe-se unilateralmente ao risco, de forma que o caso só cabe interpretação como ação sua e não como efeito de quem criou ou favoreceu a situação de risco, fato em que não houve atribuição de terceiro para que seja atribuído o resultado jurídico.

Exemplos:

- I - Caso de overdose. Um viciado entrega a seu amigo, também viciado, droga e seringa. Ele aplica em si mesmo a substância tóxica, sofre uma overdose e morre. O fornecedor da droga é considerado criminoso, no entanto, a vítima alcançou o conhecimento do perigo, e, por ação própria, praticou o crime.
- II - Numa colisão culposa entre dois veículos, o condutor do veículo "A" foi o causador. O condutor do veículo "H", sem usar o cinto

de segurança, no ato do acidente é arremessado contra o vidro de frente do automóvel, e pelo impacto veio a falecer. Houve no caso, imprudência da vítima, que violou seus próprios deveres de proteção.

III - Instrutor descuidado, durante uma excursão, deixa uma criança cair num lago. Um terceiro tenta salvá-la e morre. O instrutor não responde pelo evento da morte, e sim, pela sua negligência, descumprindo o dever de zelar pela vida da criança.

Portanto, a participação ou provocação e eventual inocência da vítima devem ser considerados pelo Juiz por ocasião da aplicação da pena, ou, em determinados casos, até a exclusão do crime.

#### 5 ESPÉCIES DE VÍTIMA

No contexto geral do estudo da Vitimologia, é extremamente importante evidenciar as espécies de vítimas, assim classificadas:

- I - Ideal: Vítima completamente inocente. Não contribui de forma significativa para a ocorrência ou cometimento do crime. Efetivamente é autêntica ou nata.
- II - Imprudente: Espécie de vítima que contribui efetivamente para a realização do crime. Trata-se da vítima que embora alertado por autoridades sobre a periculosidade de determinada zona da cidade, por ato de pura imprudência a ela se expõe.
- III - Provocadora: Vítima considerada mais culpada do que o delinqüente. O delito é produzido por consequência de provocação da própria vítima.
- IV - Agressora: Se caracteriza vítima agressora aquela que constantemente age de forma agressiva. Provoca o crime, com circunstancial participação.

Como nítida ação de agressividade, assinalamos o caso criminal em que um Inspetor da Polícia Civil do Estado do Ceará, pessoa

de situação ilibada na sua instituição durante os longos anos de policial, tinha um filho de vida irregular e participante ativamente de grupos de drogados, estando constantemente em estado transtornado, chegando a agredir não só o pai como também a mãe.

Os atos de agressividade do rapaz provocaram a interferência do pai que, ao chegar em casa, presenciou as agressões pelo rapaz, não suportou a atitude do mesmo e em consequência sacou da arma, praticando o crime. Foi efetivamente o crime praticado pelo pai contra o filho, no entanto, causado pelas ações inteirantes das agressividades da vítima.

## 6 RELAÇÃO VÍTIMA-CRIMINOSO

Sendo a Vitimologia o ramo das ciências criminológicas que cuida do estudo biopsicosocial da vítima e sua relação com o crime e o criminoso em determinadas situações, o indivíduo pode ser: a) vítima que passa a ser criminoso; b) criminoso que é depois vitimizado; c) criminoso que depois é vítima e volta a ser criminoso, ou que; d) simultaneamente criminoso e vítima. Às vezes não se pode definir, a priori, se o indivíduo é criminoso ou vítima.

Na hipótese em que a vítima passa a ser criminoso, há de se considerar os aspectos de violência que transforma o indivíduo em vítima de maus tratos, exploração e perspectiva de extermínio, onde só se espera a geração também de violência em contra-partida. Transforma-se em razão da revolta e do desespero, em um criminoso.

Em igualdade ao caso pré-falado, surge o indivíduo que é injustiçado gravemente. Agredido injustamente pela sociedade, seja por uma condenação, por qualquer ato de traição, seja pelo próprio sistema, apresenta as evidências de configurada revolta, revertendo o quadro até então existente, passando da condição de vítima para a de criminoso.

Se os homens não podem ater-se a um valor comum, reconhecido por todos em cada um, então o homem

passa a ser incompreensível para o próprio homem. O rebelde exige que esse valor seja claramente reconhecido nele próprio pois suspeita ou sabe que, sem esse princípio, a desordem e o crime reinariam sobre o mundo. O movimento de revolta surge nele como uma reivindicação de clareza e de unidade. A rebelião mais elementar exprime Paradoxalmente a aspiração à ordem. (OLIVEIRA, 1996, p. 73)

Existe a condição do indivíduo passar da condição de criminoso para vítima. O criminoso em grande parte é contemplado nessa condição. Em verdade podemos interpretar que o indivíduo que já cumpriu pena passa a ser titularizado como homem marcado. No presídio, comumente é desprotegido e, por conseguinte, quando sai, não tem destino certo. O criminoso tem uma terrível circunstância a enfrentar, que efetivamente é maior do que a perda temporária da liberdade. É a pena acessória imposta pela sociedade, adicionada à solidão a que é relegada pela própria família. O apenado geralmente, e apenas somente conta com a mãe, a família muitas vezes é permissiva e ameniza os delitos dos filhos.

Além de ser cercada a sua liberdade para pagar o seu crime, o criminoso será condenado a uma degradação que o tornará jamais recuperado. O criminoso, portanto, não tem chance. Após o cumprimento da pena, não terá para onde ir.

Ver-se, pois, que de criminoso, passa a ser vítima do seu passado, desprezado pela sociedade que o classifica como homem mau e, por conseguinte, dotado de periculosidade sem fim. O fundamento da pena toma-se uma utopia de reeducação e ressocialização. A prisão nos moldes atuais, portanto, não recupera o indivíduo, ao contrário, torna – a pessoa vitimizada.

Na seqüência da relação vítima-criminoso, cabe enfocar a condição do criminoso que depois é vítima e volta a ser criminoso. O ex-presos não encontra respaldo na sociedade que o despreza. Aliado ao fato de não ter recebido as ações de ressocialização, pela precarie-

dade do sistema penitenciário, e, como lá, por ocasião do cumprimento da pena, com o convívio dos demais marginais, toma-se verdadeiro "catedrático" do crime, não encontra outra solução, senão, aplicar os seus dotes de profissional do crime e conseqüentemente voltando à condição de criminoso. Também, a relação vítima-criminoso encontra a situação em que o indivíduo mantém simultaneamente a condição de criminoso e vítima.

Neste sub-grupo são encontradas vítimas que acabam por se tornar criminoso em razão dos maus tratos, abandono na infância, como também substanciais injustiças sofridas de maneira irreversível.

Originalmente, os maus tratos são geralmente contraídos na infância, isto é, na criminalidade infantil, assim como a infante-juvenil e, por conseguinte da adolescência. É do conhecimento geral que o aumento da violência segue em paralelo aos avanços tecnológicos, do consumismo, desta desenfreada ânsia do ter, no entanto, em detrimento ativo do ser. Nesse diapasão, a juventude não consegue escapar dessa violência, como vítima ou como criminoso.

A simultaneidade criminoso-vítima, nascida pela crise social brasileira, atrai a prostituição de meninas cada vez mais jovens.

A par do enfraquecimento de caráter de uma menina que assim é obrigada a agir, depois de - sem dúvida - ter enfrentado um lar onde o espancamento costuma ser regra; somente reações de violência - às vezes surpreendente - podem advir. Como consolo, ou único amparo, a droga acaba por ser procurada. Para obter a droga, é necessário traficar, roubar, matar, prostituir-se mais e mais, enquanto possível. Estas vítimas da violência correm diretamente para o delito, assim tem sido na prática. (OLIVEIRA, 1996, p. 68)

## 7 RELAÇÕES ESPECIAIS CRIMINOSO-VÍTIMA

Entre o criminoso e sua vítima existem peculiaridades que merecem a evidência no concernente à vítima que se excede na busca de riscos ou exposições de perigo. As relações neuróticas puras, psicobiológicas e genobiológicas.

### 7.1 A Relação Neurótica Pura

A origem é a situação precoce perturbada da criança e seus pais, assim como entre os irmãos. Traduz, aí, a mistura de amor e ódio ao limite do grau de parentesco que é seguidamente transferida a outros indivíduos.

Referida relação é geralmente encontrada na maioria dos indivíduos que delinham. Como exemplos clássicos os parricidas que por amor à mãe acabam com a existência do pai e vice-versa, no caso em que o amor ao pai traduz ódio pela mãe infiel ou desatenciosa.

Também, o caso do irmão que fica transtornado de ódio pela irmã, geralmente inesperadamente. A emoção não deixa de ser um estado de embriaguez; a paixão, como sempre uma doença.

Os principais estados emotivos são: tristeza, alegria, surpresa, medo, cólera, paixão, amor, ciúme e ódio. Dentre os estados citados, interessam-nos todos, à exceção dos representados pela surpresa e pela alegria. Todos os demais estão ligados a uma possível reação neurótica pura (aquela que determina obsessão, fobia e crises de angústia). Evidentemente a surpresa tem sua ligação com os demais estados emotivos por ser ele o estado preliminar àqueles. Porém, não é ela - em grande parte - que importa à relação criminoso-vítima discutida como aqui o fazemos, ou seja, pela reação neurótica pura. (OLIVEIRA, 1996, p. 116)

### 7.2 Relações Psicobiológicas

São condicionadas pela própria constituição do indivíduo, portanto, inatas. É a atração recíproca de dois tipos constitucionais complementares. A exemplo, a relação existente entre o portador do vício do álcool (alcoologista) e sua companheira. Por anos ela é atormentada pelas ações de alcoolismo do companheiro sem que tome qualquer atitude. É a atração entre os tipos biológicos opostos, isto é, um homem com o instinto animalesco bastante desenvolvido e uma mulher com requintes de passividade, portanto sem qualquer aptidão à luta. São perfeitamente ligados pelo contraste. Exemplo claro se dá aos casos da prostituta e seu rufião.

### 7.3 Relações Genobiológicas

Existem estudos que pretendem a existência de uma regra biológica que indicam uma atração determinada pela hereditariedade, o que comprovaria através da estatística que mulheres de criminosos seriam potencialmente oriundas de famílias onde havia criminosos com as mesmas características de seus maridos. Também, determinado número de delinquentes eram atraídos uns pelos outros, independentemente de seu nível de vida e fortuna.

Mais profunda ainda é a tese de Szondi (1993), de acordo com a qual - através do genotopismo - a atração entre dois indivíduos se dá com o amparo do genótipo idêntico ou análogo. Tal tese foi apenas aventada, carecendo de um estudo mais profundo. (OLIVEIRA, 1996, p. 122)

## 8 A IMPORTÂNCIA DA VITIMOLOGIA PARA A CRIMINOLOGIA

Como já foi exposto, e dentro dos parâmetros da Ciência da Vitimologia, fica terminantemente provada a importância do estudo

da vítima para a solução dos casos delituosos, contribuindo, assim, não só para a criminologia como também para o Direito Penal.

A Vitimologia, como ramo que se desdobrou da Criminologia em 1947, graças à visão científica, persistência e espírito humanista de Benjamin Mendelsohn, vem experimentando, desde então, lento, porém irreversível progresso em todos os quadrantes do mundo. Podem contabilizar-se a seu crédito, além de oito simpósios internacionais realizados por todo o planeta, a cada três anos, desde o ano de 1973, uma considerável bibliografia sobre os mais variados temas e subtemas ligados a essa área de estudo do comportamento humano, e, mais importante do que isto, sensíveis avanços nas legislações de vários países, tanto no que diz respeito à proteção da vítima, quanto no que tange à avaliação de seu verdadeiro papel na dinâmica criminógena e na estrutura do fato criminoso. (SOUZA, 1998, p. 23)

Portanto, o estudo da vítima, por ocasião do seu ponto inicial, tem amplas condições de trazer à tona um enumerado de fatores sociais e indivíduos excluídos pelas legislações, que atacam o autor deficiente sem examinar qual a exata operação comportamental que a vítima oferece para a concretização do tipo penal.

## 9 CONCLUSÃO

Concluindo, situações de reconhecidos dotes de dificuldades levam as pessoas que desconhecem o humano, à compreensão, e não se dão conta do efêmero da existência, a mútua agressividade que transforma as relações sociais em constante produção de vítimas-criminosos-vítimas. Poucos são efetivamente criminosos. Somos, quase sempre, vítimas das circunstâncias que surgem, não deixando margem a qualquer reação que a de ser agente ou vítima.

## 10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. *Criminologia: teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1988.
- BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Brasília: UnE, 1999.
- CALHAU, Hélio Braga. *Vítima e direito penal*. Belo Horizonte: Col. Mandamentos, 2002.
- LEAL, Cesar Barros; PIEDADE JUNIOR, Heitor. *Violência e vitimação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEÃO, Nijzardo Carneiro. *Violência, vítima e polícia*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n.11, jan/jun, 1998.
- OLIVEIRA, Frederico Abraão de. *Vítimas e criminosos*. 2.ed. Porto Alegre: Sagra, 1996.
- SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes ademais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.



## DESPESAS DE PESSOAS JURÍDICAS APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**João Marcelo Rego Magalhães**

Mestrando em Direito Constitucional  
Universidade de Fortaleza – Unifor

1. Introdução
2. Os Conceitos de Consumidor e Fornecedor e as Relações Jurídicas que têm por Objeto Produtos e/ou Serviços;
3. A Necessidade de Delimitar a Relação Jurídica de Consumo;
4. Particularidade do Consumidor Pessoa Jurídica – Limitação da Obrigação de Indenizar do Fornecedor;
5. Análise das Despesas de Pessoas Jurídicas;
6. Conclusão;
7. Bibliografia;

### 1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990) eximiu de responsabilidade a doutrina e a jurisprudência ao resolver conceituar consumidor e fornecedor em seus artigos 2º e 3º, respectivamente. Apesar do perigo de delimitar o sentido dos termos, podemos afirmar que tais conceitos foram bastante satisfatórios. No caso do conceito de consumidor, entretanto, algumas situações podem ter dupla interpretação. A intenção do presente artigo é analisar as circunstâncias em que as empresas (pessoas jurídicas) adquirem produtos ou serviços e se estas relações devem ser reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor ou pelo direito comum.

Em primeiro lugar são apresentados os conceito de consumidor e fornecedor e uma classificação das relações jurídicas que têm por objeto produtos ou serviços disponibilizados no mercado de

consumo. Esses conceitos rudimentares servirão de base ao desenvolvimento do tema. A distinção trazida pelo CDC em relação ao consumidor pessoa jurídica (limitação do dever de indenizar por parte do fornecedor) é mencionada antes que tenha início o ponto principal: a análise das despesas das pessoas jurídicas, procurando identificar se as relações com seus fornecedores serão regidas pelo código de defesa do consumidor ou pelo direito comum, conforme sejam essas operações de cunho consumerista ou civil/comercial, respectivamente.

Todas as considerações feitas neste artigo assumem uma posição de autonomia do Direito do Consumidor em relação ao Direito Civil. Considera-se que o CDC e sua legislação suplementar fornecem todas as soluções legais para os diversos e intrincados problemas que se originam nas relações de consumo. A motivação do desenvolvimento do tema é creditada ao inegável crescimento da importância do Direito do Consumidor na atual sociedade capitalista, e particularmente em nossa sociedade, recém entregue aos prazeres do consumo globalizado.

## 2 OS CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR E AS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE TÊM POR OBJETO PRODUTOS E/OU SERVIÇOS

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, define consumidor:

*Art. 2º* Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O próprio CDC estende o conceito de consumidor em 2 (duas) situações: no artigo 17, quando entende como tal qualquer vítima de um acidente de consumo (defeito ou fato do produto) e

no artigo 29, quando trata como consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e/ou para efeito de proteção contratual.

*Art. 17.* Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

*Art. 29.* Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Em ambos os casos não temos a figura do consumidor na exata acepção da palavra, e sim "consumidor por equiparação".

O Conceito de fornecedor é extraído do art. 3º do CDC:

*Art. 3º* Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Tanto o artigo que define consumidor quanto o que conceitua fornecedor refere-se a "produto" e "serviço".

Baseado nos ensinamentos do professor Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p. 77-87), agrupo as relações jurídicas que têm como objeto produtos e/ou serviços (que de alguma forma participam do mercado de consumo) em 3 (três) casos:

- A) estritamente de consumo;
- B) de consumo ou de produção;
- C) estritamente de produção.

No caso A temos um destinatário final que adquire produto ou serviço, regularmente oferecido pelo mercado, cujo finalidade precípua é o uso ou consumo próprio, sendo praticamente inviável a comercialização ou produção de novos produtos e/ou serviços.

No caso B temos um destinatário final que adquire produto ou serviço, regularmente oferecido pelo mercado, que tanto pode ser destinado para uso ou consumo próprio quanto para comercialização ou elaboração de outros produtos e/ou serviços.

No caso C temos produto ou serviço específico para produção e que por sua natureza não está normalmente disponibilizado no mercado para consumo, apesar de podermos identificar um destinatário final.

Seguem os exemplos :

- A) Quando vamos a uma loja de nossa preferência e procuramos aquela roupa que parece ter sido feita sob medida para o nosso gosto (o que nem sempre é possível), não imaginamos outra finalidade senão o imediato uso pessoal; estamos diante de um bem estritamente de consumo.
- B) Um liquidificador adquirido por uma dona-de-casa será um bem de consumo; o mesmo liquidificador adquirido pelo dono da baraca de sucos será um bem de produção, entretanto o liquidificador não deixa de ser um bem regularmente oferecido no mercado, independente de sua destinação; este é um bem que serve tanto ao consumo como à produção.
- C) Uma máquina industrial que atenda determinadas necessidades de uma lavanderia é um bem que não está normalmente no mercado, logo o consumidor comum não o adquire; é um bem estritamente de produção.

### 3. A NECESSIDADE DE DELIMITAR A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

As definições de consumidor e fornecedor permitem a delimitação do que vem a ser uma relação jurídica de consumo, o que é de fundamental importância para se fazer a análise de que espécies de despesas efetuadas por pessoas jurídicas pertencem ao âmbito do Direito do Consumidor e quais serão regidas pelo direito comum.

O próprio conceito de consumidor precisa, antes de tudo, ser refinado. Sua completa apreensão passa pela exata definição de destinatário final, que por sua vez só será alcançada se formulada em duas acepções (uma relacionada a pessoa física e outra relacionada a pessoa jurídica):

- Destinatário final (pessoa física) é todo aquele que adquire produtos/serviços numa relação de consumo, desde que não tenha por finalidade a comercialização dos mesmos (em outras palavras, a produção de riquezas);
- Destinatário final (pessoa jurídica) é todo aquele que adquire produtos/serviços numa relação de consumo, desde que não tenha por finalidade a comercialização dos mesmos nem sua utilização como participantes da cadeia produtiva (ou seja, a produção de riquezas).

A partir da compreensão do termo destinatário final, pode ser lançada a definição de **CONSUMIDOR** como:

- Aquele que adquire produto ou serviço estritamente de consumo, disponibilizado de forma constante no mercado, independente se o adquirente é pessoa física ou jurídica;
- Aquele que adquire produto ou serviço que tanto pode ser bem de consumo como bem de capital, disponibilizado de forma constante no mercado, desde que a aquisição não tenha por finalidade a comercialização (quer o adquirente seja pessoa ou empresa), nem seja feita por pessoa jurídica que vise utilizá-lo, direta ou indiretamente.

mente, como integrante de qualquer atividade econômica ou parte de sua cadeia de produção;

- Os considerados “consumidores por equiparação legal”, conforme expressa disposição do CDC (arts. 17 e 29).

Sendo o bem destinado exclusivamente para produção não existe relação de consumo, e por conseguinte, não existe a figura do consumidor.

Em relação ao conceito de fornecedor, a definição legal já é satisfatória; peço licença ao leitor para dizê-la de outro modo: **FORNECEDOR** é toda e qualquer pessoa física ou jurídica (mesmo de fato) que desenvolve atividade econômica (produção de riquezas), dotada de profissionalismo, remunerada (visando lucro, renda ou ganho) e com certa habitualidade, voltada à satisfação das necessidades dos consumidores.

Qualquer relação entre aquele que é definido como consumidor e aquele que é definido como fornecedor é uma relação jurídica de consumo.

A definição acima transcrita, até pela sua perigosa generalidade, ainda está um tanto vaga e fatalmente conduzirá a dúvidas. Seguem algumas delimitações necessárias.

Se o fornecedor for pessoa física e a necessidade do consumidor for atendida através de uma prestação de serviço, onde a pessoalidade seja obrigatória e indispensável, temos uma relação de trabalho.

A relação entre aqueles definidos como consumidores e a que ocorrer entre os conceituados como fornecedores é relação de direito comum (civil e comercial, respectivamente).

Depois do exposto e voltando ao tópico anterior, pode-se agora afirmar que os casos A e B constituem uma relação jurídica de consumo; o caso C é regido pelo direito comum.

#### 4. PARTICULARIDADE DO CONSUMIDOR PESSOA JURÍDICA – LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DO FORNECEDOR

O art. 51, inciso I, do CDC, em sua parte final, limita o dever de indenizar do fornecedor quando se tratar de consumidor pessoa jurídica:

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

*I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; (grifo nosso)*

Esta limitação (exceção à regra) vai acontecer quando o bem for estritamente para consumo (caso A) ou quando servir tanto ao consumo como à produção (caso B) e deve observar 2 (dois) requisitos: a aquisição do bem (produto ou serviço) fora de condições normais de consumo (grandes aquisições, prazo de pagamento elástico, juros reduzidos etc.) e a condição de superioridade do consumidor pessoa jurídica.

Esse poder dado ao magistrado de limitar a indenização devida pelo fornecedor deu-se – na opinião do autor deste artigo – por 2 (dois) motivos: em primeiro lugar porque o consumidor pessoa jurídica pode ser econômica ou tecnicamente muito superior ao fornecedor, assim a lei visa realinhar as forças na relação de consumo; em segundo lugar devido ao fato de o legislador ter previsto que um bem destinado a consumo poderia ser usado, na verdade, para produção. Caso um bem destinado a consumo seja utilizado na cadeia produtiva teremos a seguinte situação: algumas empresas (principalmente as de grande porte) poderiam se beneficiar adquirindo produtos para

seu ciclo produtivo ao mesmo tempo que se valeriam da proteção do CDC em relação aos seus fornecedores.

A idéia do legislador não foi adaptar ao CDC todo tipo de relação comercial, o que poderia inviabilizar a Economia. É preciso lembrar o princípio do desenvolvimento econômico, consagrado no código consumerista no inciso III do art. 4º:

**Art. 4º** A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; *(grifo nosso)*

Dai a conclusão que o inciso I do art. 51, não foi normatizado com a intenção de regular as relações jurídicas do caso C (por não serem relações de consumo) nem todas as hipóteses do caso B (o que se dará quando o bem que serve tanto ao consumo quanto à produção, for empregado nesta finalidade), situações que estarão sob a égide do direito comum.

A preocupação adicional do legislador com a pessoa jurídica dá-se pelo fato de ser razoavelmente simples definir se uma pessoa física está ou não dentro de uma relação de consumo. O mesmo não acontece com as empresas.

A questão mais genérica possível neste assunto já tem resposta fácil: qualquer que seja o produto/serviço regularmente oferecido no mercado, seja destinado a consumo, produção ou ambos, sua aquisição por pessoa jurídica vai sempre ser regida pelo CDC?

Resta evidente que **NÃO**. A pessoa jurídica que consome produtos/serviços a serem usados, direta ou indiretamente, em sua cadeia produtiva não pode ser protegida pelo CDC.

É fundamental que particularizemos o problema; a resposta anterior serviu apenas para multiplicar as dúvidas. O cerne da questão é: se nem sempre a empresa é consumidora, quais produtos ou serviços adquiridos por pessoas jurídicas integram sua cadeia produtiva (relação de direito comum) e quais se constituem em relação de consumo?

Para obtermos a resposta devemos analisar não os produtos ou serviços em si, mas a que grupo de despesas eles pertencem no balanço da empresa (o mesmo produto ou serviço pode ser de consumo para um tipo de empresa, e de produção, para outra). Não existe a menor possibilidade de ser lançada uma fórmula que atenda a todos os casos.

O próximo passo, e este é o mais importante, é a análise dos diversos tipos de despesas que ordinariamente fazem parte da cadeia de compra de uma empresa, seja esta de pequeno, médio ou grande porte.

## 5. ANÁLISE DAS DESPESAS DE PESSOAS JURÍDICAS

Não é intenção deste estudo o aprofundamento em conceitos inerentes às Ciências Contábeis, pois a crítica tem como objetivo servir de base a análises jurídicas. A ortodoxa e correta classificação dos custos e das despesas operacionais e não-operacionais seria inviável para o presente ensaio. Tais conceitos se constituem como um meio e não o fim deste estudo. Será usado como exemplo uma empresa comercial e seus diversos grupos de despesa.

No presente ensaio o que vale não é a denominação que a empresa queira atribuir à despesa, mas a sua destinação fática.

O art. 187 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) determina como as empresas devem discriminar suas receitas e despesas ao demonstrarem seu resultado. Para este estudo é preciso simplificar as despesas em 3 (três) grupos:

1. CUSTO DAS MERCADORIAS VENDIDAS
2. DESPESAS OPERACIONAIS
3. DESPESAS NÃO-OPERACIONAIS

DESPESAS NÃO-OPERACIONAIS (grupo 3) são, regra geral, multas tributárias e custos relativos a receitas não operacionais, não se constituindo em aquisição de produtos ou serviços. Não terão maior atenção neste estudo.

Analisando o grupo 1, CUSTO DAS MERCADORIAS VENDIDAS, não sobra dúvida que todo produto ou serviço que seja adquirido com o fim de compor a cadeia produtiva DEVE pertencer ao caso C, apesar de alguns (ou a maioria) poderem ser considerados como do caso B. Toda aquisição de produto ou serviço que for compor o ciclo produtivo não pode ser regida pelo CDC, mesmo que o produto ou serviço seja regularmente ofertado no mercado de consumo. Importante salientar que a cadeia produtiva não se restringe ao produto *in natura* a ser revendido nem aos componentes que formarão o produto manufaturado. Qualquer produto ou serviço que seja indispensável ao consumo ou à comercialização (participação indireta) deve ser incluído na cadeia produtiva. Assim, um vendedor de frutas que as comercializa no atacado em caixas de papelão com 20 unidades não pode recorrer ao CDC para reger sua relação com o fornecedor do papelão. Também não podemos atribuir ao CDC a relação que se faz entre um dono de restaurante e seu fornecedor de garfos e facas, pois o costume não permite que usemos as mãos. O vendedor de perfumes, da mesma forma, possui relação comercial e não consumerista com o pequeno comerciante de embalagens. No

caso dos produtos ou serviços que participam indiretamente da cadeia produtiva, não importa a destinação contábil dessas despesas, para este ensaio elas sempre serão parte do custo da mercadoria vendida e deverão pertencer ao caso C.

O problema reside no grupo 2: DESPESAS OPERACIONAIS.

Ao contrário do grupo 1, onde a pessoa jurídica adquire os produtos ou serviços sempre na condição de NÃO ser destinatário final, neste grupo as aquisições poderão ou não ter a empresa como destinatário final e ainda pertencer a qualquer dos 3 (três) casos abordados no tópico 2 deste estudo.

Despesas operacionais são aquelas realizadas na intenção de manter o funcionamento ordinário da empresa. Uma análise apressada poderia levar à conclusão que todas as despesas que tenha por finalidade a operacionalização da pessoa jurídica estariam vinculadas com sua produção e não constituiriam relação de consumo. Essa generalização é perigosa e não condiz com a realidade. Operacionalização não significa, necessariamente, produção. A produção tem a ver com as despesas que formarão, direta ou indiretamente, o preço do produto ou serviço. Qualquer despesa não vinculada à produção, tendo a simples missão de manter o organismo empresarial, pode (e fatalmente irá) reunir critérios que a tornem uma relação de consumo.

As despesas operacionais, segundo Hilário Franco (1986, p.87 e 133-139), podem ser resumidamente sub-agrupadas em:

## 1.1 DE VENDAS

1.1.1 comissões

1.1.2 fretes

1.1.3 viagens e estadias

- 1.1.4 propaganda e publicidade
- 1.1.5 treinamento
- 1.1.6 outras despesas de vendas
- 1.2 ADMINISTRATIVAS E GERAIS
  - 1.2.1 água, luz, energia e telefonia
  - 1.2.2 material de escritório e expediente
  - 1.2.3 imobilizado
  - 1.2.4 outras despesas administrativas
- 1.3 FINANCEIRAS
  - 1.3.1 juros
  - 1.3.2 outros encargos financeiros
- 1.4 OUTRAS

O subgrupo OUTRAS se refere normalmente a despesas de pequena monta e sua análise não servirá a este estudo.

O subgrupo DE VENDAS nos dá a clara idéia de que toda despesa ali contida serviu para alavancar o processo de vendas da empresa. A mais importante conclusão tirada desse subgrupo refere-se aos serviços de propaganda e publicidade. Toda contratação de serviços desse tipo tem o propósito de elevar as vendas e divulgar o nome da empresa, daí a conclusão de que toda vez que são contratados serviços de propaganda ou publicidade, a até mesmo de consultoria ou treinamento, NÃO teremos aí uma relação regida pelo CDC.

O subgrupo ADMINISTRATIVAS E GERAIS contempla às despesas feitas com a manutenção do negócio e implica em aquisição de produtos ou serviços que não participam diretamente da cadeia nem são vitais para o consumo ou comercialização da produção da empresa. Normalmente estas aquisições se resumem a produtos ou serviços normalmente postos a disposição de qualquer consumidor.

Assim, mesmo que um certo computador seja muito importante para o organização da contabilidade de uma empresa ou de um escritório de advocacia, não podemos alijar essa relação da proteção do CDC, até porque sua participação na produção, mesmo que indireta, é bastante questionável. Contudo, vale lembrar que o inciso I do art. 51 da lei consumerista deverá regular situações anormais entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica (conforme o já exposto no tópico 4).

O subgrupo FINANCEIRAS indica as despesas com juros em operações no mercado financeiro. Como não é objeto de qualquer empresa pagar juros e como a destinação dos empréstimos não precisa ser obrigatoriamente vinculada ao aumento da produção e das vendas, entendemos que a relação com os fornecedores de crédito pertence ao caso B e deve ser regulada pelo CDC.

Quanto às micro e pequenas empresas, se normalmente não fazem balanço nem têm uma contabilidade apurada de suas despesas, também apresentam estrutura mais simplificada e suas aquisições são facilmente enquadradas em algum dos 3 (três) casos enunciados no tópico 2.

## 6 CONCLUSÃO

O presente estudo não tem pretensões de lançar fórmula ou regra, pois a realidade fática sempre apresentará novas situações. Cada caso deverá ser analisado com o fundamental e imprescindível bom senso que deve reger as relações jurídicas (quer sejam consumeristas ou não).

Em linhas gerais, a conclusão maior é que a pessoa jurídica que consome produtos/serviços a serem usados, direta ou indiretamente, em sua cadeia produtiva não pode ser protegida pela Lei Consumerista.

É preciso analisar, entretanto, se no caso concreto o bem (produto ou serviço) adquirido por determinada pessoa jurídica partici-

pará, de fato, da composição do preço final do produto ou serviço, de maneira ordinária, ou se, simplesmente, sua aquisição foi orientada para a satisfação de uma necessidade não voltada à cadeia de produção da empresa.

Sempre atentar que o Código de Defesa do Consumidor visa proteger não apenas o consumidor, mas o complexo ordenamento formado pelas relações de consumo, que ao lado das relações de trabalho são o cerne da ordem econômica, um dos pilares desse nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV; CF/88). Esse importante papel confere ao CDC uma dupla missão: por um lado é preciso garantir a continuidade do processo de desenvolvimento econômico, por outro é preciso assegurar proteção ao consumidor na sua delicada e complexa relação com o mercado.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FRANCO, Hilário. *Estrutura, análise e interpretação de balanços*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor - direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000.



## COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: ANÁLISE HISTÓRICA, DOCTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E POLÍTICA<sup>1</sup>

**Jânio Pereira da Cunha<sup>2</sup>**

“As Comissões de inquérito nasceram com os Parlamentos, precisaram-se com o fortalecimento deles, e chegaram ao máximo de força onde a democracia indireta conseguiu impor-se como instrumento eficiente do bem público”.

(MIRANDA, 1946:206)

“Democracia supõe a responsabilidade dos que dirigem a coisa pública”. (BROSSARD, 1992:199)

- 1 introdução
- 2 Evolução das Cpis na Historia Constitucional do Brasil
- 3 Poderes e Limites das Cpis Vistos pela Doutrina
- 4 Poderes e Limites das Cpis Vistos pelo STF
- 5 Considerações Finais
- 6 Referências Bibliográficas

### 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Devido à complexidade do tema e limitação de espaço de um artigo, nossa análise se limitará ao desenvolvimento do inquérito parlamentar na história constitucional do Brasil e aos poderes e limites que lhes são conferidos tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria, sob a perspectiva da teoria política da democracia. Destarte, torna-se imprescindível a não apreciação dos aspectos referentes ao requerimento de criação, proporcionalidade da composição, objeto, competência, prazo de duração, término, arquivamento, desarquivamento, publicidade de seus atos, sigilo, relatório, den-

tre outros. Além disso, cabe lembrar que as reflexões deste artigo, apesar de direcionadas para as CPIs em âmbito nacional, são em geral extensíveis e pertinentes às comissões de inquérito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A princípio, é de se advertir que não será aprazível discutir até que ponto as CPIs são utilizadas como instrumento de promoção pessoal, vingança política ou de garantia de bom desempenho eleitoral por parte de alguns atores políticos, mormente porque se pautará pela compreensão estritamente teórica e despojada de quaisquer preconceitos apriorísticos, donde surge a necessidade metodológica de se abstrair os elementos circunstanciais e casuísticos, que indubitavelmente tornam no mínimo desvirtuada, ou mais precisamente acientífica, a caracterização do instituto em apreço. Igualmente, é necessário se distinguir as críticas direcionadas propriamente ao instituto parlamentar das que são dirigidas às falhas e defeitos que porventura possam vir a ocorrer quando da sua implementação, sempre lembrando que os excessos e abusos praticados pelas CPIs não devem ser entendidos como inerentes à sua estrutura ontológica, visto que "a técnica do inquérito parlamentar não se confunde com a sua prática distorcida". (BULOS, 2001:295)

Os estudos da literatura jurídica especializada sobre os vários elementos dos inquéritos parlamentares vêm se multiplicando desde a promulgação da Constituição atual, na medida em que o instituto se apresenta como de grande serventia na vida político-institucional do país, sendo um importante instrumento de supervisão e controle dos poderes do Estado, e assim ajudando no processo de moralização e aperfeiçoamento democrático de nossas instituições políticas.

Tradicionalmente, cabe ao Poder Legislativo exercer primordialmente a função de produção normativa. No entanto, é de aceitação unânime que o Parlamento não se limita à atividade de elaboração de leis. Ele também possui a faculdade de fiscalizar e controlar os Poderes Públicos. Esse poder de investigar "representa um meio auxiliar para que o Parlamento possa cumprir as suas finali-

dades. Por isso sempre se considerou o poder de inquérito uma prerrogativa inerente às Câmaras Legislativas, independentemente de consagração em texto legal". (SAMPAIO, 1999:3). Tanto é assim que tornou-se emblemático anotar que nos Estados Unidos a Suprema Corte há muito tempo vem reconhecendo a faculdade investigadora do Legislativo mesmo sem existir qualquer referência expressa de tal faculdade em qualquer dispositivo da Constituição americana. Portanto, o poder de investigar é desdobramento lógico e natural da competência legislativa do Parlamento, independentemente de previsão em dispositivo legal e/ou constitucional, posto que o Legislativo só poderá legislar de forma apropriada, pelo menos no plano da idealidade, se conhecer profundamente a matéria que precisa ser normatizada.

A fiscalização e o controle, como atribuições inerentes ao Poder Legislativo, podem ser exercidas de diversas maneiras. Uma delas é através das Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme estatuído no § 3º, art. 58, da Constituição Federal.

A rigor, reconhece-se ao inquérito parlamentar três espécies de finalidades. Uma delas é a de colher dados e informações para auxiliar o processo de produção legislativa ou para verificar se as normas jurídicas estão sendo observadas e cumpridas, pois "um corpo legislativo não pode legislar, de maneira sábia e eficaz, sem informação a respeito das condições que a legislação intenta modificar". (BARACHO, 2001:5). Outra é de servir de mecanismo de fiscalização dos atos do governo e da administração pública, apurando as possíveis irregularidades no uso do dinheiro público e os enriquecimentos ilícitos.<sup>3</sup> A última é de tornar a opinião pública conhecedora dos principais problemas de interesse coletivo, de modo a possibilitar um controle social dos mesmos da maneira mais pluralista possível, o que sem dúvida alguma favorece o diálogo democrático entre representante e representado.

Não obstante, "a investigação parlamentar é realizada hoje fundamentalmente com o objetivo de apontar irregularidades na Admi-

nistração Pública, cuja prática de atos é cada vez crescente em virtude da ampliação do campo de atuação estatal". (SALGADO, 2001:12). Essa hipertrofia do Executivo realiza-se principalmente através do aumento de sua competência legislativa assim como por intermédio do elevado montante de recursos financeiros posto à sua disposição. Com efeito, para se fazer frente ao agigantamento do Poder Executivo torna-se necessário que existam instrumentos democráticos que viabilizem um controle mais ágil e eficaz por parte do Legislativo. E, a nosso ver, o instrumento que melhor ajudar no equacionamento dessa relação de desequilíbrio entre o Executivo e Legislativo é ainda a possibilidade de instituição de inquéritos parlamentares.

Infelizmente, observa-se que os processos políticos do Executivo ainda não se realizam com um grau pleno de visibilidade e transparência. Assim, se o Legislativo não dispor de meios, como os inquéritos parlamentares, não poderá penetrar nos espaços mais sensíveis a irregularidades e malversação do dinheiro público da máquina administrativa, onde quicá acontecem os processos mais problemáticos da democracia brasileira, "tornando-se um cego constitucional, condenado a conhecer apenas o que o governo lhe comunicar ou lhe preparar". (Joseph Barthélemy *Apud* Barracho, 2001:6)

Sem embargo, é de se salientar que os benefícios produzidos pelo instituto parlamentar de investigação manifestam-se antes mesmo da sua criação, visto que a simples expectativa de sua implementação já produz importante efeito profilático sobre as potenciais irregularidades no Executivo. Ou melhor,

a simples possibilidade de ser criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, já é, por si mesma, um meio de extraordinária virtude, de enorme alcance, para coibir os agentes executivos no desempenho das suas tarefas. A simples possibilidade de que se instale uma Comissão Parlamentar de Inquérito já é um freio para o agente executivo, já é uma forma de induzi-lo, de compeli-lo a comportar-se legalmente, com a lembrança da

possibilidade de amanhã vir a ter os seus atos investigados". (ATALIBA, 1975, 286)

Mas não se perca de vista que se sobrepondo ao efeito catalizador das CPIs encontra-se o seu papel de órgão parlamentar de repressão indireta das atividades ilícitas e criminosas. Digo indireta porquanto não compete, diferentemente do que comumente se pensa, às CPIs processar, julgar, condenar e punir os infratores pelas ilegalidades encontradas, mas, sim, investigar os fatos que pairam dúvidas de irregularidades e, se porventura forem procedentes, informar tais vícios ao órgão estatal competente para adotar as providências cabíveis, ou seja, ao Ministério Público, Poder Judiciário ou Poder Executivo, conforme o caso.

Portanto, fica desfeita a falsa impressão de que as CPIs não produzem resultados pelo simples fato de que não lhes compete o poder de concretização de suas conclusões. Diante disto, é totalmente desprezível e desarrazoado afirmações do tipo: "Nada de positivo ou conclusivo tem resultado da prática das CPIs (...) Na maioria dos casos, são apenas instrumentos de agitação, prejudicial aos reais interesses da sociedade". (SATYRO, 1983:9). Em assim sendo, é bom que se esclareça à exaustão que

por mais morosas e lentas que sejam as Comissões de Inquérito, não se pode duvidar de sua eficiência e importância, pois, se outros méritos lhes forem negados, subsistiriam aqueles decorrentes do esclarecimento da opinião pública, através dos depoimentos das testemunhas e indiciados, reveladores de atos ilegais praticados pela Administração (quando esse, em particular, tivesse sido o objetivo da investigação). A despeito, por conseguinte, dos defeitos e falhas que lhes possam apontar, as Comissões de Inquérito são de grande relevo na supervisão exercida sobre o Governo pelo Poder Legislativo". (VASCONCELOS, 1965:37)

É preciso neste estudo que se abra um parêntese a respeito do questionamento que algumas vezes aparecem sobre se o princípio da separação dos Poderes do Estado não estaria sendo desobedecido quando o Poder Legislativo exerce sua prerrogativa de fiscal por excelência das atividades dos poderes estatais.

A resposta a tal questionamento somente pode ser negativa. Em primeiro lugar, porque, apesar da divisão tripartite das funções dos poderes do Estado entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, estes apenas exercem com predominância a função da qual são nominalmente conhecidos. Assim, não se pode esquecer que apesar da doutrina referir-se à teoria da separação dos poderes, estes não se encontram em compartimentos estanques, pois "Não há separação absoluta das funções estatais. Há inter-relações recíprocas. Na separação dos poderes existem linhas de conexão" (ITAGIBA, 1954:54), que reforçam a homogeneidade do poder estatal. "É o sistema de 'freios e contrapesos' ou *checks and balances*. Caracteriza-se pelo fato de que não há exclusividade de nenhum dos poderes no exercício de competências de determinado tipo e também porque, mesmo no exercício daquelas funções predominantes, os outros poderes são chamados a intervir". (GONÇALVES, 2001:9). Isto porque "oriundos da mesma fonte e similares em importância, os três poderes situam-se em plano idêntico, sem que um sobreleve os demais, desempenhando, per se, suas atribuições específicas". (LIMA, 1954:86). Desse modo, não há como pôr-se em dúvida que ao exercer sua função precípua de produção legiferante, também compete quiçá até com maior legitimidade ao Legislativo, a tarefa de controle dos outros poderes, principalmente fiscalizando as atividades discricionárias do Executivo.

Por derradeiro, o aspecto mais problemático da teorização sobre o tema em tela, reside justamente no ponto de tensão entre a chamada "questão política" dos atos das CPIs e a sua judicialização pelo Poder Judiciário. Ou melhor, se os atos emanados dos inquéritos parlamentares são exclusivamente de natureza política, logo es-

tando excluídos da apreciação jurisdicional, ou se o Poder Judiciário pode submetê-los ao seu crivo sob a alegativa de que nenhuma lesão ou ameaça a direito está excluída de sua competência jurisdicional. (art. 5º, XXXV, CF/88)

Não nos move a pretensão de darmos uma resposta cabal sobre aspecto de tamanha envergadura, que a doutrina tanto nacional como estrangeira ainda claudicam quando buscam conceituar o que seja uma "questão política".

Entretanto, há que se observar que "caracterizada que seja como política, a questão escapa da órbita de conhecimento do Poder Judiciário, por dizer respeito, exclusivamente, a qualquer dos outros poderes do Estado". (MEDINA, 1992:144). Assim, pode-se dizer que uma questão é política quando tratar-se de assunto tão inerente a própria estrutura de um poder que o seu controle por outro colocaria em risco a sua própria existência orgânica, inviabilizando a concretização das prerrogativas que lhe foram diretamente outorgadas pela Constituição. Vale dizer que a conveniência e a oportunidade dos atos políticos ficam à mercê da discricionariedade dos atores e órgãos políticos, "porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente". (BARBOSA, 1962:98). Deste modo, o mérito da questão estritamente política é insusceptível de controle por parte de outro poder. Mas isto não quer significar que as "questões políticas" sejam imunes a outros tipos de controle por meios indiretos, tais como os exercidos pela opinião pública, pela crítica dos meios de comunicação social e pela própria fiscalização do poder que as editou (NAGEL, 1992:583), que talvez sejam até mais eficazes e eficientes do que os meios convencionais de controle dos poderes públicos.

No caso particular dos atos provenientes das CPIs a questão ainda é mais interessante. Porque as comissões de inquérito são uma *longa manus* da própria Câmara legislativa da qual representam, sendo em miniatura o próprio Parlamento. Assim, como o Parlamento é o senhor absoluto das questões que lhe são pertinentes, decidindo

soberanamente a respeito da conveniência e oportunidade de suas matérias, quer nos parecer que as CPIs possuem também tal prerrogativa, em virtude de ser um instrumento autônomo de natureza política do próprio Parlamento, e a ele se equiparando em todos os seus aspectos orgânicos. Por isto é que se diz que "são comissões representativas do Parlamento, ou melhor o próprio Parlamento agindo". (CAMARGO, 1954:7). Assim, "no exercício de sua competência, ela representa a própria Câmara e o Congresso, em privilégios e imunidades. É a própria representação nacional em ação. Qualquer atentado aos poderes da Comissão de Inquérito significa ofensa à independência e dignidade do Poder Legislativo". (DUARTE, 1954:77). Em última análise, por ser a CPI um órgão intrinsecamente político, as suas deliberações, por via reflexa, parecem incluir-se nos atos de natureza *interna corporis*, que são insusceptível de crítica judiciária. Em outras palavras, não compete ao Poder Judiciário apreciar se os atos de investigação emanados das CPIs se mantiveram ou não dentro dos limites estabelecidos pela moldura legal e constitucional, cabendo tão-somente à própria comissão inquiridora, ou quem sabe ao Parlamento, exercer, com absoluta exclusividade, tal juízo. Todavia, não é essa tese que tem prevalecido no Brasil, e de modo especial no Supremo Tribunal Federal, que vem sustentando a possibilidade de revisão judicial na hipótese de supostos atos inconstitucionais perpetrados por CPI.<sup>4</sup>

Sem embargo, tal entendimento merece ser tratado com mais cautela, principalmente em virtude das tensões geradas pelos poderes das CPIs e os direitos e garantias individuais, que sendo direitos localizados no mesmo plano constitucional tornam o seu equacionamento mais complexo, requerendo uma solução que possa viabilizar o exercício dos poderes das CPIs de forma plena, sem contudo vilipendiar as liberdades públicas dos indivíduos.

Feitas estas considerações preliminares, resta-nos adentrar sem mais delongas nos outros tópicos desta pesquisa.

## 2 EVOLUÇÃO DAS CPIS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL<sup>5</sup>

No Brasil, ainda é incipiente o acúmulo histórico da prática das comissões parlamentares de inquérito. A princípio, a Constituição Imperial de 1824 não vislumbrou o instituto<sup>6</sup>. Mas conforme Paulo Brossard, no *habeas corpus* n. 71.039, "Nem por isto se negou às Câmaras o poder de criá-las, e ao contrário do que se tem afirmado, àquele tempo foram nomeadas comissões de inquérito". (BRASIL, 1995:209). Malgrado o regime constitucional autoritário à época inviabilizasse um controle independente e eficaz do governo imperial pelo Legislativo.

Outrossim, a Constituição Republicana de 1891 era omis-  
sa.<sup>7</sup> Todavia,

apesar de não haver alusão alguma a tais comissões no referido diploma, a prática as permitiu, porém eram elas escassas e inoperantes. O Executivo era tudo, o Legislativo pouco valia. As fraudes eleitorais e o julgamento das eleições ou reconhecimento dos poderes dos membros das Assembléias, feitos pelo partido governamental dominante, tornava inútil qualquer ação fiscalizadora do Congresso sobre o Executivo. (ACCIOLI, 1980:24)

Corroborando este entendimento, informou-nos Aguinaldo Pereira Costa que "Rarearam, neste período, as investigações do Congresso: por vezes esse recurso foi empregado, mas debilmente, nunca atingindo as mais altas autoridades; nem mesmo as autoridades menos poderosas; o Executivo estava inteiramente resguardado de qualquer inquérito compulsório por parte do Legislativo". (COSTA, 1948, 146)

Logo, a história pré-constitucional das comissões de inquérito no Brasil não teve a maestria de sedimentar a praxe da investigação centrada no Parlamento, diferentemente do elevado prestígio que

as mesmas já desfrutavam no exterior, sobretudo na Inglaterra e Estados Unidos, onde o instituto já havia se incorporado às prerrogativas desses Parlamentos como instrumento secular de viabilização do sistema de pesos e contrapesos, segundo o qual os poderes do Estado devem ser exercidos de forma que cada um deles possa fiscalizar e controlar harmônica e independentemente os demais.

Advindo a Segunda República (1934-1937), as comissões parlamentares de inquérito constitucionalizaram-se. Em assim sendo, dispôs o art. 36 da Constituição de 1934 que "A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre fatos determinados, sempre que requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros". Explicitou ainda no parágrafo único que "Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal, indicadas no Regimento Interno". À elevação ao plano constitucional do inquérito parlamentar juntou-se o reconhecimento da proteção dos direitos das minorias parlamentares na instalação de comissões investigadoras, na medida em que para a sua instalação exigiu-se a assinatura de apenas um terço dos parlamentares<sup>8</sup>, como fatores imprescindíveis para que os atores políticos minoritários possam livremente exercer uma oposição dinâmica e responsável em matéria de vigilância e controle dos atos dos responsáveis pela gestão da coisa pública.

Em que pese a institucionalização em nível constitucional da faculdade de criação de inquéritos parlamentares pela Câmara dos Deputados, é um pouco incompreensível a não conferição de tal prerrogativa ao Senado Federal, "o que é absurdo, dada a importância da Câmara Alta na apuração de fatos que lhe digam respeito". (CRETELLA JÚNIOR, 1988:2700).<sup>9</sup> Mas o poder da Câmara não pôde ser exercido na sua plenitude, haja vista que após três anos da promulgação da Constituição de 34, a ordem constitucional foi rompida, dando-se implementação a ditadura getulista. Com efeito, a Constituição ditatorial não prescreveu nenhum dispositivo acerca das comissões de inquérito parlamentares. Sem dúvida, mesmo que a tivesse prescrito, de nada adiantaria, posto que à época vigorava regime político de "exceção". Assim, "A curta vida da Cons-

tituição de 1934 não deu tempo para que nos habituássemos às comissões parlamentares de inquérito" (SAMPAIO, 1964:24), ou melhor, "o Legislativo, sob a Constituição de 1934, não aprendera, em toda a sua plenitude, o valor do novo instrumento de vigilância e controle que aquele estatuto lhe confiou". (COSTA, 1948:177)

Com a redemocratização, a Constituição de 1946 consubstanciou novamente o instituto do Inquérito Parlamentar em seu art. 53, mas desta vez conferindo – para estabelecer a igualdade de tratamento – a ambas as Casas Parlamentares o poder para instituí-las, disciplinando que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões parlamentares de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço de seus membros". E no seu parágrafo único estabeleceu que "na organização dessas comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40". Este artigo ordenava que na composição das comissões, deve-se assegurar, na medida do possível, a representação proporcional aos partidos nacionais que tenham representação no Parlamento.<sup>10</sup> Com isto, mais uma vez se assegurou o direito das minorias parlamentares de participarem ativamente do exercício das prerrogativas dentro de uma comissão de inquérito.

Registre-se que alguns constituintes repudiaram nos debates da comissão elaboradora da Constituição de 1946 a necessidade de previsão em dispositivo constitucional do instituto do inquérito parlamentar, por considerá-lo dispensável, dentre eles, cite-se Aliomar Baleeiro:

É inteiramente supérflua a disposição porque, no desempenho de suas funções, ambas as câmaras podem recorrer aos inquéritos sobre quaisquer fatos, determinados ou não, assim como a todo meio idôneo, que lhes não seja vedado por cláusula expressa ou implícita da Constituição. Pouco importa que disposição análoga houvesse figurado na Constituição de 1934; não era menos supérflua, nem a única a merecer essa qualifica-

ção, naquela Carta de longo curso e curta vida. Tais Comissões de Inquérito sempre foram criadas pelas Câmaras inglesas e norte-americanas, com poderes tão grande que podem trazer compulsoriamente à sua presença, prender e fazer punir por 'desacato', perante a Corte de Justiça de Colúmbia, os indivíduos recalcitrantes. Nenhum dispositivo constitucional, ou da emenda à Constituição, entretanto, se julgou necessário para esse fim". (FRAGA, 1954:78)

A Constituição de 1967 previu o instituto parlamentar em seu art. 53, dispondo que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros". Como se observa, a Constituição de 67 abriu a possibilidade de criação de forma mista, Câmara e Senado juntos, de inquéritos parlamentares, o que de certo modo representou avanço no rumo da consolidação do instituto.

A emenda constitucional nº.1, de 1969, transcreveu o previsto no art. 39 da Constituição de 1967, repetindo que "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros". Também acrescentou no art. 30, alínea "e" e "f" que "não será criada Comissão Parlamentar de Inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado"; e que "A Comissão Parlamentar de Inquérito funcionará na sede do Congresso Nacional, não sendo permitidas despesas com viagens para membros". Em crítica a inclusão dessas restrições no poder de investigar do Legislativo, aduz Wilson Accioli que

com esses dois dispositivos o Governo alijou da Constituição as duas regras mais importantes para o Congresso na sua função inspetiva: limitou a formação de

comissão de inquérito, fator primordial na investigação e impossibilitou de modo implícito a locomoção das comissões, o que, naturalmente, dificultou as investigações nos locais objeto das mesmas". "Erigiu-se, sem dúvida, essa sanção do governo num autêntico cerceamento ao poder de investigação do Legislativo". (ACCIOLI, 1980:25-26)

Por fim, a Constituição atual reservou o art. 58, § 3º, para expor que "As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para promover a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

A nova redação constitucional do instituto em análise vem suscitando discussões em vários aspectos, principalmente no que tange ao significado e extensão da expressão "poderes próprios das autoridades judiciais", levando a doutrina e a jurisprudência muitas vezes a se posicionarem em lados diametralmente opostos a seu respeito, como doravante se verá. Pondere-se, entretanto, que "a delimitação das funções da comissão parlamentar de inquérito é incerta e imprecisa, não só no direito parlamentar brasileiro, bem como nos outros sistemas". (ROSAS, 1969:48)

### 3 PODERES E LIMITES DAS CPIS VISTOS PELA DOUTRINA

É na Constituição Federal que se encontra a fonte dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, especificamente em seu art. 58, § 3º<sup>11</sup>, onde o constituinte originário estabeleceu que as CPis terão poderes de investigação "próprios das autoridades judiciais. Isto significa que os seus poderes investigatórios foram equipara-

dos aos dos juízes, desembargadores e ministros. Assim, "todas as possibilidades dadas à investigação dos juízes são também dadas, de pleno direito, às Comissões Parlamentares de Inquérito". (GONÇALVES, 2001:68)

Mas essa equiparação não é reconhecida por grande parte dos doutrinadores nacionais, seja por aqueles que escreveram sob a vigência de Constituições preréguas – nas quais não havia ainda qualquer dispositivo nivelando os poderes dos órgãos congressuais aos dos magistrados -, seja por alguns de nossos estudiosos contemporâneos, que vêem com muitas ressalvas essa amplitude prevista na Constituição atual. É o caso de Luis Roberto Barroso para quem

o sentido da expressão poderes de investigação de autoridades judiciais é o de criar para a comissão parlamentar de inquérito o direito, ou, antes, o poder de dar às suas determinações o caráter de imperatividade. Suas intimações, requisições e outros pertinentes à investigação devem ser cumpridos e, em caso de violação, enseja o acionamento de meios coercitivos. Tais medidas, todavia, não são autoexecutáveis pela comissão. Como qualquer ato de intervenção na esfera individual, resguardada constitucionalidade, deverá ser precedida de determinação judicial. (BARROSO, 1996:804)

Tecendo comentários desfavoráveis à tese acima, encontra-se Frederico Augusto D'Avila Riani, para quem "Não poderia o Legislativo, ao desincubar-se de sua tarefa constitucionalmente estabelecida, ficar a mercê do Judiciário. E se por *sponte propria* o fizesse, não estaria o Legislativo ferindo o princípio da divisão de poderes, insculpido no art. 2º, de nossa Constituição, isto porque não há inflexível divisão de poderes, mas atribuição constitucional de competências a órgãos diversos, que, eventualmente, poderão desempenhar funções de outros órgãos, se autorizados pela Constituição (e é essa situação – há expressa autorização constitucional para

que as Comissões Parlamentares de Inquérito desempenhem as funções instrutórias dos juízes)." (RIANI, 2001:197)

À vista dessa tensão entre posicionamento dialéticos, resta-nos explanar sobre os poderes e limites das CPIs conferidos pela doutrina. Assim, grosso modo, aceitam-se as diligências estatuídas no art. 2º da Lei nº. 1579/72<sup>12</sup>, como algumas das possíveis de serem realizadas por intermédio de inquéritos parlamentares. Todavia, dar-se-á ênfase apenas às sujeitas a maiores controvérsias, que sem dúvida são as referentes à condução coercitiva de testemunhas, buscas e apreensões e a quebra de sigilos bancários, fiscal e telefônico.

No que tange à condução coercitiva de indiciados e testemunhas, no caso de recusa ou recalcitrância de comparecer perante comissão de inquérito para ser ouvido ou depor, antes já devidamente intimado, o problema reside em saber se a comissão investigadora tem a prerrogativa, de por ato próprio, realizar a sua condução compulsória, ou se para tal desiderato deve recorrer ao Poder Judiciário.

Entende Uadi Lammêgo Bulos que a condução coercitiva, por autoridade própria, de testemunha por CPI não é possível por duas razões. A primeira é que o cidadão convocado para depor não pode ser considerado culpado por antecipação; a segunda é que tal providência só pode ser exercida exclusivamente por juízes. Ademais, argüi ainda o mesmo autor que "A autoridade jurisdicional, por sua vez, não está compelida a acatar pedido de condução coercitiva de testemunha recalcitrante formulada por CPI. Poderá indeferir-lo, desde que o faça em consonância com o princípio constitucional das motivações dos órgãos públicos". (BULOS, 2001:90-91)

No mesmo sentido é a opinião de Celso Ribeiro Bastos que afirma: "O poder convocatório dessas comissões também sofre limitações. A CPI não pode compelir um particular a comparecer diante dela para colaborar nas investigações de um determinado fato. Pode apenas convidá-lo, sendo que a legislação não pode criar nenhum tipo de sanção pelo não comparecimento". (BASTOS; MARTINS, 1995:273)



Diferentemente pensa Plínio Salgado, para quem

a *Lex Fundamentalis* assegurou às comissões parlamentares de inquérito poderes de investigação próprios de autoridades judiciais (antes dispostos apenas em norma legal ordinária), podem utilizar-se, diretamente, dos meios compulsórios, ou, mais exatamente, do auxílio da autoridade policial, para que a ordem expedida regularmente seja atendida. Uma e outra providência tranquilamente se compreendem na referida cláusula constitucional". (SALGADO, 2001:93-94)

Nessa mesma ordem de idéias, é ensinamento do professor Aguinaldo Pereira Costa: "a faculdade de intimar testemunhas e puni-las, caso não compareçam ou se recusem a depor, é considerada como essencial ao exercício do poder de investigar. Não se compreende o direito de instituir inquéritos sem a capacidade correlata de agir compulsivamente contra as testemunhas recalcitrantes". (COSTA, 1948:14)

Nesse diapasão, também ressalta Alaor Barbosa que

a condução coercitiva de testemunha recalcitrante ou faltosa é uma prerrogativa essencial de comissões parlamentares de inquérito. Essa coerção pode ser feita diretamente pela comissão, por intermédio de sua secretaria ou da polícia da Casa que a instituiu, ou, subsidiariamente, se assim o julgar conveniente a comissão, por intermédio do Poder Judiciário, que, nesse caso, é um mero agente executor da medida solicitada, não exercendo sob tal medida controle de legalidade. Caso o Judiciário, no caso de condução coercitiva de testemunha faltosa, pudesse exercer controle de legalidade, estaria invadindo esfera de atuação soberana de outro poder, isto é, do Poder Legislativo". (BARBOSA, 1988:112)

Para nós, as CPIs podem promover a condução coercitiva de testemunhas desobedientes às suas convocações, sem necessariamente recorrer ao Judiciário. Isto em virtude de tal medida enquadrar-se nos meios que são indispensáveis para a concretização das finalidades do inquérito parlamentar, e ainda servir para impor respeito aos cidadãos perante as decisões de cunho investigatório do Legislativo. "Outrossim, sempre se considerou que no poder de criar comissões de inquérito estão contidos os necessários ao regular funcionamento delas, segundo a regra de quem quer os fins confere os meios hábeis à sua persecução". (BROSSARD, 1981:145) Por fim, "Não soa razoável mencionar que os integrantes das CPIs podem investigar tanto quanto os juízes mas que, se uma testemunha recalcitrar, só os juízes poderão determinar sua condução 'sob vara'". (GONÇALVES, 2001:145)

No tocante ao instituto da busca e apreensão de papéis, documentos e objetos de pessoas investigadas por CPI, é certo afirmar que o ponto mais problemático reside em saber se tal providência encontra-se inserida na cláusula de jurisdição, sendo monopólio exclusivo dos membros do Poder Judiciário, ou se as CPIs podem efetivá-las sem a necessidade de autorização judicial. Desse modo, urge expor os dois lados da controvérsia, iniciando pelos autores que defendem a teoria da cláusula restritiva jurisdicional.

Assim, para Francisco Campos "a busca e apreensão, se a comissão entender que tenha cabimento, deverá ser requerida por ela à autoridade judiciária competente". (CAMPOS, 1962:373). Nesse mesmo sentido, aduz Wilson Accioli que "O presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito não têm competência para levar a efeito, de forma direta, tal diligência. Cabe a ela dirigir-se, em nome da Comissão, à autoridade adequada, para solicitar a medida...". (ACCIOLI, 1980:64)

Também favoráveis à reserva de jurisdição para as buscas e apreensões são Uadi Lammêgo Bulos e Ovídio Rocha Barros, respectivamente transcritos: "pela reserva constitucional de jurisdição as

comissões parlamentares de inquérito estão proibidas, *ex propria autoritate*, de determinar buscas e apreensão domiciliar de objetos e documentos, pois a casa é asilo inviolável do indivíduo” (BULOS, 2001:115); “não tem a Comissão Parlamentar de Inquérito competência ou atribuição, para autorizar buscas e apreensões domiciliares. Trata-se de competência reservada, de forma exclusiva, ao Poder Judiciário”. (BARROS, 2001:105)

Na mesma direção, anotou Luiz Roberto Barroso que “ultrapassaria com exagero os limites da razoabilidade a suposição de que uma Comissão Parlamentar de Inquérito – instância política sujeita a paixões e excessos – pudesse livremente dispor da privacidade das pessoas invadindo domicílios e escritórios, e apreendendo o que lhe aprouvesse”. (BARROSO, 1996:807). Argumenta ainda o mesmo autor que “se afirma ser insensato atribuir às Comissões Parlamentares de Inquérito, neste estágio ainda pouco amadurecido da democracia brasileira, o poder de buscas domiciliares e apreensão de bens e documentos”. (BARROSO, 1996:809)

Noutra orientação encontram-se Alaor Barbosa e Pontes de Miranda. Este pondera que “As buscas e apreensões são pertinentes quando há razões fundadas para se terem como indispensáveis. Realizam-se por intermédio da autoridade policial, ou por mandado da comissão de inquérito”. (MIRANDA, 1953:267). Já para aquele, “comissão parlamentar de inquérito pode efetuar, ou pela sua secretaria ou pela polícia da Câmara que a constituiu, ou ainda, mediante requisição à autoridade policial do Executivo, quaisquer medidas cautelares, entre as quais buscas e apreensões, que a seu juízo, se fizerem necessários”. (BARBOSA, 1988:112)

Adota a mesma tese, de forma mais consistente, Luiz Carlos dos Santos, quando declara:

O artigo de nossa Carta Magna que firma a inviolabilidade de domicílio, salvo desastre, socorro, flagrante delito ou ordem judicial, não distingue se, ao fazê-lo, o juiz está exercendo controle sobre a investi-

gação de outrem, ou determinando ele próprio a diligência de investigação. Numa situação, realiza ele controle prévio; na outra, por determinar diretamente a realização da medida, o único controle possível é posterior e alheio, realizado por superior instância. Assim, se as Comissões de inquérito têm os mesmos poderes de investigação dos juízes, podem também determinar a buscar e a apreensão, sujeitando-se apenas ao controle posterior. Negar esta possibilidade à comissão seria equivalente a negá-la aos juízes quando agem *‘spont propria’*, na instrução criminal” (GONÇALVES, 2001:94). Concluindo o citado autor que “estar ao alcance das Comissões Parlamentares de Inquérito a determinação de diligências nas casas, seja no sentido do ingresso físico nas mesmas, seja no sentido de sua devassa por outros meios, desde que (...) apresente-se o requisito da justa causa. (GONÇALVES, 2001:95)

Em se tratando de sigilo bancário, fiscal e telefônico, há divergências entre os autores no que diz respeito à possibilidade da quebra ser realizada diretamente pela comissão investigadora.

A quebra de sigilo dos dados bancários e fiscais frente as comissões legislativas de inquérito vem disciplinada pela Lei nº. 4595/64, no seu art. 38, § 3º, nestes termos; “As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional (art. 37 da Constituição Federal e Lei 1579, de 18.03.1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive do Banco Central da República do Brasil”.<sup>13</sup>

Assim sendo, com base nesta Lei, excepcionado está o sigilo da movimentação das operações financeiras de pessoas em face das CPIs. No entanto, alguns doutrinadores afirmam que a quebra do sigilo bancário só é admissível por meio de ordem judicial. É o caso de Celso Ribeiro Bastos: “quer-nos parecer que o dispositivo da Lei nº. 4595/64, que autoriza a quebra de sigilo bancário por parte do

Congresso Nacional ou de qualquer de suas comissões de inquérito, não foi recepcionada pela Constituição de 1988 (...) por ser agressivo ao próprio rol dos direitos individuais". (BASTOS; MARTINS, 1995:283-284). No mesmo sentido se expressa Ovídio Rocha Barros, para quem "a quebra de sigilo de dados pessoais somente pode ocorrer mediante exercício do poder jurisdicional. Estamos diante de matéria reservada, exclusivamente, ao Poder Judiciário, a quem cabe dizer, na feliz frase de CANOTILHO, a primeira e a última palavra". (BARROS, 2001:114)

Em sentido diverso, aduzem Cássio Juvenal Faria e Luiz Flávio Gomes que "Quanto aos dados, informações e documentos, mesmo que resguardados por sigilo legal, desde que observados as cautelas legais, podem as CPIs requisitá-los. Isso significa que podem quebrar o sigilo fiscal, bancário...". (KIMURA, 2001:73)

Também para Plínio Salgado, está autorizado a requisição pelas CPIs de informações às instituições financeiras, especificamente de extratos de contas bancárias, porquanto "Essas exceções [da Lei 4595/64] não se opõe ao princípio do art. 5º, inciso X, da Constituição da República, sendo recepcionadas pelo texto constitucional, porque, como assinalado, a serem exercitados sempre em nome do interesse público, cuja tutela incube ao Estado, ante situações concretas, é óbvio, revestidas desse teor". (SALGADO, 2001:151)

Atualmente, lembra-nos Luiz Carlos dos Santos que o disciplinamento do sigilo dos dados bancários e financeiros encontra-se na Lei Complementar n.º 105, que revogou o art. 38, da Lei n.º 4595/64. Esse mesmo autor é quem observa que o

acesso aos dados bancários, ou fiscais, ou quaisquer outros relativos à privacidade e intimidade das pessoas, não significa a possibilidade de sua divulgação indiscriminada. O sigilo, tendo agora outros detentores, não pode ser 'quebrado'. De todo equivocada a expressão 'quebra do sigilo bancário'. Ao revés melhor é falar-se em 'transferência do sigilo bancário'. O seu

rompimento, por membros das Comissões Parlamentares, pode representar a conduta típica de violação de sigilo funcional. (GONÇALVES, 2001:105)

Já no tocante à quebra de sigilo telefônico, a doutrina majoritária é no sentido de aceitar-se a possibilidade de sua ruptura ser realizada diretamente pela comissão investigadora, desde que os dados se refiram exclusivamente ao registro das chamadas telefônicas já concretizadas, que englobaria a hora, dia, número, tempo de duração, valor etc. Isto porque segundo Uadi Lammêgo Gulos "a reserva constitucional de jurisdição, aludida no inciso XII do art. 5º, proíbi acesso às comunicações atuais. Coisa diversa ocorre com os dados comunicados em momento distantes no tempo. Estes ficam sujeitas ao poder investigatório das CPIs". (BULOS, 2001:275)

No mesmo diapasão, José Alfredo de Oliveira Barroso, para quem o "art. 5º, XII, da Constituição Federal (...) refere-se ao conteúdo da conversa telefônica e não a requisição de lista contendo as ligações feitas por pessoas sob investigação, que pode ser feita legalmente pela CPI...". (BARROSO, 2001:202)

Pode-se vislumbrar uma interpretação mais alargada da quebra do sigilo telefônico em Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que tem defendido a possibilidade de ruptura não só dos dados telefônicos, assim como da escuta das conversas realizadas por terceiros, sem o conhecimento de nenhum deles, quando afirma que "podem as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar a interceptação telefônica e de dados relativos a comunicações telefônicas, sem intervenção judicial, desde que os fatos em investigação tenham natureza criminal". (GONÇALVES, 2001:173)

A guisa de resumo, pode-se dividir os entendimentos doutrinários no que tange aos poderes da CPIs da maneira apresentada por Frederico Augusto D'Avila Riani, nestes termos:

...[i] aqueles que restringem ao máximo os poderes, que estariam limitados ao estabelecido na lei 1579/52;

[ii] os que entendem que uma CPI pode determinar o comparecimento de pessoas, bem como a apresentação de documento, mas seu ato não tem auto-executoriedade, sendo necessária determinação judicial em caso de descumprimento; [iii] e aqueles que entendem que os poderes de uma CPI são os mesmos que os juízes tem na fase instrutória do processo civil ou penal". (RIANI, 2001:196)

A nosso ver, hoje não deve pairar mais dúvidas quanto a possibilidade das comissões de inquérito, por via direta, de efetuarem medidas cautelares de produção de prova no curso das investigações.<sup>14</sup> Desta maneira, sob o novo disciplinamento constitucional das CPIs, tornou-se sem acústica a voz dos defensores das ressalvas aos seus poderes, que no geral partem da falsa premissa da teoria da separação rígida e absoluta das funções estatais, na qual há o "velho preconceito judiciarista costâneo da 'incientífica' noção de monopólio da função judicial pelo Poder Judiciário" (ALECRIM, 1954:35), e que gera a não menos ilógica conclusão de que somente as autoridades judiciais são competentes e imparciais para assegurar as liberdades públicas. Com efeito, se aceitarmos a teoria da "reserva de jurisdição" como válida para os atos que possam vir a dispor dos direitos e garantias individuais pelas CPIs, teremos também que reconhecer, necessariamente, que as autoridades parlamentares encontram-se em plano político-institucional inferior às autoridades judiciais, o que seria um absurdo, posto que deixaria o Poder Judiciário em posição de prevalência sobre os demais poderes, restando comprometida a relação de harmonia e interdependência entre eles.

Esse raciocínio é compatível com a evolução da teoria política democrática, pois, conforme Norberto Bobbio, citado por Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, "Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva. (LIMA, 2003:5). Com efeito, deve o Parlamento

"assumir aquela posição eminente que o povo lhe conferiu: igual aos outros Poderes, sim, mas detentor das faculdades de vigilância e controle, a que só ele tem direito, por ser realmente o que representa toda as unidades federativas e a nação toda, nas modalidades múltipla de suas idéias e sentimentos". (PEREIRA, 1948:180)

De mais a mais, ajuda-nos a romper com esse obsoleto preconceito anti-parlamentar, que infelizmente ainda ronda, principalmente as comissões parlamentares de inquérito, quando estas apreciam a possibilidade de afastar em casos particulares e excepcionais os direitos e as liberdades fundamentais do cidadão em face de investigação visando o interesse público, a observação de Ricardo Dias Leme: "O essencial para garantir os direitos individuais, contudo, não é a qualidade do agente público (juiz, promotor) autorizado a quebrar o sigilo, mas o uso indevido das informações obtidas com essa quebra". (GONÇALVES, 2001:102-103)

#### 4 PODERES E LIMITES DAS CPIS VISTOS PELO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que os poderes investigatórios das CPIs são amplos, mas não ilimitados e absolutos, já que não são os mesmos dos magistrados.<sup>15</sup> Assim, dentro do âmbito de investigação, estariam as CPIs autorizadas a determinar, por ato próprio, a oitiva de testemunhas, com a prerrogativa de conduzi-la coercitivamente em caso de recalcitrância ou recusa; a convocação de investigados e testemunhas para depor, inclusive autoridades públicas federais, estaduais e municipais; as buscas e apreensões de documentos e objetos; a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico dos investigados ou indiciados; convocação de juízes para depor a respeito de sua atuação como administrador público e a requisição de informações e documentos perante os órgãos públicos. (PAULO, 2002:2)

No tocante a oitiva de testemunha, tem proclamado o STF - *habeas corpus* n. 79.244-8 -, que a CPI tem poderes para "intimar,

fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destina: *the power to for persons*". (BRASIL, 2002:388). Entretanto, o Supremo Tribunal tem sustentado que inobstante a testemunha ter a obrigação de comparecer, falar e não calar a verdade, tem o direito de permanecer calado sempre que a sua resposta poder trazer-lhe algum dano ou prejuízo para a sua defesa. Nesse sentido, cite-se a ementa do *habeas corpus* nº. 79812-8 - SP, no qual foi relator o Min. Celso de Mello, *in verbis*:

Comissão parlamentar de inquérito. Privilégio contra a auto-incriminação. Direito que assiste a qualquer indiciado ou testemunha. Impossibilidade de o Poder Público impor medidas restritivas a quem exerce, regularmente, essa prerrogativa. Pedido de *habeas corpus* deferido.

O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

O exercício de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes.

O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes

ou pelas autoridades do Estado.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado ou ao réu, como se estes já houvesse sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes". (BRASIL, 2001:903)

No que tange à determinação de buscas e apreensões pelas comissões de inquérito legislativas, o STF proclamou na decisão do *habeas corpus* nº. 71039, cujo relator foi o ministro Paulo Brossard, que

A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o '*punctum dolens*' da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena de investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil. (BRASIL, 1995:207)<sup>16</sup>

Por derradeiro, no respeitante à quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico de pessoa submetida à investigação, somente reconhece o STF a possibilidade de sua ruptura se estiver adequadamente fundamentado o ato que a decretou. Assim, apreciando a questão, o STF deliberou no mandado de segurança nº. 23639-6-DE, relatado por Celso de Mello, que "A quebra do sigilo, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que

esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária". (BRASIL, 2001:809)

Quanto à fundamentação dos atos emanados das CPIs, interessante transcrever as observações do Presidente da CPI do Narcotráfico emitidas no mandado de segurança n. 23.574-8, *verbis*:

Quando a CF ... concede às CPIs os 'poderes investigatórios de autoridade judicial' não lhe concedeu, porém, os poderes decisórios das autoridades judiciais. Tal fato, por si só, já seria suficiente para distinguir as exigências formais e de legalidade em um e outro caso: nunca o que se chama decisão de uma CPI será ato da mesma natureza de uma decisão judicial – mesmo que se esteja falando de uma decisão interlocutória, como a que se refere à produção de provas.

A CPI decide apenas na forma como decide o Legislativo em geral, ou seja, há uma proposição, que é votada com o quorum próprio e se apura o resultado. Como órgão do Poder Legislativo, que, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, para todos os efeitos age como se fosse a própria Câmara dos Deputados, a CPI só precisa como fundamento de qualquer dos seus atos do seguinte mecanismo decisório: PROPOSIÇÃO – QUORUM – VOTAÇÃO.

Muito diferente é a natureza jurídica da decisão judicial da decisão legislativa. Enquanto o juiz sempre é obrigado a expor os motivos de seu convencimento, o Legislativo jamais poderá fazê-lo, porque seu julgamento, mesmo se atendo aos limites da lei, sempre é político e, como tal, por definição, imotivado, encontrando sua legitimação no resultado do voto.

Qual, pois, o fundamento de qualquer ato de CPI?

Tão somente o que se chama seu juízo político. (BRASIL, 2000:96)

Em outro viés, O Supremo Tribunal vem reafirmando que as medidas utilizadas para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória por se incluírem no postulado da reserva de jurisdição constitucional do Poder Judiciário não podem ser decretadas pelas CPIs, posto que não detêm os mesmos poderes gerais de cautela dos órgãos jurisdicionais.

Destarte, para o STF as CPIs não poderão decretar, por ato próprio, nenhum tipo de prisão de qualquer pessoa, leia-se prisão temporária, preventiva ou outra semelhante, excetuando as hipóteses de prisão em flagrante; a indisponibilidade de bens do investigado; o arresto; o sequestro; a proibição de ausentar-se do país ou da comarca; a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas; a busca e apreensão domiciliar de documentos e objetos; a convocação de magistrados para prestar depoimentos sobre a sua atuação jurisdicional, assim como impossibilitar a presença de advogados dos investigados no local das sessões da CPI.<sup>17</sup>

Não se pode olvidar que o STF vem invocando a competência para processar e julgar, originariamente, as ações de mandado de segurança e *habeas corpus* impetradas contra os atos das comissões parlamentares de inquérito do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, isoladamente, desde a década de 50 do século passado. Esse entendimento se encetou a partir do julgamento do mandado de segurança nº. 1959/53 e do *habeas corpus* nº. 32678/53<sup>18</sup>.

A possibilidade de controle jurisdicional das CPIs, segundo o STF, justifica-se nas hipóteses de abuso e excesso de poder dos atos emanados dessas comissões inquiridoras. A fundamentação para justificar a apreciação dos atos procedimentais das CPIs pelo Poder Judiciário ficou anotada na liminar em mandado de segurança n. 23.452, relatado pelo Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objeto instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar no plano político-jurídico a possibilidade de dominação de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.' (grifo nosso)

[...]

Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.<sup>7</sup>

[...]

Dentro desse contexto, impende registrar que os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito são passíveis de controle jurisdicional, sempre que, de seu eventual exercício abusivo, derivarem injustas lesões ao regime das liberdades públicas e à integridade dos direitos e garantias individuais.<sup>8</sup>

[...]

Atenta esse princípio básico, a jurisprudência constitucional do STF jamais tolerou que a invocação da natureza política do ato emanado das Casas legislativas pudessem constituir – naquela hipótese de lesão atual ou potencial ao direito de terceiros – um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários. (BRASIL, 1999:201-202)

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da fixação das dimensões dos poderes das comissões parlamentares de inquérito, justificando a instituição de limites como necessários para preservar os direitos individuais e evitar a formação de esferas supremas de poder dentro do Estado. Malgrado seja de bom alvitre a preocupação do Supremo Tribunal em querer assegurar as liberdades públicas dos cidadãos, particularmente em relação aos atos das CPIs, tal procedimento não se coaduna com a sistemática constitucional atual por vários motivos.

Em primeiro lugar, porque a Constituição, como produto do Poder Constituinte Originário, tem poder para excepcionar suas próprias normas, donde se conclui não haver afronta alguma à Constituição quando do exercício de funções investigativas pelos membros do Legislativo, com os mesmos e exatos poderes das autoridades judiciais, constituindo tal fato tão-somente ressalva ao princípio que atribui o exercício privativo – mas não exclusivo – da função jurisdicional ao Poder Judiciário. Portanto, inobstante a regra em nosso sistema constitucional garantir ao Poder Judiciário a competência para julgar as condutas dos outros Poderes, parece mais razoável, no tocante às atribuições das CPIs, que tal prerrogativa foi excepcionada, de modo que não seria possível ao Judiciário interferir no âmbito *interna corporis* do Legislativo, sob o pretexto de querer restabelecer a ordem jurídica violada pelas comissões congressuais de inquérito. Muito feliz a respeito da exceção à atuação do Judiciário são as palavras do Prof. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

“O constituinte excluiu da apreciação do Poder Judiciário determinadas situações pelo fato de que, espontânea ou propositadamente, desejou permanecer fiel ao apelo da teoria de democracia, onde, como tenho afirmado, deve prevalecer, num texto constitucional, interpretações mais favoráveis ao Poder Legislativo por força da tradição democrática que neste Poder existe”. (LIMA, 2003:17)<sup>19</sup>

Note-se, em segundo plano, que o STF, apesar de ser o órgão responsável pela interpretação da Constituição, não se encontra autorizado para formular entendimentos que não são coetâneos com seu próprio texto, sob pena de elevação do Poder Judiciário acima da própria Constituição, e assim sim tornando o Judiciário uma instância hegemônica e avessa ao sistema de controle recíproco dos poderes do Estado. Destarte, O STF “não deve decidir a partir de sua própria vontade, mas sim a partir de uma vontade que lhe é pré-ordenada pela Constituição, sua autoridade deriva exclusivamente de sua fidelidade à Constituição”. (VIEIRA, 2002:228-229). Nessa perspectiva, cabe ao Supremo Tribunal pautar sua conduta decisória “com base em decisões anteriores que lhe foram pré-ordenadas pelos Poderes representativos, portanto, seguir a normatividade (que é composta por regras e princípios) e não outros critérios extraconstitucionais ou legais (...), pois não tem legitimidade democrática para fazer este tipo de escolha” (VIEIRA, 2002:229), já que pertence ao Poder Legislativo o papel de elaboração dos pressupostos político-democráticos da sociedade. Portanto, necessário mais uma vez citarmos o pensamento do principal defensor - penso que o pioneiro no Brasil -, do pensamento, a qual nos filiamos, de que as ações das comissões inquiridoras legislativas não podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, quando aduz que

“Inadequado e dotado de conexão fortemente antidemocrática é a limitação que o Supremo Tribunal Federal (seguido, nesse entendimento, por Tribunais de Justiça e Juízes de primeiro grau) tem imposto ao Poder Legislativo na sua tarefa investigativa, em nome de sua possibilidade por ele própria assim definida de conhecer e julgar as questões políticas”. (LIMA, 2003:5)

Por fim, também não procede a crítica do Poder Judiciário no sentido de que o Poder Legislativo estaria mais propício a vilipendiar os direitos públicos dos cidadãos quando exerce atividade decisória, porquanto esta, independentemente do órgão responsá-

vel pela sua concretização, implica sempre em riscos potenciais aos direitos fundamentais, sendo, a nosso sentir, o lado ruim que a sociedade deve suportar para não comprometer no que tange ao Legislativo as suas prerrogativas de controle e fiscalização dentro do sistema democrático. Por isto

“reconhece Vanossi que os eventuais abusos em que podem incorrer as Comissões Investigadoras, em vista de suas atuações indagadoras ou de buscas, não devem levar à negação de suas faculdades ou diminuir os poderes necessários para o cumprimento de suas tarefas”. (BARACHO, 2001:13)<sup>20</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não constitui mais nenhuma dúvida o fato da função de fiscalização do Parlamento decorrer diretamente do seu poder de legislar. Nesse sentido, as comissões parlamentares de inquérito são um dos principais instrumentos de materialização da função de fiscalização e controle das atividades dos poderes públicos nas democracias contemporâneas.

No decorrer deste trabalho ficou evidente que o instituto da investigação parlamentar comporta ainda muitas controvérsias, sendo que nem a doutrina e a jurisprudência são pacíficas com relação aos seus poderes e limites. Contudo, pode-se dizer que atualmente é inegável que os poderes das CPIs foram, quer se queira quer não, ampliados expressamente pela Constituição, na medida em que concedeu às autoridades legislativas poderes de investigação nivelados aos das autoridades judiciais.

O STF apesar de reconhecer em alguma amplitude a dilatação das prerrogativas das CPIs, o que é elogiável, se opõe à tese da natureza política dos seus atos, invocando para si a competência para conhecer as hipóteses de condutas arbitrárias e abusivas atribuídas às CPIs em face das liberdades públicas. Assim, na prática, nosso en-



tendimento sobre a natureza *interna corporis* dos atos das CPIs não tem prevalecido, não obstante a existência de elementos constitucionais e teóricos suficientes para caracterizar as CPIs como um instrumento de caráter, motivação e finalidade essencialmente político. Destarte, "Se o constituinte deu explícitas demonstrações de confiança no Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal simplesmente a desprezou quando interferiu, por meio de sua construção jurisprudencial, na definição dos limites ao funcionamento de comissões parlamentares de inquérito". (LIMA, 2003:20). E completa o mesmo autor que "[...] o Supremo Tribunal Federal tem se distanciado (nenhuma novidade!!!) de sua tarefa de guardião de uma Constituição democrática e tem dilatarado o âmbito de sua atuação, a partir de decisões por ele próprias proferidas, especialmente sobre o controle das ações investigativas do Parlamento". (LIMA, 2003:6)

Assim sendo, o STF, ao judicializar as questões políticas de competência constitucional exclusiva de outro poder, provoca "a definição institucional de pressupostos democráticos não pelo Poder Legislativo – a quem compete, num estado democrático de direito, a direção dos rumos do Estado, pelo fato de ser este Poder o que elabora as leis para os outros – porém pelo Judiciário". (DINIZ; LIMA, 1999:188). Tal fato leva-nos a questionar até que ponto a intromissão do Judiciário no Legislativo contribui para o Processo de consolidação e aperfeiçoamento da democracia e do Estado de Direito. A nosso sentir, parece mais correto inferir que a ingerência do Judiciário na esfera não sindicável da competência legislativa tende a desacelerar o bonde institucional rumo à consolidação da democracia, à medida que obstaculiza a materialização do exercício pleno dos mecanismos de moralização e visibilidade da ação administrativa postos à disposição do Legislativo e que são, em última instância, imprescindíveis para viabilizar a essência da democracia, que é segundo Norberto Bobbio o "governo do poder público em público". (TABORDA, 2002:253).

Em outro aspecto, ficou demonstrado que os argumentos favoráveis ao princípio da reserva de jurisdição pelo Poder Judiciário,

no que tange particularmente às CPIs, carece de embasamento científico, não passando de obsoleto preconceito antilegislativo, fundamentado numa visão tradicional do princípio da separação rígida e inflexível dos Poderes do Estado e em critérios eminentemente empíricos, que não podem ser admitidos como critérios seguros para restringir os poderes das CPIs, posto que tal entendimento na maioria das vezes se baseia em parâmetros casuísticos, nos quais se exagera os abusos e excessos no uso dos poderes investigativos das comissões parlamentares, sem, contudo, se aperceber que são aspectos circunstanciais do instituto parlamentar.

Assim, em se tratando da possibilidade de ocorrência de abusos e excessos no âmbito das CPIs, penso que tais problemas não devem ser tratados no plano jurisdicional, visto que, segundo Zechariah Chafee, "o único remédio real para os abusos das comissões parlamentares está no próprio Congresso e não nos tribunais". (COSTA, 1969:119).<sup>21</sup> Nesse diapasão, um dos meios de impugnação às decisões das CPIs pelas pessoas que se sentirem ameaçadas ou lesionadas arbitrária e ilegalmente nos seus direitos e garantias individuais, seria o recurso ao plenário do Parlamento (CAMPOS, 1962:374), que é, em última instância, o juiz responsável pela autorização dos poderes investigativos das CPIs e, ao mesmo tempo, a nosso ver, o único com competência para reexaminar – reformar ou modificar – os atos decisórios de suas comissões inquiridoras. Essa possibilidade da parte que se sentir prejudicada de recorrer ao Plenário parece que deve impor-se como princípio geral a reger um possível sistema normativo de controle político interno das CPIs nos Parlamentos. Com efeito, as decisões das comissões inquiridoras proporcionariam maior segurança e certeza jurídica aos investigados ou indiciados, posto que as suas inconformidades poderiam ser reapreciadas num juízo colegiado mais amplo, o que de certo modo serviria para "satisfazer uma necessidade humana: ninguém se conforma com um juízo único e desfavorável. Esse inconformismo é fruto do conhecimento que se tem da imperfeição humana". (PORTANOVA, 1997:104)

Importante também ressaltar que as CPIs não devem ser utilizadas como panacéia para corrigir todas as irregularidades e ilegalidades ocorridas no âmbito dos outros poderes, porquanto a função de supervisão e controle não são as únicas a ser desempenhadas pelo Legislativo, como já demonstrado à saciedade.

Por fim, apesar do escopo deste trabalho não ser o de solucionar os atritos entre os poderes investigativos do Parlamento e os direitos e garantias individuais, mas, sim, levantar a problemática em torno de um assunto ao mesmo tempo complexo e apaixonante, deixando em aberto para novas considerações os assuntos tratados por nós, sem, nenhuma pretensão de esgotamento, já que escapa aos quadrantes deste artigo tal mister.

No mais, espero que as reflexões expostas possam contribuir de alguma maneira para a valorização das CPIs, pois, a bem da verdade, se é justo reconhecer que o Brasil alcançou um grau de razoável transparência e visibilidade dos processos políticos institucionais, ainda mais justo é constatar que isto se deveu em parte as investigações legislativas através de CPIs. Em última análise, é lícito, portanto, concluir que as CPIs constituem

nos dias de hoje, uma das maiores conquistas para a verdadeira prática do regime democrático e fortalecimento do Poder Legislativo, na sua função benéfica de fiscal dos atos principalmente do Poder Executivo, sempre propenso a ultrapassar os limites de suas atribuições e a malbaratar o dinheiro público ... (FERREIRA, 1954:97)

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLI, Wilson. *Comissões parlamentares de inquérito: instrumento de ação política*. Rio de Janeiro: Copyright, 1980.
- ALICRIM, Otacílio. As comissões congressuais de investigação no Regime Presidencialista: métodos e objetivos nos Estados Unidos e Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 51, v. 151, p. 35-46, jan./fev. 1954.

- ATALIBA, Geraldo. Comissões parlamentares de inquérito e Poder Legislativo Municipal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 35/36, p. 283-305, jul./dez. 1975.
- BARBOSA, Aíao. CPI e Constituição: um caso concreto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 25, n. 100, p. 58-112, out./dez. 1988.
- BARBOSA, Ruy. *Trabalhos Jurídicos: obras seletas*. [S.l.]: Casa de Ruy Barbosa, v. 11, 1962..
- BARACHO, João Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROS, Ovídio Rocha. *CPI ao pé da letra*. Campinas: Millennium, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência, sentido da expressão constitucional "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" e inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial*. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 12, n. 12, p. 799-813, dez. 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, t.1.1995
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 71.039. Tribunal Pleno. Paciente: Cesar de La Cruz Mendonza Arrieta. Coatora: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do INSS. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, DF, 07 de abril de 1994. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 209-226, jan./mar. 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 32.678. Tribunal Pleno. Paciente: Samuel Wainer. Coatora: Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Mário Guimarães. Rio de Janeiro, 05 de agosto de 1953. *Revista de Direito Administrativo*, v. 47, p. 286-304, jan./mar. 1957.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.452. Medida liminar. Impetrante: Luiz Carlos Barreir Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Financeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de junho de 1999. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 201-206, jul./ser. 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 79.244-8. Tribunal Pleno. Medida liminar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.642/DF. Relator: Min. Neri da Silveira, Brasília, DF, 29 de novembro de 2000. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº. 23.466-1/DF. Tribunal Pleno. Medida liminar. Rel: Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça da União, Seção I, p. 31, 22 junho, 1999. MORAES, Alexandre de. *Constituição*

- do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.574-8. Medida liminar. Impetrante: Medley S. A. Indústria Farmacêutica. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Seção 1, 01 de fevereiro, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n. 79.812-8-SP. Tribunal Pleno. Paciente: José Corissa Neto. Coatora: Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 08 de novembro de 2000. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 17, n. 11, p. 903-909, nov. 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.639-6-DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Antonio Roldi. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 17, n. 10, p. 809-817. 2001.
- BROSSARD, Paulo. Da obrigação de depor perante comissões parlamentares de inquérito por Assembléia Legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 18, n. 69, p. 15-45, jan./mar. 1981.
- \_\_\_\_\_. *O impeachment*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissões parlamentares de inquérito: técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAMARGO, Laudo de. Comissões de Inquérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: a.51, v. 151, p. 7-8, jan./fev. 1954.
- CAMPOS, Francisco. Comissões parlamentares de inquérito: poderes do Congresso, garantias individuais e exibição de papéis privados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 67, p. 341-376, jan./mar. 1962.
- COSTA, Aguinaldo Pereira. *Comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Asa Artes Gráficas, 1948.
- COSTA, Alexandre Lúcio da. Limites às comissões parlamentares de inquérito municipais e o controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Rio de Janeiro: a.3, n. 23, p. 1767, 2003.
- COSTA, Moacyr Lôbo da: Origem, natureza e atribuições das comissões parlamentares de inquérito: direito positivo brasileiro e limitações constitucionais. *Revista de Direito Público*, São Paulo: a.3, v. 9, p. 110-121, jul./set. 1969.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*: arts. 38-91. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 5, 1997.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Federalismo brasileiro e o Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, a.6, v.7, p. 173-196, 1999.
- DUARTE, Samuel. Inquéritos parlamentares. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.51,

- v. 151, p. 74-77, jan./fev. 1954.
- FERREIRA, Edna Mendes. Comissões parlamentares de inquérito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.51, v. 151, p. 95-97, jan./fev. 1954.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1992.
- \_\_\_\_\_. Os poderes das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Direito Público*, a. 4, v. 13, p. 22-34, jul./set. 1970.
- FRAGA, Alberico. As comissões parlamentares de inquérito na Constituição de 1946. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: a.51, v. 151, p. 78-82, jan./fev. 1954.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito: poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- ITAGIBA, Ivair Nogueira: Aperfeiçoamento do Estado Democrático: democracia de nova estilização, Constituição de estrutura moderna, entrelaçamento de funções, comissões parlamentares de inquérito, direito municipal e crimes de responsabilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: a.51, v. 151, p. 47-73, jan./fev. 1954.
- JACQUES, Paulino. Comissão Parlamentar de Inquérito e Governo de Gabinetes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a.51, v. 151, p. 83-85, jan./fev. 1954.
- KIMURA, Alexandre Issa. *CPI: teoria e prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e Juízes na formação do Estado brasileiro. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, DF, a.3, n. 6, p. 172-199, jul. dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia, mimeo., Fortaleza, 2003.
- LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfinor, 1964.
- \_\_\_\_\_. Comissões parlamentares de inquérito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, a.51, v. 151, p. 86-94, jan./fev. 1954.
- MEDINA: Llewellyn Davies A. As Questões Políticas no direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a.29, n. 13, p. 143-148, jan./mar. 1992.
- MIRANDA, Jorge. Sobre as comissões parlamentares de inquérito em Portugal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, SP, ano 8, n. 33, p. 61-67, out./dez. 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*: arts. 15-97. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, v. 2, 1953.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NAGEL, José. Insusceptibilidade de apreciação judicial de ato político-legislativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, a. 29, n. 115, p. 581-592, jul./set. 1992.

- OLIVEIRA FILHO, João. Inquéritos parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, a.1, n. 2, p. 68-81, jun. 1964.
- PAULO, Vicente. *Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI*. Brasília, 26 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.pontodosconcursos.com.br/print.asp?prof=6art=341>> Acesso em: 08 maio 2003.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RIANI, Frederico Augusto D'Avila. Comissão parlamentar de inquérito: requisitos para sua criação, objeto e poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: a.9, n. 36, p. 184-204, jul./set. 2001.
- ROSAS, Roberto. Abuso de poder das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, a.1, n. 21, p.47-52, jan./mar. 1969.
- SALGADO, Plínio: *Comissões parlamentares de inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *Do inquérito parlamentar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.
- SARAIVA, Paulo Lopo. A função judicante do Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 32, n. 127, p. 43-48, jul./set. 1995.
- SATYRO, Ernani: *Comissões parlamentares de inquérito: seus limites jurídicos e políticos*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a.20, n. 79, p. 123-128, jul./set. 1983.
- SILVA, Francisco Rodrigues da. *CPIs federais, estaduais e municipais: poderes e limitações*. 2.ed. Recife: Bagaço, 2001.
- TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 230, p. 251-279, out./dez. 2002.
- VASCONCELOS, Wilson Accioli. O controle da legalidade da administração pelo Poder Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: DF, a.2, n. 8, p. 27-38, out./dez. 1965.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

## NOTA

1 O objeto de reflexão teórica deste artigo é resultado da pesquisa intitulada "Questões Políticas e Poder Judiciário: As Comissões Parlamentares de Inquérito - O Dilema da Democracia, iniciada em meados de 2002 com o apoio financeiro do Programa de Iniciação à Ciência da Universidade de Fortaleza (PROBIC-UNIFOR), sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-CE.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza e Assessor Jurídico Parlamentar da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. E-mail: janiojus@bol.com.br

3 Não vislumbro nenhum óbice para o Legislativo exercer fiscalização sobre o próprio Parlamento, e de seus membros, como também sobre o Poder Judiciário, pois "uma visão restrita parece-nos contraditória com a própria idéia de fiscalização e com o lugar do parlamento no sistema constitucional" (MIRANDA, 2000:62)

4 Lembra-nos Wilson Accioli que "a matéria em causa não teve, desde logo, pacífico entendimento. Assim é que, de acordo com o que afirma Schwartz, é estabelecido no Direito inglês que qualquer ato da Câmara dos Comuns não é examinável por qualquer tribunal". Acrescentando: "Ao contrário, no entanto, dessa assertiva os americanos não aceitaram semelhante procedimento, e recusaram-se a considerar os atos praticados pelo Legislativo ou por qualquer comissão do mesmo como sendo irrevisíveis" (ACCIOLI, 1980:73).

5 As comissões parlamentares de inquérito surgiram na Inglaterra, mas não é unânime o exato momento de sua criação, variando segundo diferentes pesquisadores entre os séculos XIV e XVII.

6 Segundo Nelson de Souza Sampaio "a Constituição imperial não foi expressa, embora se possa invocar um dispositivo onde a matéria estava, pelo menos, implícita" (SAMPAIO, 1964:20). Esse dispositivo era o art. 15, VI, o qual atribuía à Assembléia Geral a faculdade para instituir exame da administração anterior e reformar os abusos nela introduzidos, quando da morte do Imperador ou vacância do trono.

7 "Não obstante, o Regimento Interno do Senado, de 1903, preconizava a formação de comissões de investigação" (ACCIOLI, 1980:24).

8 Na esfera estadual à época, constatou Nelson de Souza Sampaio que "A maioria das Constituições estaduais, à exceção das de Mato Grosso e São Paulo, omissas a respeito, obedeceu ao exemplo do constituinte federal. A Constituição do Ceará (art. 17, n.º IV) foi a mais liberal na matéria, pois deu a um quinto da Assembléia o direito de formar comissão de inquérito". A maior parte das Constituições estaduais conferiu esse direito a um terço da Assembléia (...) As Constituições do Piauí (art. 37), Rio de Janeiro (art. 8º), Minas Gerais (art. 7º) e Rio Grande do Norte (art.18) tomaram direção diametralmente oposta à do constituinte federal, pois converteram a criação das comissões de inquérito em direito exclusivo de uma maioria qualificada da Assembléia. As três primeiras exigiam que o requerimento, assinado por um terço dos deputados, fosse aprovado pela maioria absoluta da Assembléia. A Constituição portuguesa determinava que o próprio requerimento já fosse subscrito pela maioria absoluta dos legisladores estaduais". (SAMPAIO, 1964:23-24). (grifo nosso)

9 "Ao Senado não lhe conferiu tal poder, semelhante ao que ocorria na Alemanha e na Áustria, não só porque, sob aquela Constituição, exercia ele o superpoder de coordenar os poderes políticos do Estado (art. 88), como também porque a Câmara dos Deputados, por sua própria composição, refletia melhor a vontade popular e partidária, e, assim, estava mais capacitada para promover investigações do porte daquelas afeitas às Comissões Parlamentares de Inquérito. E aí estão, *data vênua*, do insigne PONTES DE MIRANDA, as razões do procedimento dos constituintes de 1934, que, até nesse particular, foram fiéis ao modelo weimariano". (JACQUES, 1954:84). Para Mauro Márcio Oliveira a razão da não extensão dessa prerrogativa

ao Senado Federal "parece repousar na evidência histórica de as comissões de inquérito terem surgido na Câmara dos Comuns e não na dos Lordes, na Inglaterra". (BASTOS; MARTINS, 1995:272).

10 Sob a ordem constitucional de 1946, foi editada a Lei nº. 1579, de 18 de março de 1952, que regulamentou o funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.

11 Francisco Rodrigues da Silva aduz que "as normas constitucionais atinentes às CPIs são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, por via de consequência, desnecessária qualquer lei ou norma regulamentar a respeito, dado o preceito constitucional balizador não escrito de que as normas constitucionais, tanto quanto possíveis, terão eficácia plena e aplicabilidade imediata". (SILVA, 2001:90)

12 Cf. Art. 2º da Lei 1579/52: "No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reputar necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença". À vista dos atuais poderes conferidos pela Constituição às CPIs, esse artigo tornou-se meramente exemplificativo.

13 Conforme Alexandre Lúcio da Costa "O sigilo bancário, em virtude do princípio da simetria com o centro e paralelismo de formas, pode ser quebrado pela comissão parlamentar de inquérito municipal". (COSTA, 2003:1767)

14 Vem corroborar esse entendimento a crítica elaborada por Frederico Augusto D'Ávila Riani à tese da ausência de auto-executoriedade dos atos da CPI, ao lembrar que "a Administração não tem 'poderes próprios das autoridades judiciais', conferidos pela Constituição. No entanto, seus atos gozam de auto-executoriedade. A mesma que o constitucionista atribui aos poderes de uma CPI. Não nos parece necessário que a Constituição atribua a uma Comissão Parlamentar poderes de autoridades judiciais para seus atos serem auto-executáveis". (RIANI, 2001:197)

15 É de se registrar que o STF absorveu o pensamento e a jurisprudência da Suprema Corte americana em matéria de investigação parlamentar, principalmente as relacionadas às limitações dos poderes das comissões parlamentares. Assim, segundo Bidegain, para a Suprema Corte americana "quando os direitos e liberdade de um indivíduo se achem em jogo, as Câmaras não são juízes finais de seus direitos e privilégios e a legalidade de sua ação pode ser questionada ante os tribunais". (OLIVEIRA FILHO, 1964:79). Esse entendimento também é compartilhado pela Corte Suprema pátria. Esta, conforme Marlon Mont'Alverne Barreto Lima, sempre teve como fonte inspiradora para as suas decisões a Suprema Corte americana. (LIMA, 1995: 183)

16 Em que pese esse entendimento, o STF vem se posicionando - MS. n. 23.643/DF - no sentido de que "As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XI: 'a casa do morador, salvo em caso de flagrante delicto ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial'). (BRASIL, 2002:1070)

17 Conforme o STF, no mandado de segurança n. 23.466-1, "O decreto de

indisponibilidade dos bens de determinada pessoa posta sob a suspeição da CPI (...) mostra-se de todo excedente à mais larga interpretação da autoridade das CPIs: indisponibilidade de bens, ou medida similar - qual o arresto, o seqüestro ou a hipoteca judiciária - são provimentos cautelares de senença de condenação, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação" (BRASIL, 2002: 1066-1067).

18 No *habeas corpus* n. 32.678, o Ministro Mário Guimarães decidiu: "Não tenho dúvidas em reivindicar para esta Corte a competência originária. Reconheço que os textos legais não são expressos. Mas recentemente ainda, no julgamento do mandado de segurança nº. 1959, aceitou este Tribunal a sua competência para conhecer do pedido de quando proviesse a violência de qualquer das Câmaras do Poder Legislativo. Assim argumentou o notável aresto, que foi proclamado pelo Sr. Ministro Luís Gallotti: 'Se compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer do mandado de segurança contra ato da Mesa de uma Câmara Legislativa, competente também há de ser, por mais forte, já que outro Tribunal superior a ele não existe, por conhecer do pedido quando o ato impugnado é da própria Câmara' (ac. No mandado de segurança de n. 1959, de 23 de janeiro de 1953)." (BRASIL, 1957:289).

19 Vislumbra-se outra exceção constitucional ao princípio da reserva jurisdicional na competência privativa (exclusiva) do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I). Lembre-se que o *impeachment* do chefe do Executivo pode implicar além da perda do mandato, a cassação dos direitos políticos pelo prazo de oito anos. Assim, em termos comparativos, pode-se dizer que as consequências advindas das decisões proferidas pelo Parlamento nos julgamentos de crimes de responsabilidade parecem revestir-se de maior gravidade para os direitos individuais do que as emanadas das CPIs, visto que as comissões de inquérito não dispõem de competência para aplicar por via própria as sanções decorrentes de condutas criminosas dos investigados, mas tão-só investigá-las e enviá-las ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Logo, com base no princípio interpretativo segundo o qual "quem pode o mais, pode o menos", se o Parlamento pode aplicar penalidades tal qual um magistrado, com mais forte e justa razão pode investigar com o mesmo poder, sob pena de romper-se a racionalidade, a logicidade e a sistemática do texto constitucional vigente. Para Paulo Lopo Saraiva "... o Poder Legislativo detém uma função judicante, diversa da função jurisdicional. A função judicante é ínsita a todos os poderes. O ato de julgar é próprio da natureza humana. É o juiz natural. No campo da *jurisdictio*, todavia, esta função é atribuída pela Constituição a um poder próprio, o Poder Judiciário. Mas de modo amplo e abrangente, compete ao Poder Legislativo julgar os crimes de natureza política". (SARAIVA, 1995:46).

20 É imperioso ressaltar que, mesmo não havendo dúvida de que existe a possibilidade de uso excessivo e abusivo dos poderes das CPIs, não caberia ao Judiciário intervir para sanar a ocorrência desses vícios, em virtude de que, como advogado por Rui Barbosa, "em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. A alguém, nas coisas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último". Prossegue o mesmo autor: "cada um dos poderes do Estado tem, invariavelmente, a sua região de

irresponsabilidade. É a região em que esse poder é discricionário. Limitando a cada poder as suas funções discricionárias, a lei, dentro nas divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios, além da idoneidade, que lhe supõe, e do da opinião pública, a que está sujeito. Em falecendo eles, não há, nem poder haver, praticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados." (Rui Barbosa *Apud* BROSSARD, 1992:178)

21 Interessante para efeitos analógicos são as palavras de Barth sobre o Parlamento americano: "Como qualquer outro corpo legislativo, o Congresso dos Estados Unidos tem sua cota de demagogos. Mas ele tem também estadistas capazes de altearem-se nas grandes ocasiões. E como no povo, que o Congresso o representa, há no Congresso também abundantes reservas de tolerância, magnanimidade, respeito pela justiça e fé em suas melhores tradições. Em crescimento de um espírito para o qual são abomináveis todas as manifestações de tirania, deve ser encontrado o remédio para os abusos do poder congressual. É na majestade do Congresso que serão encontrados os freios necessários à sua conduta". (FERREIRA, 1970:30) (grifo nosso).

## PROGRESSIVIDADE DO IPTU DE ACORDO COM A EC. 29/2000

Marcelo de Miranda Mont'alverne<sup>1</sup>  
Especialista em Direito Tributário

- 1 Introdução
- 2 Progressividade e Seletividade
- 3 Progressividade e Iptu
- 4 Alteração Trazidas pela Emenda Constitucional Nº 29/2000
- 5 Progressividade do Iptu e Função Social da Propriedade
- 6 Conclusão
- 7 Referências Bibliográficas

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, ao regular o sistema tributário nacional, fixou a competência dos entes federativos, estabelecendo que cabe aos Municípios instituir o imposto predial e territorial urbano conforme o art. 156,<sup>1</sup> da mesma que dispõe: *art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana.*

Imposto predial e territorial urbano, conforme dispõe o Código Tributário Nacional, tem como fato gerador a propriedade, posse e domínio útil, e como base de cálculo o valor venal do imóvel, ou seja, *o valor que o bem alcançará para compra e venda à vista em condições usuais de mercado*<sup>2</sup>.

Tema polêmico e já bastante debatido tanto no âmbito de nossos tribunais como em nível de doutrina, é a progressividade da alíquota do IPTU. A emenda constitucional nº 29/2000, numa tentativa de solucionar tal questão, deu a seguinte redação ao art. 156, §1º do texto magno:

Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no

inciso I poderá:

- I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e;
- II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Diante do exposto, podemos concluir que a alíquota a ser aplicada em cada caso dependerá do valor, localização e uso do imóvel, devendo-se ainda destacar o disposto no art. 182, §4º, inciso II:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Omissis...

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Por fim, temos quatro critérios que influem no valor da alíquota a ser aplicada em cada caso a serem analisados separadamente. Devemos, portanto, dispor primeiramente a respeito da progressividade para depois adentrarmos sobre esta questão referindo-se particularmente ao IPTU.

## 2 PROGRESSIVIDADE E SELETIVIDADE

O conceito de progressividade pode ser entendido, de acordo com a doutrina pátria, conforme se apresentam os impostos cuja alíquota

*é fixada na lei em porcentagem variável conforme o valor da matéria tributável. O imposto progressivo é na realidade um imposto proporcional, cuja proporção aumenta a medida em que aumenta o valor da matéria tributada*<sup>3</sup>.

Seletividade, no entanto, é a atribuição de uma alíquota maior ou menor levando-se em conta a essencialidade daquilo que está sendo tributado, ou seja, em nada tem haver a seletividade com o sujeito passivo da obrigação tributária, mas sim com o objeto tributado.

Hugo de Brito Machado assevera que:

*É seletivo o imposto cujas alíquotas são diferentes, para objetos diferentes, como acontece com o IPI que tem alíquotas elevadas para certos produtos, e muito baixa, mesmo zero, para outros produtos. Na seletividade não importa o sujeito. Importa exclusivamente o objeto da tributação. Por isso se pode dizer que ela é adequada a impostos reais como o IPTU*<sup>4</sup>.

Alguns autores afirmam que a progressividade do tributo compromete o princípio da isonomia, da capacidade contributiva acabando por quebrar a proporcionalidade entre os contribuintes. Outros, de forma contrária, entendem que a progressividade é uma forma de promover a isonomia material e a proporcionalidade bem como distribuir da riqueza de forma a realizar a justiça social.

Reza o artigo 146, §1º da CF/88 que *sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*. Tal disposição refere-se ao princípio da capacidade contributiva que Sacha Calmon<sup>5</sup> expõe como possibilidade de pagar tributos (*ability to pay*), devendo-se considerar a capacidade econômica real do contribuinte de realizar o pagamento sem que seja gravosamente atingido por tributação excessiva.



A meu ver, a progressividade em nada contraria o princípio da capacidade contributiva, pois o sujeito A que tem 100 e, aplicando uma alíquota de 10%, deve pagar 10, sentirá falta destes mais intensamente que o sujeito B que tem 1000 e, conseqüentemente, pagará 100. A forma para igualar os encargos seria que se aplicasse a este último uma alíquota maior, por exemplo, de 12,5%, pagando assim 125 e não 100. Seria uma forma de preconizar a isonomia material.

No meu ponto de vista, o sujeito B, acima citado, teria, após a tributação, uma maior disponibilidade de renda para garantir o essencial à sua sobrevivência, ao contrário do sujeito A que, do pouco que tem, será desfalcado na mesma proporção daquele que tem muito. Se assim fosse, o desrespeito à isonomia material seria notório.

No entanto, devemos destacar a posição de Leandro Paulsen<sup>6</sup> que afirma a razão da progressividade é unicamente política, no sentido de distribuir melhor a riqueza, abandonando a igualdade e proporcionalidade, conforme se observa a seguir:

Entendendo que a progressividade é Incompatível com o princípio da capacidade contributiva. "O vínculo entre o princípio da capacidade contributiva e a progressividade encontra adeptos no direito pátrio. Alguns autores entendem, até que não há como respeitar a Capacidade contributiva sem a progressividade, entendimento que não encontra respaldo na doutrina comparada moderna devido à dificuldade de medir a capacidade contributiva a partir da aplicação da progressividade nos impostos. Há, contudo, que registrar a posição de outros autores que defendem a progressividade como meio de se alcançar a igualdade na tribulação. Mesmo que procurássemos na progressividade a justificação da igualdade na tributação, concluiríamos, forçosamente, que os sistemas de

tributação progressiva não medem capacidade econômica, são meros instrumentos políticos de distribuição de riqueza. Equivoca-se, portanto quem afirma que a igualdade de sacrifícios no suporte do custeio do Estado não se atinja pela regra de proporcionalidade. Mas sim pela da progressividade. É justamente o contrário, o que ocorre, senão vejamos: quem tem dez paga 1; quem tem cem paga 10; no caso de haver uma alíquota única de 10%, o que é plenamente proporcional. Pelo critério econômico da progressividade, quem tem dez, paga 1 (alíquota de 10%); quem tem 100 pode vir a pagar 25 (aplicada uma alíquota progressiva de 25%). Pela proporcionalidade, o rico paga mais imposto que o pobre e assim é atendido o princípio da igualdade na tributação. Isso redundaria em tributar desigualmente as mesmas manifestações de riqueza, mediante o uso de critério que considera apenas a questão monetária sem levar em conta o fato de aquele que ganhe cem ter ou não vinte e quatro vezes mais capacidade contributiva do que quem ganha dez. Assim, a progressividade, rompe definitivamente com a igualdade, na certa posição de Tipke, que considera a tributação progressiva da renda mera política social da lei tributária.

Apenas não concordo com Leandro Paulsen, pelos motivos já mencionados, quando diz que não há igualdade e proporcionalidade na aplicação de alíquotas progressivas. Neste sentido, podemos fazer menção à Carraza, Elizabeth N.<sup>7</sup> explica:

Por outro lado, não há que se falar em proporcionalidade quando se cobra uma alíquota única de todos os contribuintes, uma vez que, nesta hipótese, o mais pobre acabará por pagar mais tributo que o mais rico, apesar de em termos numéricos tal não ocorrer.

Da mesma forma, entende Aliomar Baleeiro<sup>8</sup> expondo que

*tributos graduados são progressivos, ou seja, aqueles cuja alíquota cresce à medida que se eleva a quantidade ou valor da quantidade ou valor da coisa tributada, em contraste da relação constante dos impostos simplesmente proporcionais.*

A única conclusão a que podemos chegar é que faz-se extremamente necessário o uso de alíquotas progressivas como instrumento de distribuição de riquezas, bem como forma de respeito aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

### 3 PROGRESSIVIDADE E IPTU

A dificuldade de compreender e aceitar o uso de alíquotas progressivas no Imposto predial e territorial urbano apresenta-se no fato de que o mencionado imposto é um tributo real, ou seja, está atrelado diretamente a um bem.

A doutrina pátria classifica os tributos em pessoais e tributos reais.

Os impostos são reais quando, por isto mesmo, levam em conta as características da coisa, ou objeto tributado, e não as características ou condições do contribuinte, sujeito da relação de tributação. E, na verdade, sendo imposto real aquele em que se considera a coisa, o objeto, pode-se concluir pela inadequação, para essa classe de tributos, de alíquotas progressivas, posto que estas implicam disciplina diversa, em razão do sujeito da relação de tributação, não se adequando ao princípio da capacidade contributiva.

Já os impostos pessoais levam em consideração a condição pessoal do contribuinte, isto é, o imposto de índole pessoal incide sobre fatos econômicos relacionados com a pessoa e não com coisas, encontrando-se em perfeita consonância com o princípio da capacidade contributiva.

Recorde-se que o melhor exemplo de imposto pessoal e progressivo, no Brasil, é o imposto de renda. Nele se busca atingir diretamente a capacidade contributiva. Leva-se em conta essa condição que é do sujeito da relação, considerando-se sua receita e despesas de

modo que o valor exigido não torne impossível o custeio do indispensável a sua vida.

A doutrina pátria entende que apenas os tributos pessoais são passíveis de aplicação de alíquotas progressivas, tendo em vista a redação do art. 146, §1º da CF/88 já citada, pois o princípio da capacidade contributiva liga-se diretamente com a personalização do tributo, ao contrário dos tributos reais que se ligam apenas com o bem (objeto tributado).

É possível observar que o valor a ser pago referente aos tributos reais é tão atrelado ao bem que muitas vezes, na prática do comércio, chegam a integrar o valor do bem, e algumas vezes é negociado. Não é raro ver concessionárias de veículos, ao propor a venda de um veículo, se comprometerem a pagar o IPVA; em supermercados, por exemplo, o valor do ICMS está incluído no preço de compra do produto.

Portanto, ao comprar determinado produto ou veículo, não importa a capacidade econômica de quem está comprando, o valor do tributo é o mesmo, calculado em função do bem. Essa é a razão porque os tributos reais não são compatíveis com o princípio da capacidade contributiva.

Devemos ainda destacar que tal entendimento não é unânime, AMARO, Luciano<sup>9</sup> expõe que mesmo os tributos reais estão sob a égide do princípio da capacidade contributiva, conforme vemos a seguir:

A personalização do imposto pode ser vista como uma das faces da capacidade contributiva, à qual, sem dúvida, o imposto pessoal deve ser adequado.

Mas os impostos reais (que consideram, objetivamente a situação material, sem levar em conta as condições do indivíduo que se liga a essa situação) também devem ser informados pelo princípio da capacidade contributiva, que é postulado universal de justiça fis-

cal. Ou seja, não se pode, na criação de impostos reais (como soem ser os impostos indiretos), estabelecer critérios de quantificação do gravame em termos que ofendam a presumível capacidade econômica do contribuinte, ou do contribuinte "de fato" em função de quem, nos tributos indiretos, deve ser aplicado o princípio. Não há nenhuma razão pela qual pudessem ser desconsiderados, no caso de impostos indiretos, os valores que os princípios em análise buscam preservar, a pretexto de que a capacidade contributiva deva ser a do contribuinte direto (contribuinte "de direito"), ignorando-se o contribuinte "de fato". Não fosse assim, o princípio poderia ser abandonado, para efeito de tributação de alimentos básicos e remédios, a pretexto de que os contribuintes diretos dos impostos af incidentes são empresas de altíssimo poder econômico.

No entanto, embora louvável o pensamento deste jurista, não é essa a posição adotada pela doutrina majoritária. Hugo de Brito Machado<sup>10</sup> se posiciona da seguinte forma:

Com efeito, em seu art. 145, § 1º, disse que os tributos "serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte". É certo que a expressão "sempre que possível", utilizada no início o mencionado dispositivo, pode levar o intérprete ao entendimento segundo o qual o princípio da capacidade contributiva somente será observado quando possível. Não nos parece, porém, seja essa a melhor interpretação, porque sempre é possível a observância do referido princípio. A nosso ver, o *sempre que possível*, do § 1º do art. 145, diz respeito apenas ao caráter pessoal dos tributos, pois na verdade nem sempre é tecnicamente possível um tributo com caráter pessoal.

Nossos tribunais seguiram a orientação nesse sentido, defen-

dendo que apenas os tributos pessoais seriam abrangidos pelo princípio da capacidade contributiva, conforme se pode ver nas decisões a seguir, inclusive, uma delas diz respeito à progressividade do IPTU proferida antes da emenda constitucional no 29/2000:

EMENTA: - IPTU, Progressividade. - No sistema tributário nacional, o IPTU inequivocamente é um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real, que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com arrimo no art. 156, § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. (Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3. do setor II da Tabela III da Lei nº 5.641, de 22.12.1989, no Município de Belo Horizonte).

EMENTA - ITBI: progressividade: L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10,

II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito. (RE 259339 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 09/05/2000. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ DATA-16-06-2000 PP-00040 EMENTA VOL-01995-05 PP-00981.

Faz-se necessário citar a Súmula 656 do Supremo Tribunal Federal: *É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel.* Portanto, tendo em vista a natureza desses tributos denominados reais, o princípio da capacidade contributiva resta prejudicado.

#### 4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000

A EC nº 29/00 alterou o art. 156, §1º da CF/88, estabelecendo que o IPTU terá, sem prejuízo do exposto no art. 182, § 4º, alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel e alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Faz-se essencial explicar que com a disposição constitucional autorizando a progressividade em função do valor do imóvel, não restou dúvida quanto à possibilidade dos municípios instituírem o IPTU atribuindo alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel.

Alguns juristas, no entanto, entenderam que tal alteração é inconstitucional por atribuir a possibilidade de serem instituídas alíquotas progressivas em tributo real, rompendo com o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, estes direitos fundamentais, portanto cláusulas pétreas.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal não entendeu da mesma forma dada a redação da Súmula 668: *É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.*

Podemos ver que a Suprema Corte não só entendeu que a mencionada alteração não contrariava as cláusulas pétreas como também entendeu ser possível a aplicação de alíquotas progressivas em um tributo real. A melhor interpretação, de modo a garantir a máxima eficácia do texto constitucional bem como a força normativa e unidade da constituição, seria no sentido de que o princípio da capacidade contributiva exposto no art. 145 §1º da Carta Magna não se estende aos tributos reais, exceto nos casos em que a própria Constituição prevê, ou seja, o IPTU. Se assim não for, as expressões do art. 145, §1º e o art. 156 da CF/88 não fariam sentido quando interpretados conjuntamente.

A EC. nº 29/2000 acrescentou o inciso II no § 1º do art. 156 da Carta Republicana estabelecendo que os municípios poderão estabelecer alíquotas diferenciadas em razão da localização do imóvel e do seu uso. Aqui, devemos analisar a assertiva sobre outra ótica, não me parece que seja este um caso de progressividade, mas sim de seletividade.

A medida acima citada tem como objetivo, a meu ver, possibilitar que ocupantes das áreas "nobres" da cidade sejam mais gravosamente tributados que àqueles que se encontrem em áreas periféricas que, conseqüentemente, possuem capacidade econômica reduzida. Mais uma vez a presença do princípio da capacidade contributiva é óbvia.

Devemos ainda ressaltar o caráter extrafiscal que pode ter a disposição constante no inciso II, desta forma, se o Município quer estimular a ocupação de uma dada área ou desestimular a ocupação de outra, poderá utilizar-se do IPTU progressivo para tanto.

## 5 PROGRESSIVIDADE DO IPTU E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Por fim, devemos nos ater à progressividade exposta no art. 182, § 4º da Constituição *in verbis*:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Omissis.

§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A Constituição Federal em vigor, claramente preocupando-se com a vida social dos brasileiros, exige que o direito fundamental da propriedade seja interpretado juntamente com a função social da propriedade. Como consequência, temos em questão a progressividade extrafiscal, em função do tempo, com o fim de desestimular o mau uso da propriedade.

Vale ressaltar que com progressividade extrafiscal não se almeja, prioritariamente, prover o Estado de meios financeiros adequados a seu custeio de seus programas sociais, segundo a capacidade econômica de cada um (art. 145, § 1º), mas, antes, se visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social. Para isso, o legislador tributário, através do imposto predial e territorial urbano, passa a defender os interesses prevaletentes da coletividade, quer por meio de agravações, quer de concessão de benefícios e incentivos fiscais.

A Constituição Federal determina expressamente que o imposto territorial rural (ITR) seja utilizado com fins extrafiscais, colimando alcançar a produtividade da propriedade rural, assim como

autoriza, como acabamos de ver, a progressividade do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU).

Resta esclarecer que tal tributação parece incidir sobre fato ilícito o que seria incompatível com o conceito de tributo exposto no art. 3º do Código Tributário Nacional. Acontece que o IPTU incide sobre a propriedade e não sobre o mau uso da mesma, a progressividade em função do tempo é apenas instrumento da política social e não uma pena propriamente dita, mas é evidente, surgindo em segundo plano, o caráter sancionatório dessa norma, ou seja, fazendo-se mau uso da propriedade resultará em maior ônus para com o fisco, o que mostra uma verdadeira sanção, mas esta não é o objetivo primordial da CF/88, seu objetivo é promover o uso adequado do solo.

Embora se leve em conta que a progressividade do IPTU para tais fins é de interesse da coletividade, devemos considerar que essa prerrogativa dada pela CF/88 ao fisco pode, tendo em vista a ânsia do Estado em arrecadar ou mesmo em desfavor de quem persista em atuar contrariamente aos interesses políticos, sociais ou econômicos superiores da coletividade, a usar a extrafiscalidade como desculpa ou pretexto para estabelecer maior pressão fiscal.

Por essa razão, entendemos que a extrafiscalidade somente deverá ser reconhecida para, validamente, justificar carga fiscal elevada, quando se ajustar a plano ou planejamento, claramente definidos em lei prévia e própria, fixadora das metas de política urbana, observando-se ainda os princípios constitucionais, em especial o da proibição do confisco.

A leitura do art. 182 da Constituição Federal deixa patente que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, seguirá as diretrizes gerais fixadas em lei, sendo obrigatório, para cidades com mais de 20 mil habitantes, fazer aprovar pela Câmara Municipal o plano diretor. O § 2º do mesmo artigo ainda dispõe que a *propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências*

*fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

Somente a propriedade urbana em desarmonia com o plano diretor, regulado por lei prévia, poderá sofrer tributação progressiva no tempo, de cunho extrafiscal, se obedecidos os termos e condições postos em lei federal.

Em matéria de extrafiscalidade no IPTU, a Constituição Federal mantém as seguintes regras: a progressividade jamais poderá ser confiscatória; as alíquotas poderão ser mais agressivas para constranger o proprietário a edificar..., mas, de modo algum, devem configurar um desrespeito ao direito de propriedade, pois a Constituição somente autoriza a desapropriação mediante justa indenização, de valor real e juros legais, paga mediante títulos da dívida pública (art. 182, III); respeito ao campo material, indiretamente influenciado por ela, vale dizer, à ordenação legal da política urbana, expressa no plano diretor; tributação progressiva no tempo, que, de forma gradual, imponha encargos cada vez mais gravosos à medida que persistam os comportamentos contrários ao pleno desenvolvimento da política urbana, definida em lei, ressaltando o caráter pedagógico ou reeducativo do art. 182.

COELHO, Sacha Calmon Navarro<sup>11</sup> entende que o confisco, pela tributação, constitui forma indireta de expropriação. Todavia, versando o tema do não-confisco e da extrafiscalidade, afirma:

O princípio, vê-se, cede o passo às políticas extrafiscais mormente as expressamente previstas na Constituição. Quer dizer, onde o constituinte previu a exacerbação da tributação para induzir comportamentos desejados ou para inibir comportamentos indesejados. É vedada a arguição do princípio do não-confisco tributário, a não ser no caso-limite (absorção do bem ou renda).

Destarte, se há fiscalidade e extrafiscalidade e se a extrafiscalidade adota a progressividade exacerbada para atingir seus fins, deduz-se que o princípio do não-con-

fisco atua no campo da fiscalidade tão-somente e daí não sai, sob pena de antagonismo normativo, um absurdo lógico-jurídico.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto neste trabalho, podemos concluir que a EC nº 29/2000, alterando o art. 156, §1º da CF/88, possibilitou a instituição do Imposto predial e territorial urbano com alíquotas progressivas em função do valor, bem como o uso de alíquotas diferenciadas em razão da localização e o uso do imóvel, sem prejuízo da progressividade extrafiscal prevista no art. 182, §4º da CF/88.

A mencionada alteração da Carta Magna veio para modificar o posicionamento firmado na doutrina e nos tribunais que já haviam consolidado a impossibilidade de fazer-se uso de alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel, tendo em vista que o IPTU é tributo real, incompatível com o princípio da capacidade contributiva e com o uso de alíquotas progressivas, podendo-se aplicar unicamente a progressividade em função do tempo cuja autorização encontra-se no art. 182, §4º da CF/88.

A partir da edição da EC. nº 29/2000, tal posicionamento mudou em razão da expressa autorização do texto constitucional para a aplicação de alíquotas progressivas em função do valor do imóvel. O Supremo Tribunal Federal logo se manifestou favorável à mudança através da súmula 668, havendo a doutrina seguido o seu posicionamento, salvo entendimento bastante minoritário que afirma que houve desrespeito ao princípio da isonomia, portanto cláusula pétrea, por parte da EC. nº 29/2000, não devendo esta ser considerada constitucional.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997.

- Assan, Ozites Eilel. *Do IPTU: teoria, jurisprudência, legislação e prática*. 1.ed. Campinas:AGA Juris Livros Ltda, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARRAZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e Progressividade*. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 1996.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 3.ed. Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- DENARI, Zelmo. *Curso de Direito Tributário*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *Curso de direito tributário*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed., Malheiros, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

## NOTAS

- 1 Especialist in Tributary Right / Especialista em Direito Tributário
- 2 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000
- 3 TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- 4 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 5 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988- Sistema Tributário*. 3. ed. Forense, 1991.
- 6 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- 7 CARRAZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e Progressividade*. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

- 8 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- 9 AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. São Paulo: Editora: Saraiva, 1997.
- 10 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- 11 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

## USUCAPIÃO COLETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

**Marina Câmara Albuquerque**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará  
Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça no Estado do Ceará

1. Introdução
2. Natureza Jurídica
3. Usucapião Coletiva Urbana
4. Constitucionalidade da Usucapião Coletiva
5. Arguição em Juízo
6. Conclusões
7. Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

Para uma obra de tamanha relevância social e sob a óptica da mais desvelada e sensível crítica, o Código Civil brasileiro de 1916 vigorou dignamente até o alvorecer do novo milênio. Isso a despeito de haver sido o direito homônimo, conforme lapidarmente observa o Professor OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR, provavelmente *“a província jurídica que mais padeceu com as transformações do último século, envolto que estava nas púrpuras romanas, incensado pelas orações medievais e sensibilizado pelas homenagens que lhe prestara o Oitocentos”*.

A primorosa obra cujo anteprojeto foi concebido por Clóvis Beviláqua, enfim, sucumbiu a uma nova codificação, o que veio a ser a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Após um quarto de século de tramitação do projeto e um ano de *vacatio*, o novel diploma passa agora a ser, de modo mais contundente, objeto do crivo da comunidade jurídica nacional.

Muitas de suas mudanças parecem refletir uma concepção das relações humanas decerto menos patriarcal, menos formal e, sobretu-



do, menos liberal. Com efeito, o legislador de 2002 é avesso ao individualismo arraigado à vida privada passada. Em meio a preceitos outros vários, essa mentalidade restou particularmente condensada no destaque dado à função social da propriedade.

Dessarte, comandos sem correspondentes no Código de 1916 foram formulados para servir à concreção do fim social do domínio. A respeito, é merecedor de uma análise especial o inusitado conteúdo dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo diploma. Convém, de início, transcrever o que anuncia o referido dispositivo:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e

serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Foi disposto tal preceito na Seção I, das "Disposições preliminares", do Capítulo I, da "Propriedade em Geral", do Título III, da "Propriedade", por seu turno integrante do Livro III da parte especial, do "Direito das coisas". De plano se percebe que, com o visio de reverenciar o caráter social da propriedade, o legislador impropriamente versou sobre modos de sua perda em apêndices de um preceito geral.

Na opinião do Professor REALLE, Miguel, que coordenou o projeto, os §§ 4º e 5º do referido art. 1.238 consagram uma "inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só um novo conceito desta, mas também um novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho"<sup>2</sup>.

Sobre a construção teórica desses mesmos dispositivos Maluf, Carlos Alberto Dabus narra que "o relatório Fiuza, recepcionando por sua vez o relatório Ernani Satyro, acolhe os argumentos do Prof. Miguel Reale quando afirma que se trata de um dos pontos mais altos do Projeto, no que se refere ao primado dos valores do trabalho como uma das causas fundantes do direito de propriedade"<sup>3</sup>.

No transcorrer do presente estudo, serão oportunamente perquiridos os seguintes pontos acerca da novidade em liça: natureza jurídica, aspectos comuns e divergentes com a usucapião<sup>4</sup> coletiva urbana, constitucionalidade e modos de arguição em juízo.

## 2 NATUREZA JURÍDICA

Uma primeira indagação surge da leitura dos §§ 4º e 5º do sobredito art. 1.238: qual a natureza jurídica dessa forma de "priva-

ção da coisa? Seria uma *desapropriação* implementada por particulares, em substituição ao poder público, ou uma *usucapião coletiva* condicionada à obrigação de indenizar?<sup>5</sup> Ou, ainda, seria um instituto completamente novo, a galgar autonomia conceitual?

No longínquo ano de 1972, o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA vaticinou a controvérsia que o preceito viria a suscitar em crítica ao Anteprojeto do vigente Código Civil. Relata Guimarães, Jackson Rocha que o grande civilista concebeu o instituto como "inconstitucional, irrealizável e inconveniente. Inconstitucional porque a desapropriação está subordinada a cânones constitucionais. Não cabe à legislatura ordinária criar mais um caso de desapropriação, e muito menos sem 'prévia' indenização. Irrealizável, porque não ficou definido quem irá pagar: os ocupantes obviamente não podem ser, porque a hipótese tem em vista a invasão por favelados e pessoas sem resistência econômica; o Estado não pode ser compelido a desapropriar, pois que ao Executivo e não ao Judiciário é que compete a fixação das linhas de orientação econômica do governo. Inconveniente, conclui o professor de direito civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro, porque fixa esta modalidade esdrúxula de desapropriação sem controle do Executivo, sem fiscalização do Legislativo, apreciada pelo juiz, cujas convicções podem ser deformadas por injunções que a sua própria atividade jurisdicional não tem elementos para coibir"<sup>6</sup>.

Informa ainda aquele autor que, em resposta, o Professor Miguel Reale ferrenho defensor da nova codificação, asseverou que, em rigor, não se tratava de "um ato expropriatório, mas antes uma forma de pagamento da justa indenização devida ao proprietário, impedindo que esse se locuplete com o fruto do trabalho alheio"<sup>7</sup>.

JACKSON ROCHA GUIMARÃES fortalece a corrente do mestre, CAIO MÁRIO além de censurar a ambigüidade daquele autor quando noutra passagem afirmou: "... abre-se, nos domínios do direito, uma via nova de desapropriação, que não se deve considerar prerrogativa dos Poderes Executivo ou Legislativo"<sup>8</sup>.

Operando uma certa miscelânea entre os institutos da desapropriação e da usucapião, o Deputado FIUZA, Ricardo, relator do projeto na Câmara dos Deputados, propugnou o que adiante se transcreve:

*Os múltiplos casos de 'desapropriação indireta', que são casos típicos de 'desapropriação pretoriana', resultantes das decisões de nossos tribunais, estão aí para demonstrar que o ato expropriatório não é privilégio nem prerrogativa exclusiva do Executivo ou do Legislativo. Nada existe que torne ilegítimo que, por lei, em hipóteses especiais, o poder de desapropriar seja atribuído ao juiz, que resolverá em função das circunstâncias verificadas no processo, em função do bem comum. Sobretudo depois que a lei de usucapião especial veio dar relevo ao trabalho como elemento constitutivo da propriedade."<sup>9</sup>*

Para os processualistas NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, o mencionado dispositivo "cria a desapropriação judicial", o que definem como "o ato pelo qual o juiz, a requerimento dos que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários"<sup>10</sup>.

O Professor MIGUEL REALE considera ser "revolucionária" a novidade trazida pelos §§ 4º e 5º do Código de 2002, pois acredita que assim o magistrado deterá, em caráter inédito, competência para desapropriar.<sup>11</sup> Nessa mesma linha, MARIA HELENA DINIZ afirma ser essa uma "hipótese em que se dá ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos"<sup>12</sup>.

Com a devida vênia, o entendimento dos doutrinadores supracitados parece ter sido fora de propósito. Uma mais detida reflexão conduzirá ao reconhecimento de que a desapropriação, por ser um instituto de Direito Administrativo, não pode ser transfigu-

rada ao ponto de possibilitar a legitimação ativa de particulares na relação jurídica material subjacente.

Pontífica MEIRELES, Hely Lopes que a desapropriação, como uma ato de intervenção do Estado na propriedade, "*é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império*"<sup>3</sup>, poder esse cuja iniciativa é naturalmente exclusiva do Estado. Ademais, é o procedimento expropriatório composto por uma fase declaratória e uma outra executória, que por seu turno pode ser administrativa, em caso de acordo, ou por vezes necessariamente judicial.

Logo, absolutamente impertinente se coloca o comentário de que a usucapião ora estudada, por depender de uma declaração judicial, seria uma "*desapropriação judicial*", ou de que o magistrado deteria o poder de desapropriar. Notadamente porque a jurisdição que lhe é afeta apenas compreende o poder de dizer o direito pertinente ao caso concreto. O que ainda, por força do princípio da inércia jurisdicional, somente permite que as *partes* dêem início ao processo.

Em rigor, guarda o instituto perfeita correspondência com a usucapião, entendida como o "*modo de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei*"<sup>4</sup>. A propósito, impende notar que a usucapião tem "*existência filiada aos efeitos que o tempo exerce na relação jurídica, acarretando a sua extinção (prescrição extintiva) ou a sua transformação numa relação de outra natureza (prescrição aquisitiva ou usucapião)*". A usucapião, segundo Ebert Chamoun, não é senão a transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo"<sup>5</sup>.

Cabe destacar que a usucapião empresta base jurídica a situações de fato, funcionando como um prêmio a quem atribui prestabilidade socioeconômica ao bem, assim como, de outro passo, consubstancia uma sanção ao proprietário inerte.

Outrossim, há uma questão fundamental no que toca à natureza do instituto ora pesquisado, qual seja, a previsão de indenização do proprietário, que é elementar na desapropriação e tradicional-

mente ausente na usucapião. Tal questão concorreu para o estabelecimento da indigitada confusão de conceitos sobre o tema.

A razão dessa usucapião coletiva, em realidade, é a mesma que move tanto a desapropriação de imóveis rurais por interesse social para reforma agrária, prenunciada no art. 184 da Constituição Federal de 1988 e disciplinada pela Lei Complementar nº 76/1993, como a desapropriação para a implementação das metas traçadas nos incisos I e III do art. 2º da Lei nº 4.132/1962, que considera de interesse social: "*I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;*" e "*III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola*".

De certa forma, assim, essa nova modalidade de usucapião coletiva acaba por ser um "*atalho*", um caminho mais curto em que o Estado-Administração se ausenta, para dar lugar a que a própria população persiga o mesmo resultado de específicas desapropriações, de tão elevado interesse social e econômico, assim em regiões rurais como em cidades.

Daf se extrai que a precitada norma traz uma nova modalidade de usucapião, aqui intitulada de usucapião coletiva *pro labore*, diversa das já previstas na Constituição da República, no próprio Código e na legislação extravagante. Portanto, não se cuida da usucapião ordinária (CC/2002, art. 1.238) ou da extraordinária (CC/2002, art. 1.242), tampouco da usucapião constitucional rural (CF/1988, art. 191, e CC/2002, art. 1.239, que derogaram a Lei nº 6.969/1981) ou da constitucional urbana (CF/1988, art. 183; CC/2002, art. 1.240; e Lei nº 10.257/2001, art. 9º), também intituladas de usucapião especial, *pro labore* ou *pro misero*, muito menos da usucapião indígena de que cogira do art. 33 da Lei nº 6.001/1973.

### 3 USUCAPIÃO COLETIVA URBANA

Importa atentar, por fundamental, para a aproximação dessa nova usucapião com a também recente *usucapião coletiva urbana*, comumente chamada de "*usucapião favelada*", disciplinada em pormenores no art. 10 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu o Estatuto da Cidade. Convém transcrever o inteiro teor da norma em referência:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º. Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º. O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º. As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

É bastante provável que o novo Código e o Estatuto da Cidade não tenham sido corejados durante os respectivos estudos e as tramitações parlamentares. Logo, apenas depois pôde ser notada a similitude de suas indicações no que toca à usucapião coletiva. Nada obstante, algumas particularidades destacam e justificam a diversidade desses comandos normativos.

A usucapião de que cuida o Estatuto da Cidade apenas tem por objeto as áreas urbanas. Já a usucapião coletiva do Código tem ganhas de abranger terrenos tanto urbanos quanto rurais. A primeira pressupõe que a área seja maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, enquanto a segunda usa o conceito vago de "*extensa área*". Quis o legislador delegar à doutrina e à jurisprudência, sobretudo, a tarefa de definir o significado de uma extensa área, o que logicamente deve resultar na definição de parâmetros diversos para os centros populosos e os sítios interioranos.

Ademais, o art. 10 da Lei nº 10.257/2001 estabelece um número maior de requisitos: os posseiros devem formar uma *população*, na acepção de grupo de indivíduos que vivem no mesmo local; a comunidade deve ser de *baixa renda*; o lugar deve servir à *moradia* dos posseiros; o conhecimento dos lindes ocupados por cada indivíduo ou por sua família deve ser impossível ou bastante dificultoso; e, finalmente, os ocupantes não podem ser proprietários de qualquer outro imóvel urbano ou rural.

Em contrapartida, o § 4º do art. 1.238 do Código dispõe que os pretendentes haverão de ser um "*considerável número de pessoas*", expressão essa tão imprecisa quanto à acima referida "*extensa área*". A norma ainda assume um maior grau de vaguidão na medida em que se busca raciocinar o que seja um considerável número de pessoas numa extensa área. Como apontar, pois, onde termina a

discricionabilidade e começa a arbitrariedade do magistrado que decidir um impasse em um caso concreto sobre o tema?

Para o legislador de 2002 não interessa a classe social ou a capacidade econômica das pessoas, se paupérrimas ou afortunadas, se carentes de um teto ou proprietárias de outros domínios. Basta que as numerosas pessoas tenham, em conjunto ou separadamente, levantado obras e prestado serviços *"de interesse social e econômico relevante"*, cujo delineamento consistirá em mais um teste de bom senso para o julgador. Impende ainda salientar – nada obstante pareça evidente – que o direito de usucapir apenas deverá ser reconhecido acaso satisfeitos forem dois pressupostos adicionais: se o aludido interesse for atual, ou seja, se estiverem em plena operacionalidade as obras e os serviços realizados, e se o respectivo complexo socioeconômico não puder ser deslocado sem grave sacrifício desse mesmo interesse.

De resto, foi lacônico o Código Civil sobre outras peculiaridades dessa usucapião coletiva *pro labore*, a qual reclama maiores esclarecimentos que as modalidades tradicionais do instituto. A respeito, interessa considerar a sua íntima ligação com a usucapião coletiva urbana, também inspirada em emblemas do mais alto grau de socialidade. A propósito, SÍLVIO DE SALVO VENOSA nota que essa forma de aquisição solidária da propriedade *"apresenta-se sob a mesma filosofia e em paralelo ao art. 1.288, § 4º, do Novo Código Civil (...). Em ambas as situações encontramos a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva"*<sup>16</sup>.

A propósito, assevera RÃO, Vicente que *"para que a analogia seja perfeita e certa a sua solução, é preciso que a semelhança entre o caso previsto e o não previsto pela lei consista no fato de possuírem, ambos, como termo comum de referência, a razão suficiente da própria disposição: ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio. A ratio legis deste brocardo mais não indica senão a razão suficiente da lei"*<sup>17</sup>.

Por conseguinte, é mister invocar a aplicação à usucapião coletiva do novo Código, por analogia, da disciplina relativa à impossi-

bilidade – ou mesmo à grande dificuldade – de definição dos limites das numerosas posses e à conseqüente formação de um *condomínio indiviso especial*, a configurar a unidade do referido complexo socioeconômico, conforme prevêem o *caput* e os §§ 3º a 5º do art. 10 do Estatuto da Cidade.

Impende reconhecer, nada obstante, que esse condomínio necessário será decerto alvo de incompreensões e de complicações práticas, haja vista a própria desordem inerente ao crescimento e à conformação dos aglomerados populares.

Justamente por isso se prescinde da identificação da extensão das posses individuais, porquanto, por expressa ordem legal, cada ocupante será dotado de igual fração ideal. Assim, vale clarificar, apenas através de um acordo formal poderão os condôminos estabelecer cotas discrepantes, consoante a amplitude das posses ou dos esforços dedicados em prol do interesse econômico e social judicialmente reconhecido.

Conseqüência do estabelecimento dessa propriedade será a repartição entre os condôminos, conforme consintam em assembléia, dos ônus fiscais incidentes sobre o imóvel. O que torna, convém reparar, quase que impraticável a execução forçada dos respectivos créditos pela Fazenda Pública competente.

Independentemente de tais considerações, aplicam-se à usucapião coletiva as causas que obstam, suspendem e interrompem a prescrição, *ex vi* do preceito geral inscrito no art. 1.243 do Código de 2002.

O diferencial da usucapião coletiva codificada reside no elemento *trabalho* como meio para a proporção de benefícios econômicos e sociais, bem como no *direito de indenização* do expropriado. Direito esse impulsionado pela contraposta necessidade de preservação do direito de propriedade, dado os largos horizontes de aplicabilidade do novo instituto.

Sob outra perspectiva, causa estranheza que a prescrição aquisitiva, concebida como resultado da inércia do titular do direito de propriedade conjugada com o decurso do tempo, nesse específico caso faça nascer o direito à recomposição em pecúnia da perda sofrida. Assim, deve a previsão desse direito, por força do caráter como que *punitivo* da privação do domínio por usucapião, ser interpretada restritamente, de modo que a indenização não haverá de ser necessariamente prévia. A justiça do *quantum* correspondente, outrossim, exigirá o abatimento do valor agregado ao imóvel em razão do trabalho dos ocupantes.

#### 4 CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO COLETIVA

Superado o impasse concernente à conceituação do instituto, cumpre examinar se dita usucapião coletiva *pro labore* – em suas origens severamente objurgada pelo mestre CAIO MÁRIO – tem alicerce jurídico, sobretudo principiológico, em nosso sistema constitucional.

A *quaestio* ora em liça foi estudada na Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ocorrida nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Excelentíssimo Senhor Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, do Superior Tribunal de Justiça. O que resultou na edição do Enunciado de nº 82: “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

Também é essa a posição de NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa de Andrade, para quem “a norma é constitucional porque resolve a aparente antinomia entre o direito de o proprietário reivindicar a coisa de quem injustamente a possuiu e a função social da propriedade, com a manutenção do bem com aquele que lhe deu função social com a posse-trabalho”<sup>18</sup>.

Quanto à usucapião coletiva urbana, após a tachar de “*revolucionária*”, FERRAZ, Sérgio paradoxalmente enfatiza a constitucionalidade do instituto:

Se há propriedade condominial, coletiva pois, não há razão para se inadmitir a aquisição coletiva de propriedade, inclusive pela via do usucapião, inexistindo vedação a isso no inciso XXII do art. 5º da Constituição.

*Doutra parte, a superação da deterioração urbana e das patologias favelares, com lastro na principiologia constitucional (particularmente, mas não só: função social da propriedade, art. 170, II e III; defesa do meio ambiente, idem, inciso VI; redução das desigualdades sociais, idem, inciso VII; garantia do bem-estar dos habitantes da cidade, art. 182, caput; harmonia social, “Preâmbulo”; dignidade da pessoa humana, art. 1º, III; justiça e solidariedade sociais, art. 3º, I; erradicação da pobreza e da marginalização, art. 3º, III), confere inequívoco lastro jurídico à inovação do usucapião coletivo, na busca de soluções para a questão da submoradia.*

*“Dessa sorte, e em definitivo, parece-nos insensato e infundado divisar ‘suspeita de inconstitucionalidade’ no usucapião coletivo.”<sup>19</sup>*

Opostamente, MALUF, Carlos Alberto Dabus repele ambos os comandos normativos, os quais acoima de ofensores ao direito de propriedade insculpido na Magna Carta. Vale conferir as suas razões:

*As regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, im-*

*pondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiam sobre a gleba. As regras esculpidas nesses parágrafos são agravadas pela letra do art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, conhecida como o Estatuto da Cidade, uma vez que nela é permitido que essa usucapião especial de imóvel urbano seja exercida em área maior de duzentos e cinquenta metros, considerando área maior do que essa 'extensa área'. Prevê também que a população que a ocupa forme, mediante o requerimento da usucapião, um condomínio tradicional; e mais, não dá ao proprietário o direito à indenização. Tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular, sem ter ele direito a qualquer indenização.*"<sup>20</sup>

Por fim, apresenta o autor uma solução para o suposto estorvo: "Essas regras, a do novo Código Civil e a do art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 10.527/2001, devem ser modificadas por um projeto de lei específico, evitando-se, assim, que o Judiciário seja obrigado, por intermédio de inúmeras ações que haverão de surgir, a declará-las inconstitucionais"<sup>21</sup>.

Todavia, uma mais atenta ponderação sobre a polêmica conduz, primeiramente, à ilação de que o termo *revolucionário* é inidôneo para qualificar a usucapião coletiva do novo Código, sobretudo porque não poderia coerentemente o ser sem farpear a ordem constitucional estabelecida. Preferíveis são, pois, as palavras RODRIGUES, Silvo que com certa cautela afirmou ser a figura "*realmente audaz e inovadora*"<sup>22</sup>.

Noutro passo, diante da incomum elasticidade dos elementos normativos veiculados nos §§ 4º e 5º do notável art. 1.228, é plausível o prognóstico de que o Supremo Tribunal Federal venha a optar por uma *interpretação conforme a Constituição*, em sede de controle abstrato ou difuso de tais comandos.

A mencionada técnica interpretativa, consoante a sedimentada jurisprudência do Pretório Excelso, "*só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco*".<sup>23</sup> Desta mercê, deverão imperar os esforços em extrair a acepção normativa harmônica com a *Lex Mater*, ainda que necessária seja a redução do alcance da expressão literal dos dispositivos em debate.

Em rigor, as teses sobre a inconstitucionalidade das normas sobre a usucapião coletiva urbana e a usucapião coletiva *pro labore* têm uma essência acentuadamente egoística. Sob uma óptica mais transigente, em realidade, é possível inferir a fidelidade de seus comandos aos princípios magnos, o que restou patenteado pela autorizada doutrina acima referida.

Convém advertir, nada obstante, que como muitos outros direitos subjetivos, a usucapião coletiva está sujeita a ser um veículo de abusos, o que deve ser oportuna e energicamente reprimido pelos poderes constituídos competentes. Sobre o perigo de institucionalização de atos de vandalismo premeditado, alerta VENOSA, Sílvio de Salvo "*Em que pese a boa intenção do legislador, teremos que lidar com fraudes a esses dispositivos e com os costumeiros atravessadores que se valem da massa coletiva para obter vantagens econômicas, além de dividendos políticos*"<sup>24</sup>.

Sobredita ameaça, no que tange à usucapião coletiva *pro labore*, emerge de modo mais denso nos domínios campestres. Se os programas nacionais de reforma agrária traspassam já incontáveis intempéries (conflitos fundiários, invasões de terras produtivas, carência de infra-estrutura, cultivo ilegal de plantas psicotrópicas nas áreas expropriadas, etc.), o manejo livre do novo instituto arrisca tumultuar esse quadro.

Com efeito, a possível difusão de pretensões coletivas de usucapir dessa maneira abrirá alas, a seu tempo, a conflitos internos

por posses, já que não serão as terras loteadas, mas compartilhadas em regime condominial. Esse problema indubitavelmente reclama, além da escrupulosa aplicação dos comandos normativos ordinários, a busca de uma política agrária responsável, que concentre redobrada atenção nos planos de desapropriação de imóveis rurais que não sejam socialmente funcionais. Afinal, não se pode olvidar, a má distribuição de renda é um problema mais social que jurídico propriamente dito.

De tão imprecisos que são os termos do § 4º do art. 1.228 do Código de 2002, os vindouros problemas sobre o tema em regra quedar-se-ão adstritos à apreciação dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Isso por força do óbice enunciado na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, que de todo impedem a reapreciação de matéria de fato nas instâncias excepcionais dos recursos extraordinário e especial.

Nada obstante, é crédula a espera de que a desejada interpretação conforme à Constituição do mencionado dispositivo não desvaneça no jogo de palavras. Que sirva, dessarte, de bom estalão para a magistratura nacional.

### 5 ARGÜIÇÃO EM JUÍZO

Uma derradeira preocupação repousa sobre as fórmulas processuais aplicáveis à usucapião coletiva *pro labore*. A lei não é clara quanto à imprescindibilidade de propositura da ação de usucapião, de acordo com o rito estabelecido nos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil.

Decerto movidos pela assentada possibilidade de argüição da usucapião em defesa, quiseram os mentores do projeto que o juiz fixasse a indenização devida e determinasse a transcrição do domínio no bojo da ação reivindicatória. Assim propugnou um de seus relatores: *"Para atender a esse conflito de interesses sociais, o Projeto prevê que o*

*juiz não ordene a restituição do imóvel ao reivindicante, que teve êxito na demanda, mas que lhe seja pago o justo preço*<sup>25</sup>.

Nessa esteira, VENOSA, Sílvio de Salvo procura demarcar pontos de desencontro entre a usucapião coletiva urbana e a usucapião coletiva *pro labore* no que toca aos modos de argüição em juízo:

*No primeiro caso de usucapião coletivo, os habitantes da área adiantam-se e pedem a declaração de propriedade. No segundo caso, eles são demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, nesta pedindo o domínio da área. Na situação enfocada do Código Civil, porém, a aquisição aproxima-se da desapropriação, pois de acordo com o art. 1.228, § 5º, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. Nessa situação, o Código Civil menciona que a ocupação deve ser de boa-fé, por mais de cinco anos. Haverá, sem dúvida, um procedimento custoso na execução, pois cada possuidor deverá pagar o preço referente a sua fração ideal do terreno, ou outro critério de divisão que se estabelecer na sentença.*<sup>26</sup>

Em continuidade, o mencionado autor cuida de suprimir, por completo, a possibilidade de a pretensão subjacente ao referido instituto ser processada conforme o rito próprio da usucapião: *"Destarte, se o proprietário não desejar ter contra si uma ação de usucapião, deverá reivindicar a área para lograr obter indenização"*<sup>27</sup>.

Essa proposição, todavia, não está bem-acabada. A esdrúxula idéia de transfigurar-se a ação reivindicatória em uma dita *"desapropriação judicial"*, para assim condicionar o direito a uma justa indenização à iniciativa do titular do domínio, não condiz com o mínimo senso de razoabilidade. Jamais poderia o magistrado fazê-lo de



ofício, por força do já aludido princípio da inércia jurisdicional. A atecnia do legislador em situar o instituto em seu devido lugar, tal como uma nova modalidade de usucapião, não é apta a produzir reflexos também desastrosos no processo.

Logo, deve a usucapião coletiva *pro labore*, assim como determina o Estatuto da Cidade no que tange à usucapião coletiva urbana, ser normalmente declarada na sentença da correlata ação de que tratam os arts. 941 a 945 da Lei Adjetiva. Excepcionalmente, e porque assim o vêm admitindo a doutrina e a jurisprudência, a pretensão de usucapir poderá ser deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental propostas no âmago da ação reivindicatória<sup>28</sup>, apesar da intuitiva incompatibilidade de procedimentos. Frise-se, por essencial, que nessa última sede deverá o pedido contraposto ser expresso, sob pena de ofensa ao elementar princípio da ação.

De uma ou de outra forma, a indenização é devida ao proprietário, pois foi o que dispôs o legislador, sem fazer alusão a distinção alguma: *"ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"*. De outra parte, é axiomático que aqui, opostamente ao que décadas atrás prelecionava o civilista CAIO MÁRIO, caberá aos prescribentes o dever de indenizar. Absolutamente nenhuma ingerência ou participação tem a Administração Pública nessa relação jurídica.

Assim, há de ser cauteloso o magistrado na condução da execução forçada do cumprimento da obrigação de indenizar, dado que a resistência ilegítima de *"um considerável número de pessoas"* – naturalmente sem a liquidez e a capacidade econômica do Estado – não deverá dar azo a que seja elidida a imposição legal de que seja a indenização essencialmente justa.

Em juízo, deverão os posseiros ser representados por uma associação regularmente constituída, tal como racionalmente o exige o inciso III do art. 12 da Lei nº 10.257/2001, ou ainda pelo Ministério Público, na defesa de um direito coletivo, quicá inclusive difuso, conforme a relevância do interesse econômico e social em debate. O

*Parquet*, aliás, deve necessariamente intervir em todos os termos do feito na condição de *custos legis*, por aplicação analógica do § 1º do referido artigo ou mesmo diante da presença do interesse público a que se refere o inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil.

## 6 CONCLUSÕES

A partir das ponderações expendidas, são estas, em suma, as conclusões elementares do presente estudo:

- a) a novidade contida nos §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002 consubstancia uma excepcional modalidade de usucapião, intitulada de usucapião coletiva *pro labore*;
- b) essa usucapião é movida pela mesma *ratio legis* de determinadas desapropriações previstas na legislação específica, em benefício de relevantes interesses econômicos e sociais, embora o Estado, nesse último caso, não participe da relação jurídica material subjacente;
- c) diante da imprecisão das expressões e das lacunas existentes na disciplina do novel instituto codificado, invoca-se a aplicação analógica das regras dispostas no Estatuto da Cidade para a usucapião coletiva urbana, no que evidentemente não houver incompatibilidade;
- d) a usucapião coletiva *pro labore* é constitucional, assim entendida se devidamente reduzido for o alcance demasiado genérico de seus elementos normativos, de modo que se lhe dê uma interpretação conforme a Magna Carta, em respeito ao direito de propriedade insculpido no seu art. 5º, inciso XXII;
- e) a usucapião coletiva *pro labore* pode ser regularmente argüida em juízo por meio do exercício da ação de rito especial de que tratam os arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil ou, ainda, em sede de reconvenção ou de ação declaratória incidental propostas em ação reivindicatória; e

f) o titular do domínio sempre terá direito à indenização legalmente prevista, que haverá de ser justa, embora não necessariamente prévia.

Por fim, é forçoso reconhecer, a exemplo do que fez o Deputado FIUZA, Ricardo, último relator do novo Diploma: "É claro que há imperfeições, falhas, omissões. Mas essas imperfeições são justamente o apanágio de toda a obra humana e daquele princípio que é um dos mais verdadeiros da sabedoria popular: 'É melhor ter o bom do que esperar o ótimo', porque raramente se tem o ótimo"<sup>19</sup>.

## 7 REFERÊNCIA

- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 18. ed. v.4, São Paulo: Saraiva.
- FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GUIMARÃES, Jackson Rocha. O novo Código Civil e o Direito das Coisas. *Revista dos Tribunais* n.798 – abril de 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- RODRIGES, Silvío. *Direito Civil*, 27. ed. v.5, São Paulo: Saraiva, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

## NOTAS

- 1 *Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 22-23.
- 2 *Apud in* NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 419.

3 *Novo Código Civil Comentado*. Coordenado por FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.097.

4 Ao oposto do que fez o legislador de 1917, na nova codificação a palavra *usucapião* foi apropriadamente colocada no gênero feminino. Sobre a etimologia, a grafia e o gênero da palavra, bem como sobre o dissenso existente em torno do tema, conferir RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 163-179.

5 No Código Civil de 2002, tratam da usucapião os arts. 1.238 a 1.244, no capítulo afeto à aquisição da propriedade imóvel. Já a desapropriação recebeu referência expressa no inciso V do art. 1.275 do Código Civil. Código mencionado, o instituto sob enfoque foi ineditamente disposto no art. 1.228 do novel diploma.

6 O novo Código Civil e o Direito das Coisas. *Revista dos Tribunais* nº 798 – abril de 2002, p. 56.

7 *Idem, ibidem*.

8 *Idem*, p. 57.

9 Citação de MALUF, Carlos Alberto Dabus *In Novo Código Civil Comentado*. Coordenado por FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.097.

10 Obra citada, p. 419.

11 Prefácio do *Novo Código Civil Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, p. XV.

12 *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 178.

13 *Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 569.

14 RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*, 27. ed., v. 5 São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

15 RIBEIRO, Benedito Silvério. Obra citada, p. 182.

16 *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 205.

17 *O direito e a vida dos direitos*, 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 505.

18 Obra citada, p. 419.

19 *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001*. Coordenado por DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 144.

20 Obra citada, p. 1.098.

21 *Idem, ibidem*.

22 *Direito Civil*, 27.v.5, ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107.

23 Pleno. Medida liminar na ADI nº 1.344-1/ES. Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro MOREIRA ALVES. DJU de 19.04.1996, p. 12.212.

24 Obra citada, p. 206.

25 *Novo Código Civil Comentado*. Coordenado por FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.097.

26 Obra citada, p. 205-206.

27 *Idem*, p. 206.

28 Ver, por todos, NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, obra citada, p. 799, e aresto da Quarta Turma do STJ, Resp nº 45.374/MG, Relator o Excelentíssimo Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, DJU de 23.09.1996, p. 35.111. Nada obstante, THEOTÔNIO NEGRÃO noticia a existência de julgados no sentido de que a "usucapião, na reivindicatória, é matéria de contestação, não de

reconvenção" (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 372), o que se baseia na absurda premissa de possuir a referida ação real o caráter dúplice.

29 Obra citada, p. XXXI.

## **MEIA CULTURAL ESTUDANTIL: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA**

**Roberta Laena Costa Jucá**

Mestranda em Direito Constitucional  
pela Universidade de Fortaleza

Bolsista CAPES/PROSUP Advogada

**Paulo Roberto Clementino Queiroz**

Assessor jurídico da Associação Cultural  
de Artes e Comunicação (ASCAC)

Advogado

### **1 Introdução**

### **2 Direitos Fundamentais**

#### **2.1 Conceito**

#### **2.2 Dimensões**

#### **2.3 Aplicabilidade**

### **3 Direito À Cultura**

#### **3.1 Conceito**

#### **3.2 Natureza E Importância**

#### **3.3 Previsão Legal**

### **4 Meia Cultural**

#### **4.1 Conceito**

#### **4.2 Previsão Legal**

##### **4.2.1 Legislação Municipal**

##### **4.2.2 Legislação Estadual**

##### **4.2.3 Da Regulamentação**

#### **4.3 Competência para fiscalização**

##### **4.3.1 Ministério Público – Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Decon)**

##### **4.3.2 Secretaria Estadual**

##### **4.3.3 Sociedade**

#### **4.4 Problemas práticos**

##### **4.4.1 Cultura da ilegalidade e o Estado Democrático de Direito**

## 4.4.2 Fiscalização

## 4.4.3 O Preço dos Ingressos

## 4.5 Movimento em Defesa da Meia Cultural no Ceará

## 5 Conclusão

## 6 Referências Bibliográficas

"Não vivemos apenas da cultura.  
Também vivemos para a cultura". *Terry Eagleton*

## I INTRODUÇÃO

Ao chamar a Constituição Federal de 1988 de Constituição Cidadã, o presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, sintetizou a essência do novo Ordenamento Jurídico brasileiro: cidadão! Esta nova ordem, instituindo o Estado Democrático, teve e tem como um dos pressupostos o acesso à cultura, sendo este, portanto, elevado à categoria de direito fundamental.

Nesse contexto, o presente trabalho aborda, além de conceitos elementares como o de direitos fundamentais e o de direito à cultura, a chamada "meia cultural estudantil". Para tanto, destaca alguns dos aspectos referentes à sua aplicação no Estado do Ceará e no Município de Fortaleza, como formas de concretização daquele direito fundamental de acesso à cultura.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito

Inúmeras são as definições de direitos fundamentais. Carl Schmitt, por exemplo, conceitua-os ora como os direitos assim denominados pela Constituição ou como aqueles dotados de um grau mais elevado de segurança (critério formal), ora como os valores ideológicos de uma determinada Constituição, em uma dada época (critério material), como leciona Paulo Bonavides (2001, p.515).

Perez Luño, citado por Ingo Sarlet, por sua vez, entende que direitos fundamentais são um conjunto de direitos e liberdades reconhecidos e garantidos institucionalmente, em um dado espaço e em um período delimitado (2004, p.37).

Não obstante a variedade de definições, opta-se pelo conceito de direitos fundamentais que os trata como princípios constitucionais legitimadores do Estado, que refletem a dignidade humana de uma sociedade, em um determinado período. Essa idéia de dignidade humana como valor social delimitado espaço-temporalmente é enfatizada por Ana Maria D'Ávila Lopes, em seu *Democracia Hoje*:

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como um conjunto de necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real (2001, p.39).

Numa análise sucinta: a) os direitos fundamentais são princípios, ou seja, hierarquicamente superiores às regras constitucionais, dado o seu papel estruturante dentro no Ordenamento Jurídico, como preleciona J.J. Gomes Canotilho (1999:1086); b) os direitos fundamentais estão previstos na Constituição, sendo esta a lei maior de um sistema de normas, por validar todas as demais; c) os direitos fundamentais são legitimadores do Estado, na medida em que o poder estatal depende tanto da forma como esses direitos estão previstos como da sua eficácia social; d) os direitos fundamentais refletem a dignidade humana de uma sociedade em um determinado

período, isto é, os valores da sociedade em uma dada época que traduzem os seus interesses universalizáveis.

Dessarte, pode-se dizer que a nota caracterizadora de um direito fundamental, em termos de conteúdo, é o reflexo da dignidade humana. Portanto, defender e lutar pela garantia de um direito fundamental é lutar, antes de tudo, pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

## 2.2 Dimensões

Os direitos fundamentais são divididos por alguns doutrinadores em gerações<sup>1</sup>, dentre as quais destaca-se a classificação feita por Paulo Bonavides (2001, p.516-526).

Segundo o citado autor, os direitos fundamentais de primeira geração surgiram com o advento do Estado Liberal e do movimento constitucionalista, no fim do século XVIII, constituindo os direitos civis e políticos, a exemplo do direito à vida e à liberdade.

As novas exigências sociais, reflexo da contradição entre capital e trabalho existente no Estado Liberal, deram ensejo ao chamado Estado Social. Nesse contexto antiliberal, nasceram os direitos de segunda geração, a englobar os direitos sociais, culturais e econômicos, como o direito à saúde, a educação e à cultura.

Posteriormente, surgiram os direitos de terceira geração, frutos dos impactos tecnológicos e econômicos do período pós-segunda guerra mundial. Em nome da solidariedade ou fraternidade, foram consagrados os direitos à paz, à comunicação, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e ao meio-ambiente.

Para o mencionado autor, há ainda uma quarta geração de direitos, que abarca os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Referida classificação é relevante na medida em que contextualiza o aparecimento dos direitos fundamentais. Ou seja, demonstra que, a cada novo tipo de Estado criado, novas necessida-

des humanas foram surgindo, em decorrência de que novos direitos fundamentais foram consagrados.

## 2.3 Aplicabilidade imediata

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, afirma a aplicabilidade imediata de todos os direitos e garantias fundamentais. Isso significa que qualquer norma que veicule um direito fundamental possui eficácia jurídica plena, mesmo que algumas delas não tenham eficácia social imediata.

O maior questionamento acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais concerne aos direitos de segunda geração, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Para o já citado Ingo Sarlet, se a Constituição atribui aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, sem excepcionar nenhum deles, não se pode excluir os direitos de 2ª geração. Isso porque todas as normas constitucionais desencadeiam efeitos jurídicos ao nível da Constituição (eficácia jurídica), e possuem "certo grau de eficácia e aplicabilidade" (2004, p.260), sendo dotadas de um máximo de eficácia, apesar de algumas normas terem um grau de aplicabilidade reduzido.

Dessa forma, pode-se concluir que todos os direitos fundamentais, inclusive os de segunda geração, têm, de alguma forma, aplicabilidade imediata e eficácia plena.

## 3 DIREITO À CULTURA

### 3.1 Conceito

Cultura é um termo plurívoco. Disso decorre a dificuldade de se ter uma definição única do que seja cultura ou direito à cultura. Não obstante essa diversidade de significados, há um ponto em comum entre os diversos conceitos: todos eles estão relacionados às relações humanas, ou melhor, ao aprimoramento do ser humano.

Dentre essas muitas concepções, cultura pode significar o modo de vida de um povo, ou o conjunto de costumes, tradições, religiões e artes de uma sociedade. Para Terry Eagleton, a palavra cultura descreve uma transição histórica do homem primitivo e rural para o homem moderno e urbano, podendo traduzir também as idéias de cultivo, habitação, proteção e culto, e proporcionar a dialética entre o natural e o cultural (artificial) (2003,p.12-17). O mesmo autor disponibiliza ainda uma outra acepção de cultura: "é uma espécie de pedagogia ética que nos torna aptos para a cidadania política através da libertação do eu ideal ou colectivo sepultado em cada um de nós" (2003:18), ressaltando, em seguida, que atualmente a ampliação do conceito de cultura é prejudicial à delimitação necessária a toda definição.

No âmbito jurídico, Humberto Cunha conceitua cultura como "produção humana juridicamente protegida, relaciona às artes, à memória coletiva e ao repasse dos saberes, e vinculadas ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos". (2004,p.40).

Como se percebe, qualquer conceito de cultura está relacionado à condição humana, à dignidade do homem, elemento essencial de todo direito fundamental. Ou, nas palavras de Peter Häberle, citado por Humberto Cunha, os direitos fundamentais são expressão da cultura humana e [ao mesmo tempo] tornam-na possível (2004,p.24).

### 3.2 Natureza e importância

Como se viu, o direito à cultura tem natureza de direito fundamental. Pertencente à segunda geração de direitos, é um princípio que reflete a dignidade humana de uma sociedade no que tange aos seus valores culturais, bem como ao seu patrimônio cultural e à preservação desse patrimônio.

Ora, sendo de segunda geração, o direito à cultura traduz também o valor da igualdade material, tão buscado por todos os que lutaram pela superação liberal e pela conquista do Estado Social.

Como se disse em artigo publicado no Jornal O Povo, intitulado *Respeito à dignidade humana*, em sendo um direito fundamental, o direito à cultura reflete "a concepção de dignidade humana de uma sociedade em uma determinada época" (2004,p.7), tendo aplicabilidade imediata. Por isso, qualquer política cultural ou mecanismo de incentivo à cultura merece a prioridade e o respeito inerente a um direito dessa natureza. Assim, não há como desvincular cultura da dignidade humana.

### 3.3 Previsão Legal

No plano internacional, o direito à cultura está previsto na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948 e nos *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966.

Notadamente quanto ao direito de participação na vida cultural, o artigo XXVII da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* estatui que toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de aproveitar-se dos progressos científicos e dos benefícios que deles resultam.

Na Constituição Federal de 1988, o direito à cultura vem preconizado nos arts. 215 e 216 (seção II, capítulo III, título VIII).

## 4 MEIA CULTURAL

### 4.1 Conceito

Partindo então do pressuposto de que a cultura é um direito fundamental, justifica-se a obrigatoriedade de ser a mesma garantida pelo Poder Público. Do mesmo modo, o direito à educação está previsto na Constituição Federal como direito fundamental, estando intrinsecamente relacionado com o direito à cultura, tendo em vista que ora a cultura complementa a educação, ora com ela se confunde.

Não obstante, a educação pública e de qualidade a ser fornecida pelo Estado encontra-se ainda na dimensão do dever-ser. A precariedade da educação pública, que é fornecida a mais de 80% (oitenta por cento) dos estudantes matriculados no estado do Ceará, conforme dados da Secretaria de Educação, acaba por justificar o nascimento de políticas compensatórias com o fito de suplementá-la.

Dentro desse contexto, e preocupando-se com o fomento da cultura em suas mais amplas dimensões, o legislador cearense passou a positivar, desde o final da década de oitenta, o abatimento de 50% (cinquenta por cento) no valor do preço efetivamente praticado em espetáculos musicais, teatrais, cinematográficos e circenses aos estudantes regularmente matriculados, reconhecidos como tal por suas entidades representativas, através da identidade estudantil (carteira de estudante). Eis a chamada meia cultural, ou ainda, meia entrada estudantil.

Trata-se, portanto, de um subsídio ao estudante no preço a ser pago nas mais variadas manifestações culturais. Cumpre, para uma maior limitação do assunto ora abordado, diferenciar este conceito de seus similares.

Em primeiro lugar, trata-se aqui da meia cultural estudantil, que não deve ser confundida com o desconto oferecido pela Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), em eventos culturais a todos os cidadãos a partir dos sessenta anos de idade. As condições históricas completamente diferentes, sua motivação, bem como as circunstâncias de aplicação de tais direitos, apesar de semelhantes, impede a abordagem conjunta neste trabalho.

Além disso, não há qualquer relação, sequer legislativa, da meia cultural com o abatimento de 50% (cinquenta por cento) conferido aos estudantes pela Lei n.º 184, de 13 de maio de 1950, no valor da passagem nos ônibus urbanos no município de Fortaleza, conhecida como meia passagem.

Por fim, utilizando a linguagem do legislador, apesar do amplo conceito do termo cultura, restringe-se aqui aos espetáculos tea-

trais, musicais, cinematográficos, circenses e similares. Isto implica dizer que a meia cultural em exame também não deve ser confundida com semelhante subsídio conferido pelo parlamento municipal fortalezense aos estudantes nos estádios e ginásios esportivos pela Lei n.º 7478, de 23 de dezembro de 1993.

## 4.2 Previsão Legal

### 4.2.1 Legislação Municipal

Atendendo a uma reivindicação estudantil logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovada em Fortaleza a primeira lei concedendo desconto de 50% no acesso aos eventos culturais aos estudantes: a Lei n.º 6498, de 29 de setembro de 1989.

Com um texto exíguo, disposto em apenas três artigos, referida norma limitava-se a reconhecer o direito mencionado aos estudantes. Desde o início de sua vigência, entretanto, encontrou dificuldades, por parte dos promotores de eventos, para ser aplicada.

Dentre as várias tentativas de burlar a legislação, a mais utilizada na época, e até hoje esporadicamente empregada por alguns empresários, era uma falsa promoção chamada "meia para todos". O preço aplicado nessas ocasiões é livremente oferecido a todos os que comprem ingresso, sejam ou não estudantes, havendo, para tanto, a duplicação do preço real.

Atento a tal prática, o legislador municipal, já no ano seguinte, aprovou a Lei n.º 6701, de 1º de agosto de 1990, acrescentando apenas um parágrafo único a lei anterior, com a previsão expressa de que o abatimento determinado deve incidir também sob as promoções. A despeito da legislação, a prática comercial permanece ocorrendo na maioria dos casos de eventos musicais realizados na cidade, com exceção das salas de cinema, que, em virtude de vários protestos feitos pelos estudantes, adequaram-se à legislação.

No ano de 2002, em virtude de movimentações estudantis pela aplicação da legislação, com propositura, inclusive, de ações ci-



vis públicas, duas novas leis foram aprovadas pela Câmara Municipal de Fortaleza prevendo sanções para os transgressores.

A primeira delas, Lei n.º 8683, de 31 de dezembro de 2002, obriga a afixação de placa informativa do direito à meia entrada nos estabelecimentos exibidores. A segunda, Lei n.º 8691, de 31 de dezembro de 2002, acrescenta o art. 2º-A à Lei n.º 6498, estabelecendo sanções nos casos de descumprimento do direito à meia entrada.

Com tais alterações, a legislação municipal acerca do assunto tornou-se mais completa e supriu as necessidades até então existentes. Entretanto, as duas últimas leis prevêm sua regulamentação no prazo de 60 (sessenta) dias pelo Poder Executivo, o que, mais de dois anos depois, ainda não ocorreu.

#### 4.2.2 Legislação Estadual

Acompanhando as discussões ocorridas em Fortaleza sobre a meia cultural, o Legislativo estadual aprovou, em 17 de maio de 1994, a Lei Estadual n.º 12.302 (DOE 20.05.2004).

Referido texto vai além da simples definição do direito à meia entrada, determinando ainda regras para a identificação dos estudantes através da identidade estudantil e estabelecendo a competência para fiscalização ao Ministério Público estadual e às secretarias de educação e cultura. Ademais, estabelece a previsão de sanções, a serem definidas em seu instrumento de regulamentação, elaborado até 60 (sessenta dias) da publicação no Diário Oficial.

Ocorre que, à semelhança do que ocorreu com a legislação municipal, até o momento o Poder Executivo não exerceu seu poder-dever regulamentador.

#### 4.2.3 Da regulamentação

A inércia dos Executivos, estadual e municipal, em regulamentar a legislação redunda em problema de ordem prática, vez que

da regulamentação depende a definição dos responsáveis pela fiscalização do cumprimento da lei.

Pertinente destacar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanillo di Pietro sobre a questão, ao definir o poder regulamentar da Administração Pública como "o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios de editar normas complementares à lei, para a sua fiel execução" (1999:75).

Percebe-se, portanto, que a regulamentação se destina ao detalhamento da legislação, demonstrando como a mesma será aplicada. A responsabilidade, ressalte-se, é do Chefe do Poder Executivo. Nas palavras as mencionada autora:

O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo (art. 84, IV, da Constituição) e se exterioriza por meio de decreto. Ele somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração, ou seja, quando confere certa margem de discricionariedade para a Administração decidir a melhor forma de dar execução à lei. Se o legislador esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento (1999:76).

Ora, tanto no caso da lei estadual, como no caso das duas últimas leis municipais aprovadas, é prevista a regulamentação. Não se trata, pois, de uma faculdade do Executivo, mas de um verdadeiro dever.

No que tange à Constituição Federal, eventuais omissões em sua regulamentação podem ser remediadas pelo Ordenamento Jurídico, pelo menos em tese, na medida em que se dispõe de instrumentos como o mandado de injunção e a arguição de inconstitucionalidade por omissão. A legislação infraconstitucional, contudo, não dispõe de tais meios, conforme apontado ainda pela professora Maria Sylvia:

Continuam desprotegidas as hipóteses em que a falta de regulamentação torna inviável o cumprimento da legislação, decorrido

este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo (1999,p.77).

No caso em estudo, ocorre que a legislação estadual e municipal, apesar de carentes da regulamentação devida, assegurara o direito à meia entrada. Portanto, inexistem conseqüências negativas quanto à aplicação de sanções, na medida em que, para este desiderato, o Código de Defesa do Consumidor é aplicado subsidiariamente.

Contudo, há enorme prejuízo quanto à efetiva observância das leis, pois a insuficiente fiscalização ora praticada é garantia de impunidade aos transgressores, conforme será abordado adiante.

### 4.3 Competência para fiscalização

#### 4.3.1 Ministério Público - Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Decon)

Em 26 de julho de 2002 foi aprovada a Lei Complementar n.º 30 (publicada no Diário Oficial do Estado em 02.08.02), criando o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - DECON, nos termos previstos na Constituição do Estado do Ceará, e estabelecendo as normas gerais do exercício do poder de polícia e de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.078/90.

A partir de então, o DECOM (que era grafado com a letra final "m" por referir-se à defesa comunitária, e passou a ser grafado com "n", em menção à defesa do consumidor), recebeu a competência para exercer, nos termos do artigo 2º de referida lei a coordenação da política do Sistema Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, através da Secretaria Executiva do Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, com competência, atribuições e atuação administrativa e judicial em toda a área do Estado do Ceará.

O único órgão público atualmente responsável pela fiscalização na venda de ingressos para eventos culturais é o Decon, de acordo com a Lei Estadual n.º 12.302.

#### 4.3.2 Secretarias Estaduais

A lei estadual mencionada prevê também a competência dos órgãos de cultura, esporte e turismo e de defesa do consumidor para realizar a fiscalização do cumprimento da meia entrada cultural.

A grande importância deste ato é a desconcentração da atividade fiscalizadora, facilitando o acesso dos estudantes ao direito em questão, na medida em que se aumentam as possibilidades de aplicação das sanções devidas.

#### 4.3.3 Sociedade

Se, por um lado, o Poder Público, através de seu único órgão fiscalizador, não vem conseguindo sucesso na aplicação da lei, pode-se considerar que a eficácia das normas em questão está diretamente comprometida também pela inércia de seus beneficiários.

Isto porque, com a brevidade da vida estudantil, a desinformação sobre a existência do direito que cabe aos estudantes somente é suplantada quando estes já estão prestes a perder essa condição. As gerações se sucedem sem que haja o fomento de uma cultura de informação sobre a legislação pertinente.

O que se pretende destacar, por hora, é que a participação direta dos interessados é indispensável para a eficácia da legislação. Como ensinou Ihering, "a luta é a própria essência do direito" (1987,p.4). E isso é bastante razoável, na medida em que sempre haverá resistência na aplicação desse direito por parte do empresariado.

Da mesma forma, a estrutura estatal, até mesmo por uma questão de subsistência, somente priorizará sua ação conforme se demonstre o interesse da sociedade. Um direito não argüido é um direito morto! Ainda citando Ihering, a tradução perfeita do sentimento de participação popular que deve mover os interessados pela defesa do que lhes cabe:

Com efeito, se considerarmos o homem tal como ele é realmente, a certeza de bater contra uma resistência firme e resoluta da parte do interessado, dissuadi-lo-á mais facilmente de cometer uma injustiça do que uma disposição de lei que, abstraindo do referido obstáculo, não possui no fundo mais que a força de um simples preceito moral (1987,p.47).

#### 4.4 Problemas práticos

##### 4.4.1 Cultura da ilegalidade e o Estado Democrático de Direito

A garantia do respeito ao direito é a observância da lei, o império da legalidade, o que garante ao poder público inclusive a possibilidade de se utilizar da coação para obrigar que a lei seja respeitada. Não há opção entre respeitar ou não a lei. Sua observância é obrigatória! Entretanto, os promotores de eventos, à margem de qualquer legalidade, escolhem o que, quando e como obedecer, num completo desrespeito ao estado democrático de direito.

O mínimo que se pode ocorrer com o abalo de um princípio basilar do Estado de Direito, como o é o da legalidade, é a insegurança jurídica, a deterioração da própria estrutura do Estado, já incapaz de assegurar o bem comum instrumentalizado pelo respeito às normas. Citando Michael Kohlhaas, Ihering ilustra bem a questão:

Aquele que me recusa a proteção das leis coloca-me entre os selvagens do deserto e põe-me na mão a clava que servirá para me proteger. Arranca à justiça venal o

seu gládio manchado e brande-o de maneira tão perigosa que o temor e o assombro se propagam até longe em todo o país, o Estado carcomido é abalado nos seus fundamentos e o príncipe treme sobre o trono (1987,p.36).

Entretanto, no caso da meia cultural estudantil, os promotores de eventos, à margem de qualquer legalidade, escolhem o que, quando e como obedecer, num completo desrespeito ao Estado Democrático de Direito. E essa prática marginal, adotada pelos empresários deve ser punida por completamente incompatível com o Estado de Direito, como forma de preservar a própria unidade social, bem maior a ser protegido.

##### 4.4.2 Fiscalização

Conforme já comentado, o único órgão responsável pela fiscalização da meia cultural é o Decon, que por atuar em todo o estado do Ceará, bem como pela estrutura insuficiente de funcionamento, vem realizando uma fiscalização no mínimo precária.

Como exemplo já clássico disso, foi flagrada pela reportagem do Jornal O Povo – *Ingressos vendidos a preço único* - a venda de ingressos a preço único, mas com a verdadeira “fraude contra o direito dos estudantes” (2004:7), conforme declaração da Promotora Evânia Pinheiro, na medida em que nos postos de venda havia tabela afixada com valores do preço e a meia entrada correspondente, enquanto os ingressos foram todos vendidos pelo valor da meia.

Nesse caso, a fiscalização limitou-se a verificar se na grafia dos ingressos havia os grafados “inteira” e “meia”. Com isso, o poder público não só atuou de maneira completamente equivocada para verificar a efetividade das normas, como acabou por legitimar a ilegalidade.

#### 4.4.3 Preço dos ingressos

Importante questionamento quando se debate a questão da meia cultural é se a mesma não seria, na verdade prejudicial aos que pagam a inteira. Isto porque, na medida em que se garante a meia, o preço do ingresso pode aumentar com a justificativa de cobrir os custos do evento.

Questão muito plausível, mas decorre de um argumento que não se sustenta na sociedade capitalista em que se vive, porque se o preço dos ingressos fosse elevado ao ponto do inacessível o público seria mínimo. Por outro lado, verificações empíricas demonstram que o cumprimento da legislação da meia entrada não aumenta o preço dos ingressos, nem impede a realização de grandes eventos ou mesmo a alta lucratividade dos mesmos. Há verdadeiro estímulo, na medida em que favorece uma maior afluência de estudantes, ou seja, de um público pagante ao evento. Qualquer argumento de que de que a meia entrada nos eventos desacelera ou dificulta as grandes produções em nosso estado é no mínimo falacioso. Senão vejamos.

Quando se trata de shows cujos ingressos são vendidos por lote e o preço é duplicado devido a alguma eventual fiscalização ou denúncias de estudantes prejudicados, o mesmo se deve ao fato de que, no planejamento do evento simplesmente não se prevê o respeito à meia cultural, reflexo da verdadeira cultura da ilegalidade, essa sim, enraizada na alma de alguns setores econômicos.

Outro exemplo pode se dado quanto ao preço nas salas de cinema. Basta ressaltar, para tanto, que ainda esse ano todas as salas do centro comercial North Shopping, em Fortaleza, cobraram R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) pela meia-entrada, conforme também se pôde acompanhar pelo próprio Jornal O Povo – *Meia entrada por R\$ 1,50 no North Shopping* (2004,p.8).

#### 4.5 Movimento em defesa da meia cultural no Ceará

A meia cultural, há muito desrespeitada nos eventos realizados em nosso estado passou a ser cobrada de forma mais sistemática

e organizada no início de 2004. A iniciativa partiu de cidadãos não ligados a qualquer entidade representativa ou partido político, simplesmente provocados pelo desrespeito a um direito que lhes cabe.

Num primeiro momento o objetivo era somente chamar a atenção da imprensa ao desrespeito em comento. Com o amadurecimento das discussões e apoio de outras pessoas, bem como a partir da verificação da inércia, ou mesmo desinteresse, do Estado em fazer cumprir o direito, passou-se a estudar possibilidades de solução à verdadeira cultura da ilegalidade verificada no Ceará.

As maiores realizações até o momento sobre a questão da meia-cultural foram debates na Assembléia Legislativa e na Universidade de Fortaleza e algumas blitze, ocasiões em que alguns cidadãos interessados na aplicação da legislação, realizando eles próprios a fiscalização em alguns dos locais mais frequentados na capital cearense, registraram casos de transgressão em boletins de ocorrência, com o objetivo de fundamentar as ações cabíveis.

### 5 CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, respeitar o princípio democrático e os direitos fundamentais é imperativo. Porque esse respeito significa garantia de uma vida justa e digna aos seres humanos.

Sendo o direito à cultura um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, todo e qualquer mecanismo que viabilize ou facilite o acesso às manifestações culturais devem ser respeitados. Considerando que a meia cultural cumpre essa função, inadmissível que os produtores de eventos culturais continuem descumprindo a legislação, como se a ilegalidade fosse o campo de juridicidade normal.

Para efetivar a aplicação da norma assecuratória do direito à meia cultural estudantil, necessária a atuação dos poderes executivos, Estadual e Municipal, regulamentando os dispositivos, bem como

uma maior e mais rigorosa fiscalização por parte do Ministério Público Estadual e, acima de tudo, uma maior conscientização por parte dos estudantes acerca de seus direitos, que os estimule a reivindicá-los.

Apesar de o Ordenamento Jurídico brasileiro favorecer o direito dos estudantes, mesmo que de forma incompleta, um direito não reivindicado perde sua eficácia - possibilidade de materializar-se - quando relegado ao esquecimento da então fria e morta letra da lei.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 8.ed., São Paulo: Riddeel, 2002.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. 3.ed. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. 2004. Recife: Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Pernambuco, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DUMARESQ, Carolina. Ingressos vendidos a preço único. Jornal "O POVO", Fortaleza, 12 mar. 2004. Caderno Vida e Arte, p. 7.
- \_\_\_\_\_. Meia entrada por R\$ 1,50 no North Shopping. Jornal "O POVO", Fortaleza, 15 abr. 2004. Caderno Vida e Arte, p.8.
- EAGLETON, Terry. A idéia de cultura. Tradução de: Sofia Rodrigues. Lisboa: Temas e Debates, 2003.
- IHERING, Rudolph von. 6.ed. A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- JUCÁ, Roberta Laena Costa. QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino. Respeito à dignidade humana. Jornal "O POVO", Fortaleza, 29 jun. 2004. Seção Opinião, p. 7.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Democracia Hoje. Para uma leitura crítica dos Direitos Fundamentais. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001.
- \_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. 4.ed. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. 6.ed. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. 21.ed. Curso de direito constitucional positivo.. São Paulo: Malheiros, 2002.  
www.seduc.ce.gov.br/censo2\_b2003.asp

## NOTAS

1 Alguns autores, como Ingo Sarlet, reputam mais correto o termo dimensão, uma vez que o termo geração traduz a idéia de sobrepujamento, como se cada geração fosse uma superação da anterior.

## A COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIOS COM DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA DO ESTADO DO CEARÁ E SUA RELAÇÃO COM A ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO

Rui Barros Leal Farias

Advogado em Fortaleza(CE)

- 1 Introdução
- 2 O precatório no ordenamento jurídico brasileiro
- 3 Do conceito de pagamento à luz do artigo 100, *caput* da *cf/88* e sua relação com ordem cronológica
- 4 A compensação como forma de adimplemento
- 5 A compensação no código tributário nacional
- 6 Considerações finais
- 7 Referências bibliográficas

### 1 INTRODUÇÃO

Com a publicação do Diário Oficial do Estado do Ceará, edição de 07 de março de 2.003, entrou em vigor a Lei Estadual nº 13.294/2003, dispondo acerca da compensação de débitos inscritos como dívida ativa estadual, com precatórios pendentes de pagamento.

A referida norma, operante nos limites do Estado do Ceará, possibilitou a compensação, nos ditames da Lei Estadual nº 12.979, de 23 de dezembro de 1.999, que trata, em pormenores, do procedimento a ser seguido para a extinção das obrigações recíprocas.

O *caput* do art. 1º, da lei atualmente vigente no Estado possui a seguinte redação:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a compensar débitos, em fase de execução ou não, inscritos como dívida ativa do Estado, até 31 de dezembro de 2002,

com créditos contra a Fazenda Estadual, suas Autarquias e Fundações oriundos de sentenças judiciais, com precatórios pendentes de pagamento, até o exercício de competência 2002, na forma e nas seguintes condições previstas na Lei nº 12.979, de 23 de dezembro de 1999.

Indaga-se, ante o comando legal suso exposto, se a compensação de precatórios com débitos inscritos na dívida ativa do Estado contraria a disciplina constitucional dos precatórios, que veda o desrespeito à ordem cronológica de inscrição, quando do pagamento por parte de ente da Fazenda Pública.

## 2 O PRECATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrar no cerne da questão posta a exame, urge a necessidade de tecer algumas considerações acerca do precatório, seu conceito e as disposições constitucionais que o regulam.

O precatório consiste em requisição judicial, formulada pelo juízo de execução da sentença prolatada em desfavor da Fazenda Pública, dirigida ao Presidente do Tribunal, para que tome todas as providências necessárias a fim de garantir o pagamento de quantia certa.

Nas palavras de DE PLÁCIDO E SILVA, obtém-se o seguinte conceito, de igual teor ao anteriormente formulado, *in verbis*:

*Precatório é essencialmente empregado para indicar a requisição, ou, propriamente, a carta expedida pelos juízes de execução de sentença, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se espessem as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras.<sup>1</sup>*

O precatório surge como meio de obter os valores relativos à condenação sofrida pela Fazenda Pública, em face da característica

peculiar dos bens que integram o seu patrimônio, sendo estes impenhoráveis, indisponíveis e imprescritíveis.

As origens do precatório, no direito pátrio, nascem da prática forense do processo civil, encontrando obstáculos nas execuções promovidas em desfavor da Fazenda Pública, pelas características dos seus bens. Em face destas, tornava-se ineficiente a execução do título executivo judicial, já que não era possível a penhora de bens em valores suficientes para garantir ao exequente a quantia certa à qual se fazia jus.

A disciplina dos precatórios encontra-se disposta no art. 100, da Constituição Federal. O *caput* e os parágrafos do dispositivo constitucional, alterados em alguns aspectos pelas Emendas Constitucionais nºs 30/2000 e 37/2002, fornecem as regras necessárias para atender à finalidade de sua instituição. Não se deixe ainda de salientar a regulamentação constante nos arts. 78 e 86 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental.

Vê-se, com clareza, ao proceder a análise dos dispositivos constitucionais, o objetivo do poder constituinte originário e derivado em vedar, de qualquer forma, a dilapidação do patrimônio público e, da mesma forma, o favorecimento de alguns indivíduos no pagamento de precatórios.

Atentando mais detidamente para a proibição do favorecimento ao qual se alude, diversos obstáculos são postos a fim de evitar que os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade sejam desrespeitados no pagamento das condenações sofridas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas Autarquias e Fundações.

Um dos instrumentos desenvolvidos para conferir isonomia aos credores do Estado consiste na instituição de uma ordem cronológica que deverá ser respeitada pelo ente devedor, sob pena de sequestro da quantia necessária para quitar o crédito preterido. Os créditos inscritos cronologicamente antes dos demais, ou seja, cuja

requisição da ordem de pagamento seja expedida com precedência, serão pagos em primeiro lugar, não podendo ser violada a cadeia de inscrição dos credores.

### 3 DO CONCEITO DE PAGAMENTO À LUZ DO ARTIGO 100, CAPUT DA CF/88 E SUA RELAÇÃO COM ORDEM CRONOLÓGICA.

Questiona-se, neste momento acerca do respeito à ordem cronológica, objetivando saber da ocorrência ou não da preterição no pagamento de precatórios quando se realiza a sua compensação com débitos inscritos na Dívida Ativa do Estado do Ceará, especificamente.

É de se registrar, antes de tudo, que inexistente preterição quando da compensação de precatórios mais antigos em detrimento dos mais novos, consoante a regra infra-constitucional estadual, em decorrência da natureza jurídica da compensação, posta perante a interpretação do art. 100, *caput*, da Carta da República, como se demonstrará.

Verifica-se que o poder constituinte originário, ao tratar dos precatórios, faz menção à imprescindibilidade de observância da ordem cronológica quando a extinção da obrigação se opera por meio de pagamento. A redação do artigo é clara ao afirmar que a obrigação extinta por *pagamento* deve obedecer aos ditames da ordem cronológica de apresentação.

Conforme já exposto, tal imposição constitucional possui fundamentos de grande relevo, guardando respeito aos elevados princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, assim como o da isonomia, conferindo guarida, na norma ápice, aos credores da Fazenda Pública, no afã de obter os valores da condenação, de acordo com a ordem de inscrição do precatório, ou seja, de forma imparcial.

Sabe-se que o vocábulo *pagamento*, empregado no texto constitucional, quando analisado pela ótica do direito obrigacional, não

possui apenas um sentido, discorrendo os doutrinadores do direito civil acerca da noção ampla e estrita desta forma de extinção de obrigações.

Tal distinção entre a concepção *lato sensu* ou *stricto sensu* de pagamento confere uma interpretação inteiramente diferente ao texto da Lei Fundamental, em certas situações, postando-se dentre estas a que ora se analisa, visto que ao tratar dos precatórios, emprega a palavra pagamento sem indicar se é referente a uma ou outra concepção.

Explicitando a divergência entre os sentidos do vocábulo, cabe transcrever o entendimento do ilustre MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, em seu sempre elucidativo Curso de Direito Civil, *verbo ad verbum*: "Num sentido lato, compreende todo o fato qualquer, que por vontade das partes extinga uma obrigação; num sentido mais estrito, é a prestação do objeto da obrigação contratada."<sup>2</sup>..

Analisando a mesma situação, o mestre RODRIGUES, Silvio ao lecionar acerca do pagamento, expõe que, no sentido amplo, deve ser entendido como *adimplemento da obrigação*, podendo ser realizado por qualquer das formas postas à disposição dos titulares dos débitos e créditos recíprocos. Em *stricto sensu*, o pagamento se apresenta como uma espécie do gênero *adimplemento*, sendo, desta forma, apenas um dos meios de extinção de obrigações, como bem se observa no extrato da obra ora transcrita, *in litteris*:

[...] O *adimplemento* é o ato jurídico que extingue a obrigação realizando-se o conteúdo.

*Por vezes, dá-se à palavra pagamento igual conotação. Todavia, parece mais exato considerar pagamento espécie do gênero adimplemento. Este último vocábulo abrange todos os modos, diretos ou indiretos, de extinção de obrigação, pela satisfação do credor. Inclui, portanto, a novação, a compensação, a confusão, a remissão de dívidas, a transação, etc. O termo pagamento fica restri-*



*to para significar o desempenho voluntário da prestação, por parte do devedor.<sup>3</sup> (grifou-se)*

Percebe-se claramente as conseqüências advindas do emprego da palavra pagamento, quando não se deixa evidente a amplitude do conceito ao qual se alude. Caso o intuito do ente criador da norma jurídica seja utilizar o pagamento como qualquer forma de extinção de obrigações, zelando pela correta interpretação da regra, deveria referir-se à figura do adimplemento, em oposição à pagamento, passível de exegese ampla e restrita.

Isto é precisamente o que ocorre no texto constitucional em vigor. Ao regular o cumprimento das obrigações devidas em face de sentenças condenatórias em desfavor da Fazenda Pública, fez-se o emprego da palavra pagamento, no que tange à necessária observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, sem, contudo, aludir ao sentido dado a esta.

A mesma doutrina que aborda a temática da dupla concepção de pagamento em direito obrigacional, faz questão de ressaltar que o emprego correto do vocábulo deve ser aquele que lhe confere o *status* de uma das espécies de extinção de obrigações, juntamente à novação, transação, compensação ou qualquer outro modo. Segue extrato de obra já citada, no mesmo diapasão:

*Modernamente, porém, se considera o pagamento como uma espécie do gênero adimplemento, distinção que não é puramente acadêmica, mas possui um valor prático e dogmático, pois o adimplemento quer dizer a realização da prestação em gênero, sem distinção entre categoria e categoria de obrigação.<sup>4</sup> (grifou-se)*

A partir destas considerações, infere-se que o termo pagamento empregado no *caput* do art. 100, da Constituição Federal de 1988, interpretado da forma como deve ser, na esteira da doutrina civilista, limita-se a tratar apenas de uma das espécies do gênero adimplemento.

Não há, na disciplina dos precatórios, dispositivo normativo que leve o intérprete do texto constitucional a chegar a uma conclusão em sentido oposto, visto que, fosse este o escopo do Poder Constituinte, a redação do art. 100 haveria de ser diferente da atual, não deixando margens para uma outra exegese.

Ressalte-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal ainda não foi instado a manifestar-se acerca da tese ora proposta. Não há jurisprudência do Pretório Excelso que indique a interpretação conferida ao termo pagamento no *caput* do art. 100, restando em aberto a definição deste impasse.

Desta forma, em casos onde a obrigação contraída pela Fazenda Pública for adimplida pelo pagamento, ou seja, através especificamente de um dos mecanismos legalmente previstos para a extinção de obrigações, haverá a imprescindível observância da ordem cronológica.

#### 4 A COMPENSAÇÃO COMO FORMA DE ADIMPLENTO

Restando exposta a interpretação dada ao vocábulo pagamento, urge, diferenciá-lo da compensação como forma de adimplemento de obrigações.

O pagamento (*stricto sensu*) como uma das formas de extinção de obrigações se dá quando o credor obtém do devedor o exato objeto da obrigação. No caso do precatório o valor pecuniário derivado da condenação.

Já na compensação, havendo a reciprocidade de créditos e débitos, sendo a obrigação líquida e certa e o seu objeto fungível, aqueles serão extintos até o montante em que se igualam. Sucintamente, os ensinamentos do ínclito CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA seguem na mesma direção: "Pode-se, então, definir compensação como a extinção das obrigações quando duas pessoas forem, reciprocamente, credora e devedora. (...)".<sup>5</sup>

De chofre, inferem-se as diferenças existentes entre estas formas de adimplemento de obrigações. O objetivo da compensação como do pagamento são os mesmos, pois almejam por termo à relação jurídica existente entre credor e devedor. Ocorre que o procedimento, bem como os requisitos necessários para atingir o aludido objetivo, são distintos, conferindo a cada uma as suas particularidades.

A doutrina, dedicando-se à questão da natureza jurídica da compensação, é expressa em expor que diverge da noção de pagamento, como se pode ver:

*Já se entendeu a compensação como pagamento fictício. Não existe, contudo, pagamento. Da mesma forma, não se confunde com o instituto da confusão, na qual é necessário que na mesma pessoa se identifique o pólo ativo e o pólo passivo da relação obrigacional. Seu verdadeiro caráter é de meio extintivo de obrigações, como dissemos a princípio.<sup>6</sup> (grifou-se)*

*A compensação conduz à solução das dívidas, porém não 'é' o pagamento: a liberação é eficácia da compensação. Portanto, a compensação leva ao adimplemento. Nem jurídica nem economicamente há apenas dois pagamentos inversos: o que a lei permite é que, por existirem certos pressupostos, surja o efeito de liberação e satisfação.<sup>7</sup> (grifou-se)*

Tudo isto vem no sentido de reforçar o que restou delineado acerca da amplitude do vocábulo pagamento utilizado no trato dos precatórios no art. 100, da Carta da República, pois a compensação deve ser entendida sempre como uma forma de adimplemento detentora de natureza jurídica própria, não podendo ser confundida com pagamento em seu sentido estrito.

Não obstante haver apenas a previsão taxativa do pagamento como meio de extinção dos débitos contraídos por condenações judiciais da União, dos Estados, dos Municípios e de suas Autarquias e

Fundações, há a possibilidade da extinção destas obrigações através da compensação, desde que haja autorização legal para tanto.

## 5 A COMPENSAÇÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional, recepcionado pela atual ordem constitucional como Lei Complementar (art.146, inciso III, CF/88), na sua Seção IV, ao referir-se às demais modalidades de extinção do crédito tributário, no seu art. 170, disciplina a compensação de obrigações recíprocas da seguinte forma:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação dos créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

O dispositivo retro, atendendo à regra delineada no artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal de 1.988, ao referir-se à obrigação e crédito tributário, alude à possibilidade de criação de lei ordinária, que, no âmbito da pessoa jurídica de direito público, formulará disposições atinentes à compensação de créditos e débitos entre administração e administrado.

No Estado do Ceará, existe a lei a que se refere o art. 170 do Código Tributário Nacional, como exposto no início do presente trabalho. Desta forma, em respeito ao princípio da legalidade, o Poder Executivo poderá, nos limites previstos na norma, compensar precatórios com débitos inscritos na dívida ativa do ente federativo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como explanado, a Constituição Federal se refere ao pagamento no seu art. 100, *caput*, como uma espécie do gênero

adimplemento de obrigações. Da mesma forma, vincula a ordem cronológica apenas ao pagamento (*stricto sensu*), não dispondo que outras formas de extinção de obrigação sujeitam-se à ordem criada para o pagamento de precatórios.

A compensação, que possui natureza jurídica própria, não se submete à regra formulada especificamente ao pagamento de precatórios, podendo haver a compensação de precatórios que não figuram no início da ordem cronológica, sem o risco de seqüestro das contas do Estado, sob a alegativa de haverem sido preteridos.

Ainda, por uma questão prática, caso a compensação de precatórios com valores inscritos na Dívida Ativa do Estado fosse condicionada à ordem cronológica de inscrição, a sua utilização seria praticamente inviabilizada.

É que, supondo-se que um contribuinte inscrito na Dívida Ativa do Estado buscasse solver o seu débito por meio de compensação, o seu primeiro passo deveria ser o contato com a pessoa que figurasse em primeiro lugar na ordem cronológica, visando conhecer as condições que esta lhe impõe para a cessão do crédito que lhe é favorável. Caso a cessão do crédito restasse inviabilizada, seja por qual motivo, nenhuma outra compensação poderia ser formalizada pelo Poder Executivo. A vontade de um indivíduo condicionaria a operacionalidade da compensação, em detrimento do interesse público, assim como de diversos devedores do Estado que poderiam fazer uso desta forma viável de extinção de obrigações.

Deve-se registrar que o ordenamento jurídico pátrio confere a possibilidade da cessão dos créditos provenientes de condenações judiciais em desfavor da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante as disposições do art. 78, do ADCT. Aresto da 1ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, demonstra o entendimento da Corte acerca desta questão, serão veja-se:

*1 A cessão de créditos é disciplinada pelos artigos 1.065 e seguintes do Código Civil. A teor de tais dispositivos, o credor é livre*

*para ceder seus créditos, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor'. Em se tratando de créditos provenientes de condenações judiciais, existe permissão constitucional expressa, assegurando a cessão dos créditos traduzidos em precatórios (ADCT, Art. 78). Se assim acontece, não faz sentido condicionar a cessão ao consentimento do devedor – tanto mais, quando o devedor é o Estado, vinculado constitucionalmente ao princípio da impessoalidade. II – 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'. (Súmula 213/STJ).<sup>18</sup> . (grifou-se)*

Destarte, a compensação de precatórios prevista na Lei Estadual nº 13.294/2003 representa um instrumento facilitador do cumprimento dos encargos impostos à Fazenda Pública, que necessita destes meios para atender às suas obrigações traçadas pela Constituição Federal de 1.988.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, v.3.  
 LOPES, Miguel Maria de Serpa – *Curso de Direito Civil v.2*. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 5.ed. 1989.  
 MARTINS-COSTA, Judith – *Comentários ao Novo Código Civil Vol. V, Tomo I*, São Paulo: Editora Forense, 2003.  
 PEREIRA, Caio Mário da Silva – *Instituições de Direito Civil Vol. II*, 16.ed. São Paulo: Editora Forense.  
 RODRIGUES, Sílvio – *Direito Civil v.2*, São Paulo: Editora Saraiva, 23.ed.1995.  
 VENOSA, Sílvio de Salvo – *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, São Paulo: Editora Atlas, 3.ed. 2003.

## NOTAS

- 1 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Volume 3, p.1.196  
 2 LOPES, Miguel Maria de Serpa *Curso de Direito Civil v.2*, Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 5.ed. 1989, pg.163.  
 3 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil v.2*, São Paulo: Saraiva. 23.ed. 1995, p.116

- 4 LOPES, Miguel Maria de Serpa - Curso de Direito Civil - v.2. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 5.ed. 1989, p.163
- 5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - v.2. São Paulo: Editora Forense, 16.ed. p.169
- 6 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Editora Adas, 3.ed. 2003, p.297.
- 7 MARTINS-COSTA, Judith - Comentários ao Novo Código Civil Vol. V Tomo I, São Paulo: Editora Forense, 2003, p. 565
- 8 STJ - ROMS nº 12735/RO - 1ª Turma - Ministro Relator: Humberto Gomes de Barros - Data do julgamento: 15.08.2002

## O FEDERALISMO E A INTERVENÇÃO DOS ESTADOS NOS MUNICÍPIOS

**Bernardo Brito de Moraes**

Aluno do curso de Direito da Universidade de Fortaleza

### 1 Introdução

### 2 O federalismo

2.1 Diferenças entre Estados Unitários e Estados Federais

2.2 O nascimento do Federalismo

2.3 Adoção pelo Brasil do modelo federalista

2.4 O modelo federalista e a sua atual conjuntura depois da Constituição de 1988

2.5 A questão da não existência de um órgão coordenador no território brasileiro e outras concepções de Federalismo

### 3 Intervenção

3.1 Poder local

3.2 Noções sobre o instituto da Intervenção

3.3 Casos de Intervenção estadual nos Municípios do Estado do Ceará

### 4 Conclusão

### 5 Bibliografia

## 1 INTRODUÇÃO

O Federalismo, como forma de organização do Estado, e o instituto da Intervenção, que pode se dar tanto em nível federal (União intervindo em seus Estados-membros) como em nível estadual (Estados intervindo em seus Municípios), são os principais temas a serem abordados nesta pesquisa.

A intervenção é o meio encontrado para se conseguir a manutenção desta forma de Estado (Federalismo) e de se corrigir possíveis irregularidades praticadas pelo gestor público. Dando como exemplo a Intervenção Estadual, pode-se afirmar que este instituto é uma forma sobre a qual um Estado-membro pode intervir política e ad-

ministrativamente, em determinados casos especificados e regulados pela Constituição do país, sobre os seus Municípios.

O estudo tratará, essencialmente, sobre casos de intervenção dos Estados nos Municípios, fazendo-se apenas breves comentários no que diz respeito à Intervenção Federal. O paradigma empírico de estudo escolhido para esta pesquisa foi o Estado do Ceará e os respectivos casos de intervenção em seus Municípios.

Para se conseguir uma melhor compreensão a respeito da real necessidade e praticidade deste instituto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre o modelo federativo, suas raízes históricas no mundo e o modo como se deu sua incorporação no território brasileiro. Será explicado em que momentos e através de que instrumentos pode-se dar a intervenção estadual. Será mostrado, também, um histórico das intervenções nos Municípios do Estado do Ceará e algumas decisões por parte do Tribunal de Justiça deste Estado, já que ele é o órgão responsável pela maioria das decisões a respeito do assunto.

É justamente neste momento que se verá se as intervenções foram feitas de forma a atender os preceitos legais ou se houve a existência de algum motivo político que levou à ocorrência destas intervenções.

Finalizaremos o nosso estudo a partir de uma reflexão sobre a real necessidade e eficácia que a intervenção pode trazer para a vida política da sociedade brasileira em geral, tentando, assim, dar uma colaboração para o estudo do uso dos meios constitucionais que aprimorem cada vez mais a vida democrática brasileira.

Importante salientar, ainda, que este trabalho foi realizado sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e conta com o apoio financeiro da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP), através de bolsa de iniciação científica ou tecnológica.

## 2 O FEDERALISMO

### 2.1 Diferenças entre Estados Unitários e Estados Federais.

Os Estados nacionais, na visão dos estudiosos atuais, sob o ponto de vista do direito público interno, podem ser divididos em Estados com forma unitária e Estados com forma federal.

O modelo de Estado unitário pode ser caracterizado como "aquele que apresenta uma organização política singular, com um governo único de plena jurisdição nacional, sem divisões internas que não sejam simplesmente de ordem administrativas".

Já os Estados federais são aqueles que "conjugam vários centros de poder político autônomo"<sup>1</sup>, ou seja, são divididos "em províncias politicamente autônomas, possuindo duas fontes paralelas de direito público, uma nacional e outra provincial"<sup>2</sup>. J. Bryce, em "The American Commonwealth", tem sua explicação: "O que caracteriza o Estado Federal é justamente o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação pública de dois governos distintos: o federal e o estadual"<sup>3</sup>.

### 2.2 O nascimento do Federalismo

O modelo federalista nasceu em contraposto ao modelo de Estado Unitário que, mais ou menos até a metade do século XVIII, prevalecia no restante do mundo ocidental, tendo seus maiores expoentes em países da Europa como França e Portugal. Teve seu primeiro exemplar durante o século XVIII, pouco tempo depois de as 13 colônias da Nova Inglaterra declararem sua independência junto à metrópole Inglaterra em 1776, se unirem em uma Confederação e logo depois em um único Estado: os Estados Unidos da América. Foi então que três autores norte-americanos, Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1859) escreveram, de forma conjunta, a obra "O Federalista". Explicavam para o restante do mundo, a partir daquela obra, o que era aquela

nova forma de Estado proposta e porque era a que melhor se adaptava ao modelo que deveria ser seguido pelo novo país.

É bom salientar que eles não escreveram um livro, mas sim, diversos artigos na imprensa de Nova Iorque, sempre se utilizando do codinome *Publius*. A verdadeira autoria dos artigos só seria desvendada após a morte de Hamilton; e, algum tempo depois, estes artigos foram compilados no livro "O Federalista". Outro fato importante a se perceber é que esses artigos foram escritos já com a intenção de se explicar e ratificar as idéias e dogmas contidos na Constituição aprovada em 1787, que vinha a substituir os Artigos da Confederação, de 1781. Os autores de "O Federalista" tinham suas restrições e divergências quanto à Constituição, mas sabiam que ela era bem mais elaborada e benéfica aos interesses da nação do que os Artigos da Confederação, e que se fazia necessária sua imediata aplicação junto aos estados federados para que o país tomasse o rumo do desenvolvimento.<sup>4</sup>

Muitas críticas à nova Constituição foram feitas por diversos outros estudiosos e políticos, principalmente no tocante a pontos que se chocavam com as idéias predominantes da filosofia política da época, muitas delas baseadas nas teorias expostas por Montesquieu.

*Montesquieu, membro de uma tradição que se inicia em Maquiavel e culmina em Rousseau, apontava para a incompatibilidade entre governos populares e os tempos modernos. A necessidade de manter grandes exércitos e a predominância das preocupações com o bem-estar material fazia das grandes monarquias a forma de governo mais adequada ao espírito dos tempos. As condições ideais exigidas pelos governos populares, um pequeno território e cidadãos virtuosos, amantes da pátria e sardos aos interesses materiais, não mais existiam. Se, por acaso, se formassem governos desta natureza, seriam presas fáceis de seus vizinhos militarizados, como comprovava a história européia.<sup>5</sup>*

Está aí outro papel em que "O Federalista" teve suma importância, pois teve a função de inverter totalmente os dogmas políticos

tradicionalistas da época para uma nova visão. Há que se dizer também que a Constituição Federal dos EUA, com sua teoria sobre o federalismo, não foi uma simples agregação das novas teorias ou visões sobre como o Estado deve se formar, mas foi essencialmente um pacto político, como bem define Fernando Papaterra Limongi: "O Federalismo nasce como um pacto político entre os estados, frutos de esforços teóricos e negociação política. Um pacto político, digamos assim, fundante, pois por seu intermédio, se constituía os Estados Unidos enquanto nação"<sup>6</sup>

### 2.3 Adoção pelo Brasil do modelo federalista

Como o novo aparato teórico começou a mostrar resultados de sua eficiência na prática, não demorou a surgirem novos países com intenções de adotarem em seu território o sistema federalista. Dentre eles, podemos citar o caso do Brasil, que hoje é uma República Federativa, mas que, logo depois de proclamar sua independência junto a Portugal, adotou como forma de governo a monarquia e como forma de estado o unitarismo.

Durante o período antes de sua independência, mas principalmente durante o Império (1822-1889), houve grandes debates e acirramentos políticos a respeito da centralização ou não do território brasileiro. Dentre os debatedores, destacam-se dois que podem ser distinguidos como autores/atores a respeito do tema. Foram eles: Paulino José Soares de Souza, mais conhecido como Visconde de Uruguai, e Aureliano Cândido Tavares Bastos, um a favor da centralização e o outro a favor da descentralização do território brasileiro, respectivamente. Debate este que foi discutido e estudado por Gabriela Nunes Ferreira<sup>7</sup>, onde tomou por base as principais obras destes personagens: "A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil", de Bastos, e "Ensaio sobre o Direito Administrativo", de Uruguai.

Pode-se dizer que o território brasileiro, desde o tempo da chegada dos portugueses em 1500, quando estes também trouxeram consigo o aparelho burocrático que conheciam, nunca foi um local

em que houve uma excessiva concentração de poder nas mãos de apenas uma pessoa. Isto porque, desde a introdução do sistema de capitanias hereditárias, que foi um dos primeiros modelos utilizados pela Coroa Portuguesa para a exploração e administração de sua maior colônia, podia-se ver que quem realmente dava ordens nas capitanias eram os seus donatários. Neste tempo, a administração das capitanias era essencialmente privada e os seus chefes quase não mantinham contato entre as diferentes capitanias e até mesmo com o poder central em Portugal. Isso graças à grande distância entre os pólos de poder e mesmo ao imenso desinteresse de alguns donatários em administrá-las. Tanto que a história comprova que apenas duas delas obtiveram um relativo sucesso econômico: São Vicente e Pernambuco.

Mesmo com a implantação do Governo Geral em 1548, as capitanias continuaram a existir até o século XVIII. Outra divisão administrativa importante ocorreu em 1572, quando o rei de Portugal dividiu o Brasil em dois Governos Gerais: Governo do Norte, com a capital em Salvador, e Governo do Sul, com a capital no Rio de Janeiro. Essas divisões eram sempre administrativas, e nunca políticas.

Quando houve a declaração de independência, em 7 de setembro de 1822, o Brasil assumiu a monarquia e o poder político continuou concentrado apenas na figura de uma pessoa, que era Dom Pedro I. Tanto que a primeira Constituição do Brasil, a de 1824, tinha dentre suas grandes características: ser outorgada, possuir como forma de governo a monarquia hereditária, possuir o cargo de senador vitalício, ser o voto baseado na renda do cidadão, manter a escravatura e ainda estabelecer quatro poderes de Estado: Moderador, Executivo, Legislativo e Judiciário. Interessante notar que o poder moderador tinha entre as suas atribuições, as de "nomear e demitir livremente os ministros de Estado (§6), nomear os senadores com base em lista tripartite (§1) e dissolver a Câmara dos Deputados, nos 'casos em que o exigir a salvação do Estado' (§5). A Constituição previa ainda a criação de um Conselho de Estado, composto

de conselheiros vitalícios, que deveria ser ouvido sempre que o imperador exercesse as funções próprias do poder moderador".<sup>8</sup>

Foi por fatos como este, além de Dom Pedro I ser caracterizado como uma figura de cunho muitas vezes autoritário, e se ligar a problemas de Portugal e sua administração (caso da guerra em que envolveu dinheiro brasileiro para retirar do trono português seu irmão Dom Miguel. Já que este havia dado um golpe contra o trono de D. Maria da Glória, então rainha de Portugal e filha de Dom Pedro I) que a pressão e a opinião pública eram cada vez mais fortes contra a pessoa do Imperador. Este, então, não resistindo às pressões, abdicou do trono em favor de seu filho Dom Pedro II. Porém, como este era menor de idade e não poderia assumir o trono deixado por seu pai, foi-se formada uma regência para cuidar da administração do Brasil até que D. Pedro II completasse a maioridade.

Este período, denominado de Período Regencial (1831-1840), pode ser dividido em quatro partes, de acordo com as regências que estavam no poder: "Regência Trina Provisória" (abril a junho de 1831) (composição: Carneiro de Campos, Campos de Vergueiro e Lima e Silva), "Regência Trina Permanente" (1831-1835) (composição: Lima e Silva, Bráulio Muniz e Costa Carvalho), "Regência Una de Feijó" (1835-1837) (composição: Pe. Diogo Feijó) e "Regência Una de Araújo Lima" (1837-1840) (composição: Pedro de Araújo Lima). É um momento de grandes agitações sociais e políticas, onde partidos políticos são desfeitos e outros criados; grandes decisões de cunho político são tomadas e vários movimentos revolucionários eclodem em todo o território.

*Com a Regência, iniciou-se uma fase de revisão da estrutura institucional vigente, num contexto de lutas internas ao bloco que se opusera a d. Pedro I. Explodiram as rivalidades entre os liberais 'Moderados', defensores do parlamentarismo à inglesa, dentro do quadro do regime monárquico - entre os quais havia alta proporção de políticos vindos de São Paulo, Minas e Rio de Janeiro, desta-*



*cando-se personalidades como Feijó, Vasconcelos e Evaristo da Veiga; e os 'Exaltados', que defendiam reformas profundas em sentido federalista e, em alguns casos, republicano. Os Moderados, que formaram os governos da Regência, teriam de enfrentar a oposição dos exaltados, cuja irritação, segundo Nabuco, 'trará a agitação federalista extrema, o perigo separatista, que durante a Regência ameaça o país do norte ao sul, a anarquização das províncias'. Contra os liberais Moderados e exaltados, colocavam-se ainda os restauradores ou 'Caramurus', que depois da morte de d. Pedro I em 1834 perderiam sua razão de ser.<sup>10</sup>*

E foi justamente durante esse período que o Brasil viveu a sua primeira "experiência federalista", na medida em que as duas primeiras regências, principalmente a Triina Permanente, tomam várias medidas de caráter liberal. Dentre elas destacamos a aprovação do Código de Processo Penal, a extinção do Conselho de Estado, a transformação da Regência Triina em Regência Una, a aprovação do Ato Adicional de 1834 e a criação das Assembleias Legislativas Provinciais. Foram tantas medidas descentralizadoras que esta primeira fase regencial ficou conhecida como "Período do Avanço Liberal".

Já as duas outras regências, em especial a de Araújo Lima, tomaram medidas que tinham como intenção retomar o caráter centralizador de poder, dentre elas a aprovação da Lei Interpretativa do Ato Adicional de 1834. Tanto que a fase ficou conhecida como o período do "Regresso Conservador".

É nas fases do "Avanço Liberal" e do "Regresso Conservador" que visconde de Uruguai e Tavares Bastos vão se basear para defenderem suas teses sobre a centralização e descentralização política e administrativa do Brasil.

Isso porque, a partir da subida de D. Pedro II ao cargo de Imperador do Brasil, no ano de 1840, foram retomadas medidas de

caráter centralizador e conservador: "logo em 1841 foi restaurado o antigo Conselho de Estado, caracterizado por suas fortes tendências ao conservadorismo, e o Ministério do período de D. Pedro II foi na verdade o órgão que esteve à frente de toda a política durante este período. Também houve a restauração do Poder Moderador, contraditoriamente ao lado da instituição do regime parlamentarista em 1847"<sup>11</sup>.

A fase do II Império, toda ela dirigida e administrada por D. Pedro II, entra em declínio a partir de uma série de fatores: "as Guerras da Cisplatina e do Paraguai haviam contribuído no grande aumento de despesas do Império, tratando-se ainda de elementos que vieram a solapar ainda mais a impopularidade do regime; os movimentos abolicionistas e republicanos caminharam lado a lado, configurando também uma crise política no interior do Império, pois a partir da abolição da escravatura o regime perde as classes dominantes escravistas como sua base de sustentação; as indisposições entre o clero católico e o Império, pois a Igreja, até então era relegada a segundo plano na política, era contrariada pela própria classe dominante, cujos membros participavam em grande número das lojas maçônicas condenadas pelo poder central da Igreja através de uma bula papal não aprovada pelo próprio Império; a classe militar, tendo seu prestígio fortalecido após a vitória do exército brasileiro na Guerra do Paraguai, passa a se indispor com a classe política que intencionava limitar alguns direitos legalmente garantidos aos militares, gerando a chamada Questão Militar. Desta forma, enfraquecido o poder imperial, o Segundo Reinado tem fim com o movimento militar liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca e posterior Proclamação da República na Câmara do Rio de Janeiro."<sup>12</sup>

É neste momento que o Brasil, baseado na organização política norte-americana, adota como modelo de estado o Federalismo e como forma de governo a República. Tudo isso implantado através do Decreto nº 1<sup>13</sup>, de 15 de novembro de 1889.

Entretanto, a primeira Constituição Republicana só viria ser promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891.

#### 2.4 O modelo Federalista e a sua atual conjuntura depois da Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz novidades no tocante ao modelo clássico de federalismo, que fala de junção de estados autônomos em um mesmo território. Esta Constituição diz, em seu art. 18, que: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

É, sem dúvida alguma, uma inovação. Isto porque, antes, só se falava em uma Federação com duas esferas de poder, e agora, pode-se falar em uma Federação com três entes administrativos e políticos, pois o Município também é ente autônomo, ou seja, possui autogoverno, autolegislação e auto-administração.

Essa autonomia por parte dos Municípios, porém, não é igual à dos Estados. E é justamente daí que surge a divergência entre vários estudiosos. Enquanto uns confirmam que esta forma de federalismo está absolutamente correta, outros discordam plenamente e não aceitam que uma federação possa ser formada por Municípios. Há, ainda, aqueles que defendem a idéia de um outro tipo de federalismo, que seria o federalismo regional.

Dentre os que defendem ou, pelo menos, concordam com o modelo federalista adotado atualmente pelo Brasil, pode-se citar: Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Hely Lopes Meirelles. Dizem estes que o Município é uma entidade de terceiro grau, criada e legalizada pela CF, e que necessita ser respeitada, já que a Carta Magna deu "paridade de tratamento entre o Município e as demais pessoas jurídicas, assegurando-lhe autonomia de autogoverno, de administração própria e de legislação própria no âmbito de sua

competência"<sup>14</sup> Meirelles vai ainda mais fundo, quando diz que o Município é uma entidade "necessária ao nosso sistema federativo".

Há outros que se filiam a uma corrente doutrinária que defende o modelo federalista clássico. Cita-se: José Afonso da Silva e José Nilo de Castro. Isso porque concordam que uma Federação jamais pode ser formada por Municípios, mas apenas por Estados. Colocam que não é apenas porque uma entidade territorial possui autonomia político e administrativa que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Para que isso ocorresse, haveria a necessidade de algumas indagações serem solucionadas como: "Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os seus Municípios? Ficariam sem território próprio?"<sup>15</sup> ou "Os Municípios não tem representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podem propor emendas à Constituição Federal, como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário, Tribunais de Contas (salvo São Paulo e Rio) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado do STF"<sup>16</sup>.

Já como um exemplo de uma nova forma de pensar e de entender o federalismo, pode ser citado o professor Paulo Bonavides, quando este fala sobre o seu Federalismo Regional. Entende Bonavides que esta seria uma das formas de diminuição das desigualdades e desequilíbrios que existem em nações com um extenso território. Diz ele: "mudanças de base, aconselháveis pela experiência e reflexão histórica (...) entende com a introdução de um federalismo de inspiração também regional, marcado pela presença e participação ativa de entes regionais no quadro geral das competências autônomas com feição política"<sup>17</sup>.

#### 2.5 A questão da não existência de um órgão coordenador no território brasileiro e outras concepções de Federalismo

Outro fato também bastante relevante em relação ao Federalismo é a fraqueza deste sistema no que diz respeito à falta de um

agente que tenha por característica precípua organizar os entes federados ou de um poder central que coordene as ações do país como um todo.

No Brasil, o que se vê nos dias atuais, é que a Constituição Federal elenca algumas competências para determinados entes, como a de que cabe à União cuidar de mares e rios, ou que cabe aos Municípios arrecadar IPTU. Entretanto, um problema que surge é que, a maioria dos entes possui desigualdades, e conseqüentemente, esta maneira, de certa forma massificada, com que a Carta Magna trata os diferentes entes só vem agravar os problemas e diferenças já existentes, em alguns momentos. Talvez fosse o caso de o poder central ter mais forças ou de se criar órgãos de organização e coordenação dos diversos entes. Isso tudo, com o intuito de se intervir mais fortemente nas economias ou de forçar os diversos entes a trabalharem em conjunto. Um exemplo deste tipo de órgão de coordenação, mas que fracassou no passado, é a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE.

Há duas outras concepções de federalismo que merecem destaque, já que tratam sobre este assunto. Seriam elas as idéias de federalismo dualista e de federalismo cooperativo. O dualista é uma concepção mais antiga e que diz basicamente que as esferas de poder são estanques e nunca devem se intrometer nas competências das outras, que estão divididas pela Constituição Federal. Já a idéia de federalismo cooperativo é justamente o contrário, prevendo que as esferas de poder de um e de outro ente federativo intervenham na competência de outro, como uma forma de melhor distribuição de tarefas naquela determinada situação e momento; tendo como fator determinante a busca, se não pelo fim, ao menos pela diminuição das desigualdades sociais e regionais que sempre existem entre os diversos entes. Na prática, o que mais se vê em favor do federalismo cooperativo é a interferência do poder central, ou federal, nas economias dos Estados, por exemplo.

### 3 INTERVENÇÃO

#### 3.1 Poder local

Importante, antes de se adentrar no estudo das intervenções, discorrer sobre a questão do poder local e a importância dos Municípios para o desenvolvimento da sociedade brasileira, tanto no tocante à formação política como no que diz respeito à estrutura administrativa do Estado.

Poder local que, desde a chegada dos portugueses ao nosso território em 1500, passou por diversas fases e modificações: indo desde um ente de pouca importância para a máquina estatal e possuidor de grande autonomia até ser o ponto de onde partia uma intrincada rede para a escolha dos representantes do Governo, através dos votos de cabresto e da política coronelista.

Durante o período colonial, deu-se o surgimento do que se pode chamar de primeiras vilas do território brasileiro. E uma das suas características mais marcantes é que surgiram não a partir de um poder local já constituído pela população do lugar, mas muitas vezes foram fundados mesmo sem a existência de um povoado já estabelecido. Tudo isto com vistas a obedecer um modelo de ordem patrimonialista e autoritário da máquina burocrática de Portugal, que tinha por interesses primordiais arrecadar impostos e mostrar sua autoridade perante os setores privados da nova Colônia.

Porém, o grande interesse da Coroa naquele período não recaía tanto sobre as vilas, ou sobre aquilo que mais tarde viria a ser chamado de Município, e sim sobre as Capitânicas; tanto que aquelas ficaram dotadas de grande autonomia por quase dois séculos, sem um maior controle externo. Além disso, estes locais já possuíam Senados das Câmaras, também chamados de Câmaras Municipais, constituídos de dois juizes ordinários, três vereadores e um procurador, sendo estes últimos escolhidos pelo povo<sup>18</sup>; há de se salientar que "estas corporações se fazem, porém, apenas centros do caudilhismo fazendeiro"<sup>19</sup>. Ou seja, mantinham certa autonomia em relação ao poder central da Metrópole, mas ti-

nham suas decisões subordinadas aos interesses dos mais poderosos daquele determinado povoado.

Entretanto, com o impulso da mineração, a partir da última década do século XVII, e o crescimento e desenvolvimento dos centros urbanos, este poder local, mesmo que controlado por caudilhos, e a autonomia municipal foram gradativamente perdendo força para o poder central da Coroa; graças, em boa medida, ao agora grande interesse que Portugal passou a ter sobre o nosso território.

Isso se deve ao fato de que durante o período anterior ao ciclo da mineração, a economia brasileira sobrevivía basicamente da extração de cana-de-açúcar; ciclo este que teve seu auge entre o século XVI e início do século XVII e declínio a partir de meados do século XVII. E com o incremento da exploração das jazidas auríferas e diamantíferas, Portugal poderia arrecadar imensa quantidade de dinheiro com os impostos, além de possuir interesse também em controlar o poder dos caudilhos, que a esta época eram qualquer pessoa que tinha tido sorte e enriquecido com a atividade mineradora.

Já durante o Império, este poder local ficará a maior parte do tempo suprimido e restrito pela grande força centralizadora que emanava da figura do Imperador. Ficaram as Câmaras Municipais restritas à seara administrativa, tendo boa parte de suas anteriores atribuições, como a de jurisdição, renegadas.

Outra fase que deve ser lembrada é a que surgiu logo após 1891. Durante muito tempo, relacionou-se apenas a uma fase em que o poder local dos chamados coronéis estava em alta e que o poder administrativo do Estado estava em baixa. Mas Vítor Nunes Leal veio mostrar uma nova forma de entender aquele período, pois diz que o que na verdade ocorreu foi justamente o contrário, já que os coronéis detinham aquele poder apenas porque estavam em decadência. Expõe bem essas idéias em seu livro "Coronelismo, enxada e voto".

*A dilatação do papel político-eleitoral do latifúndio não é consequência de sua força, mas de sua fraqueza; não de-*

*corre de sua ascensão, mas de sua decadência; e não reflete o debilitamento, mas ao contrário, o progressivo fortalecimento do poder público em relação ao poder privado outrora incontestável dos grandes senhores rurais. Essa dilatação ou hipertrofia ocorreu, diz ele, porque, com o advento da república, o Brasil superpôs um regime eleitoral-representativo de base muito mais ampla que o do império a uma estrutura social ainda arcaica, na qual o latifúndio, embora decadente, detinha um poder residual importante.<sup>20</sup>*

Nos anos seguintes, após a instituição do Estado Novo, em 1930, o que se viu foi uma tendência de fortalecimento da chamada corrente municipalista, principalmente depois das Constituições de 1946, culminando na década de 80, com a aprovação do Município como ente federativo, por parte da Constituição Federal de 1988.

Nos dias atuais, mais do que nunca, o Município mostra sua força no ordenamento brasileiro, fazendo parte do pacto federativo; ou seja, possuindo autonomia política, legislativa e administrativa.

Além do que, como a maior parte da população vive em zonas urbanas e participa com cada vez mais afinco da vida política, está-se fazendo necessária a utilização de novas técnicas de administração pública, com vistas a dar uma maior participação da sociedade junto aos órgãos estatais e mostrar sua influência e opinião nas medidas que se fazem necessárias para a melhoria da vida na cidade. Tanto que um dos exemplos mais recentes é o de utilização do modelo de orçamento participativo.

### 3.2 Noções sobre o instituto da Intervenção

Como se pôde perceber no Capítulo 1 (O Federalismo) deste trabalho, poderíamos dizer, de um modo bem sucinto, que o conceito de federalismo engloba um conjunto de entes político-administrativos que possuem autonomia e se unem em torno de um mesmo território.

Independentemente das disputas ou diferenças ideológicas e/ou teóricas dos doutrinadores em relação ao tema, um Estado Federal pode ser constituído tanto pela junção de Estados autônomos (ex.: Estados Unidos da América) como também pela junção de Estados e Municípios autônomos entre si (ex.: Brasil). E ainda por regiões autônomas (ex.: Itália). Importando que, dessa autonomia, se depreenda um autogoverno, de administração própria e legislação também própria no âmbito de sua competência.

E justamente para que nenhum destes entes tente entrar ou invadir a esfera de competência de um outro ente ou para que estes se sintam na obrigação de cumprirem seus deveres legais é que foi criado o instituto da intervenção, que seria a forma de manutenção deste modelo federalista. Bem lecionam Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Afonso da Silva quando dizem que a intervenção é a antítese da autonomia, já que um ente invade a esfera de competências do outro. Mas que, mesmo assim, ela é indispensável à sobrevivência da Federação, já que assegura o grau de unidade e uniformidade desta.

A Intervenção, no entanto, só se dá em último caso e é utilizada de uma forma excepcional, pois traz muitos traumas para os locais em que ocorre. Assim sendo, a regra é a não-intervenção, salvo em casos expressamente estatuídos.

É dividida em Intervenção Federal, quando a União intervém nos Estados-Membros e em Intervenção Estadual, quando o Estado-Membro intervém em um de seus Municípios.

Estes institutos estão regulados pela Constituição Federal de 1988, nos arts. 34, 35 e 36. Entretanto, como a pesquisa em questão visa estudar o instituto da Intervenção Estadual, os artigos de maior interesse são o 35 e 36 da Constituição Federal e os artigos 39 e 40 da Constituição do Estado do Ceará, já que este foi o Estado-membro escolhido para servir de paradigma desta pesquisa.<sup>21</sup>

O estado só pode intervir no município em 4 casos, estabelecidos pela CF: quando o Município deixar de pagar durante dois

anos consecutivos e sem justa causa a dívida fundada<sup>22</sup>, não prestar as contas devidas na forma da lei, não aplicar na saúde e no ensino o mínimo exigido da receita municipal, ou quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar que os princípios da Constituição Estadual sejam observados e que lei, ordem ou decisão judicial sejam cumpridas.

É válido salientar que o decreto de intervenção deverá conter: amplitude, prazo, condições de execução e nome do Interventor, se couber. Depois de preparado pelo Governador, deverá ser apreciado pela Assembléia Legislativa do Estado num prazo de vinte e quatro horas, e se ela estiver em recesso, deverá ser convocada extraordinariamente no mesmo prazo.

A Assembléia possui importante papel quando da utilização deste instituto, pois funciona como controlador político, evitando assim que haja uma hipertrofia por parte do Poder Executivo. Esse controle se dá mediante decreto legislativo, quando ela aprova ou suspende a intervenção.

Depois de cessadas as razões que levaram à intervenção, as autoridades que ficaram afastadas devem retornar aos seus cargos, salvo impedimento legal.

### 3.3 Casos de Intervenção estadual nos Municípios do Estado do Ceará

Um dos objetivos do trabalho foi relacionar os casos de Intervenção Estadual que ocorreram no Estado do Ceará a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e traçar um perfil de como ocorreram, quais os fatores que levaram ao acontecimento e se elas foram tratadas de acordo com a previsão legal das constituições federal e estadual.

Um fato, porém, trouxe grande surpresa para a pesquisa em questão. Descobriu-se que não ocorre nenhum caso de Intervenção Estadual nos Municípios neste estado desde o ano de 1988, tendo os

últimos casos ocorridos meses antes da promulgação da Carta Magna de 88. Ocorreram nos municípios de Maracanaú, Massapê e Bela Vista, entre os anos de 1987 e 1988 e tiveram aprovação por parte da Assembléia Legislativa.

Poucos, também, foram os casos em que o Tribunal de Justiça julgou questões com tal mérito durante o período compreendido entre 1988 e 2003.

O último a ter o mérito julgado foi a Representação Interventiva Nº 2000.01522-0, que teve como relator o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, não dando provimento ao pedido da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará contra o Município de Itarema. Alegou que o instituto da intervenção deve ser utilizado com vistas a acertar uma situação administrativa que está irregular, e nunca com o intuito de punir determinado administrador público. Diz Ximenes: "sua função é essencialmente profilática, objetivando salvaguardar os superiores interesses da Administração Pública e dos administrados, não assumindo qualquer feição sancionatória ou punitiva."<sup>23</sup>

Foi o acordado pelo Tribunal, neste processo:

**ACÓRDÃO:** Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, através de seu órgão plenário, por unanimidade, em indeferir, nos termos do art. 295, inciso I, do C.P.C., a inicial da presente ação interventiva, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Interessante ressaltar também um caso de Representação Interventiva contra o Município de Fortaleza, julgado no ano de 2001. O Tribunal deu provimento ao pedido da Procuradoria de Justiça e declarou culpada a administração da capital do Ceará, por deixar de efetuar pagamentos de dívidas trabalhistas. Ocorreu que, antes do Governador do Estado decretar a intervenção, o Município

efetuou o pagamento das dívidas e, com isso, não houve mais necessidade de ser efetuado o instituto da intervenção, já que havia cessado as razões para que esta ocorresse. Foi, então, o processo arquivado pelo Tribunal de Justiça. Dizia a decisão da Corte de Justiça do Ceará sobre o processo de nº 2000.0015.7554-7/0:

**ACÓRDÃO:** Acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, à unanimidade de votos, em julgar procedente a representação do Procurador Geral de Justiça para fins de intervenção do Estado no Município de Fortaleza, requisitando ao Exmo. Sr. Governador do Estado que a decrete nos termos legais, em consonância com o voto do relator e com o parecer da douda Procuradoria Geral de Justiça.

Contudo, há alguns processos que estão à espera de julgamento por parte do Tribunal, além de vários casos que são mandados para este pela Promotoria do Estado. Logo, salienta-se a importância de se estar sempre atento com o decorrer de determinados processos.

#### 4 CONCLUSÃO

A estrutura do modelo federalista nasceu no então território das 13 Colônias Inglesas, numa época em que a forma de estado que predominava era o unitarismo e a forma de governo principal, a monarquia. Surgiu não com o intuito de serem colocadas em prática novas idéias e teorias políticas, mas sim, a partir de um pacto político entre os Estados, agora independentes, e que necessitavam de um Estado forte, autônomo e com poderio econômico e militar. Foi de suma importância para o implemento e compreensão deste novo modelo os escritos de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay.

O que se deu, durante o passar do tempo, foi o desenvolvimento deste novo modelo e sua lógica expansão para outros países, como foi o caso do Brasil, que o adotou a partir do Decreto nº 1, de

15 de novembro de 1889. Sua atual Lei Maior traz novidades em relação ao modelo clássico de federalismo, na medida em que abrange como ente político os Municípios, e não mais apenas os Estados e a União.

Nos dias atuais, há um vasto campo literário que trata sobre o tema federalismo, tanto quanto ao modelo clássico quanto às outras espécies que surgiram com decorrer do tempo. Para o caso brasileiro, a maioria dos autores aceita pacificamente esta nova forma de federalismo, que adota o Município como ente federativo, porém há renomados estudiosos que se posicionam de forma contrária a esta inovação.

Quanto ao instituto da intervenção estadual, constatou-se que não é muito utilizado pela classe política e judiciária brasileira, pelo menos no que diz respeito ao Estado do Ceará. Já que não se fez uso deste instituto uma única vez desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada. Destarte, é importante salientar o papel do Ministério Público estadual, que está sempre investigando irregularidades causadas pelos gestores municipais e requerendo processos de intuito interventivo junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Entretanto, esta mesma instituição comete muitas vezes equívocos, mostrando-se ainda um tanto despreparada com relação à completa compreensão deste instituto.

Talvez, graças a essa falta de utilização, e de compreensão, deste instituto, a literatura a respeito deste tema seja bastante escassa.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Os Barões da Federação: Os Governadores e a Redemocratização Brasileira. São Paulo, Editora Hucitec/Deprº de Ciência Política - USP, 1998.
- BARBOSA, Rui. Pensamento e Ação de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, 1999.

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada. São Paulo, Saraiva, 1998.
- BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil. São Paulo: Cia Editora Nacional; Brasília: INL, 1975.
- BASTOS, Celso Ribeiro. 20.ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERCOVICI, Gilberro. Desequilíbrios Regionais: uma análise jurídico-institucional. São Paulo: USP, 2000, 345p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. 11.ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. e AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1996, 9v.
- \_\_\_\_\_. e ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. Brasília, Paz e Terra, 1989.
- BRASIL. Constituição, (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lúvia Céspedes. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Decreto n.1. de 15 de novembro de 1989. Disponível em: <[http://www.cebela.org.br/txtpolit/socio/vol8/H\\_286\\_01.html](http://www.cebela.org.br/txtpolit/socio/vol8/H_286_01.html)> Acesso em: 14 mar. 2003.
- CASTRO, José Nilo. Direito Municipal Positivo. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CEARÁ. Constituição do Estado do Ceará - (1989). Fortaleza, Gráfica do INESP, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v.4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- DAHL, Robert Alan. How democratic is the American Constitution?. Yale: Yale University Press, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. 21.ed. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Federalismo brasileiro e o Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988 IN: Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. Fortaleza, CETREL, 1999.
- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. 3 ed. São Paulo, Globo, 2001.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo, Departamento de ciência política da USP, editora 34, 1999.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. Volume 2, São Paulo, Saraiva, 1990.

- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. Volume I, Campinas, Julex Livros, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 1999.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. O Federalista. Brasília, Ed. UnB, 1984.
- HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.
- LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 5 ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1986.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8 ed. São Paulo, Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: A Garantia Suprema da Constituição. São Paulo, Atlas, 2000.
- MORAES, Bernardo Brito de. Padre Cícero: Santo ou Coronel de Barina?. Trabalho apresentado no VII Encontro de Iniciação à Pesquisa da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2001.
- MORAES FILHO, José Filomeno de. A Dinâmica Legislativa da Assembleia do Estado do Ceará: 1995 a 1998 IN: SANTOS, Fabiano (org) O Poder Legislativo nos Estados: Diversidade e Convergência. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2001, pp. 189-218.
- MOTA, Lourenço Dantas. *et alli*. Introdução ao Brasil: um banqueiro no trópico. 1. 3 ed. São Paulo, Senac, 2001.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Representação Interventiva Escadual para Prover Execução de Lei IN: Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, Nº 14, Fortaleza, 2000.
- SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional: Como Mudam as Constituições. Brasília, Ed. UnB, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. El Federalismo Norteamericano Actual. Madrid, Civitas, 1993.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo, Malheiros, 2001.
- SOUSA, Octávio Tarquínio de. A Vida de D. Pedro I. Belo Horizonte, Itatiaia, 1988.
- URUGUAI, Visconde de (Paulino José Soares de Souza). Ensaio sobre o Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1960.
- VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpolo. História do Brasil. São Paulo,

- Scipione, 1998.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. São Paulo, RT, 1994.
- WEFFORT, Francisco C. *et alli*. Os Clássicos da Política I. 12 ed. São Paulo, Ática, 1999.

## NOTAS

- 1 DALLARI, Dalmo de Abreu. 21.ed. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 254.
- 2 MALUF, Sahid. Op. Cit., 1995. p.165.
- 3 BRYCE, J. *apud* MALUF, Sahid. Id. *Ibid.*, 1995. p.165.
- 4 Robert Alan Dahl, em seu livro "How democratic is the American Constitution?", demonstra uma visão importante e crítica sobre os "Framers" e sobre os "Federalistas". Diz ele que o sistema de escolha do Chefe do Poder Executivo foi uma maneira de afastar o povo do poder, já que as eleições nos Estados Unidos são realizadas através de colégios eleitorais, e não através do voto direto. Além disso, é uma forma de mostrar um pouco do conservadorismo dos "Federalistas", na medida em que estes apoiaram essa forma de escolha do Presidente da República. Questiona Dahl, ainda, sobre os colégios eleitorais: "Why did the Framers settle on this solution? The usual answer runs like this: they wanted to remove the choice of the President from the hands of popular majorities and to place the responsibility in the hands of a select body of wise, outstanding, and virtuous citizens - as they clearly saw themselves, a cynic might add. The main source of the standard view seems to be the Federalist No. 68, written by Hamilton. 'The immediate election should be made by men most capable of analyzing the qualities adapted to the station, and acting under circumstances favorable to deliberation, and to a judicious combination of all the reasons and inducements which were proper to govern their choice'. Hamilton chega ainda a dizer, no Federalista Nº 68 (O Processo de eleição do Presidente): "não hesito em afirmar que, se a maneira não foi perfeita, é pelo menos excelente, reunindo em alto grau todas as vantagens que se poderiam desejar".
- 5 SLIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista, remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org). 12.ed. Os Clássicos da Política I. São Paulo: Ática, 1999, p. 246-247.
- 6 Id. *Ibid.*, 1999, p.248.
- 7 FERREIRA, Gabriela Nunes. Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo, Departamento de Ciência Política da USP, Editora 34, 1999.
- 8 Id. *Ibid.*, 1999, p. 24.
- 9 NABUCO, Joaquim *apud* Id. *Ibid.*, 1999.p.26.
- 10 FERREIRA, Gabriela Nunes. Op. Cit., 1999, p. 26 e 27.
- 11 Disponível em <<http://www.escolinhaonline.hpg.ig.com.br/brasil/imperio.htm>> Acesso em: 12 mar. 2003.



12 Id. Ibid. Acesso em 12 de março de 2003.

13 Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, está inserido no Anexo III deste trabalho.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. 20.ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

15 SILVA, José Afonso da. 19.ed. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

16 FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1990.

17 BONAVIDES, Paulo. 11.ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.

18 Não há de se falar, naquela época, em uma perfeita separação de poderes. Na verdade, o que ocorria era que os poderes muitas vezes interferiam nas funções próprias dos outros.

19 VIANNA, Oliveira. 7.ed Populações meridionais do Brasil. 7 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, v. 107, 1987a (Coleção Reconquista do Brasil)

20 LAMOUNIER, Bolívar. Vitor Nunes Leal - Coronelismo, enxada e voto. In: MOTA, Lourenço Dantas (Org). 3.ed. Introdução ao Brasil: um banquete no trópico 1. 3.ed. São Paulo: Senac, 2001.

21 Os artigos 35 e 36 da Constituição Federal do Brasil e os artigos 39 e 40 da Constituição do Estado do Ceará estão transcritos no ANEXO II deste trabalho.

22 Segundo o art. 98 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964: "A dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraída para atender a desequilíbrios orçamentários ou financeiros, de obras e serviços públicos".

23 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Representação Interventiva Estadual para Prover Execução de Lei In: Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, n.14, Fortaleza, 2000.

## **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE FAVELAS E LOTEAMENTOS POPULARES**

**Ana Cristina Uchoa de Albuquerque Andrade**

Especialista em Direito Privado

Especialista em Direito Imobiliário

Procuradora Assistente do Município de Fortaleza

- 1 Introdução
- 2 A posse e sua origem
- 3 Propriedade
  - 3.1 Conceito e Evolução Histórica
  - 3.2 Função Social da Propriedade
- 4 Regularização fundiária de favelas e loteamentos populares.
- 5 Os diferentes tipos de irregularidade fundiária
- 6 Instrumentos da política urbana – institutos jurídicos e políticos
  - 6.1 Usucapião Especial de Imóvel Urbano – Individual e Coletivo
  - 6.2 Concessão de Uso Especial para fins de moradia – Individual e Coletivo
- 7 Conclusão
- 8 Bibliografia

### **1 INTRODUÇÃO**

Em um país como o Brasil, marcado por uma grande desigualdade social, é necessário louvar e incentivar qualquer iniciativa destinada a melhorar as condições de vida do povo.

Mais de 80% dos brasileiros moram nos centros urbanos. Quarenta e cinco milhões vivem nas regiões nucleadas pelas 10 cidades metropolitanas, as quais não tem instrumentos legais para ação coordenada dos serviços públicos.

Temas tão importantes para a vida dos moradores dessas metrópoles, como o abastecimento de água, a captação e o tratamento

de esgotos, a circulação e o destino do lixo, a segurança pública, a moradia, são vistos institucionalmente por alguns agentes públicos de modo tão despreocupado, como se não afetassem profundamente a vida de milhões de cidadãos.

Este trabalho não tem a pretensão de abranger todas as questões envolvidas com as irregularidades urbanísticas, nem tão pouco traçar os caminhos a serem desenvolvidos pelo Poder Público para sanar o problema. Propõe-se apenas apresentar algumas considerações sobre a problemática enfrentada pela população carente no acesso a um dos bens jurídicos mais valiosos: "a moradia".

Para iniciar, será feita uma sucinta análise nos conceitos básicos de posse e propriedade. Outro tema que merece ser destacado é o princípio da função social da propriedade como limitação ao direito de propriedade, consagrado na Constituição Federal de 1988.

Esta pesquisa se propõe a apresentar um panorama geral sobre os principais aspectos jurídicos dos programas de regularização fundiária. Em seguida a uma breve identificação dos principais fatores que tem causado o fenômeno da favelização do Brasil, pretende-se discutir os conceitos dos institutos envolvidos na formulação dos programas sociais.

Um ponto de relevante importância, que deve ser objeto de uma análise mais aprofundada, trata-se do Estatuto da Cidade, que aponta uma política de desenvolvimento urbano, que deverá ser adotada pelos municípios brasileiros, como forma de atender os ditames constitucionais.

A Lei nº 10.257/2001, que regulamenta os artigos 182 e 183 da CF, é a lei federal de desenvolvimento urbano que estabelece diretrizes gerais para a política urbana e regulamenta a aplicação dos instrumentos destinados a conferir uma função social à propriedade urbana.

Esse diploma legal regula uma série de instrumentos jurídicos e urbanísticos. Ao regular os institutos como a concessão do direito

real de uso e o usucapião urbano, individual e coletivo, objeto central desta exposição, o acesso a moradia ficou mais fácil, através da regularização fundiária no meio urbano e mais especificamente em favelas. Esses instrumentos de regularização passam a ter sua aplicação mais ágil, já que não mais dependem de legislação urbanística local. A Usucapião Especial Urbana e a Concessão de Uso Especial

para fins de moradia, se não resolvem as dificuldades da regularização jurídica, pelo menos, facilitam o acesso à moradia.

A metodologia aplicada será a qualitativa, tendo como método principal o descritivo. O presente trabalho será desenvolvido através de capítulos e subcapítulos, visando proporcionar uma melhor compreensão sobre o tema a ser abordado.

E, por fim, será feita uma avaliação nas diretrizes propostas pelo Estatuto da Cidade, e os principais obstáculos para a implementação e efetivação dos programas de regularização no Brasil.

## 2 POSSE E SUA ORIGEM

Como antecedente lógico à compreensão do tema proposto, convém, preliminarmente, tecer algumas considerações sobre a posse e sua origem, para fixar uma premissa essencial sobre a permanência das pessoas de baixa renda, que ocupam irregularmente as áreas urbanas das grandes cidades.

Diversas teorias foram estudadas para explicar o conceito da posse. Entretanto, as mais conhecidas são duas, quais sejam: A Teoria Subjetiva e a Teoria Objetiva.

De acordo com Savigny, cuja concepção se enquadra no conceito da Teoria Subjetiva, dois são os elementos constitutivos da posse: o *corpus* – que se traduz no poder de detenção da coisa física (elemento objetivo), e o *animus domini* – a intenção de exercer sobre a coisa um poder de interesse próprio (elemento subjetivo).

Com palavras mais abrangentes, mais com igual vertente, a jurista Maria Helena Diniz, sintetiza em linhas gerais a teoria subjetiva ensinando que:

- a) a posse só se configura pela união de *corpus* e *animus*;
- b) a posse é o poder imediato de dispor fisicamente do bem, com o *animus rem sibi habendi*, defendendo-a contra agressões de terceiros;
- c) a mera detenção não possibilita invocar os interditos possessórios, devido a ausência do *animus domini*.

A outra teoria, aceita por Ihering, é denominada de Teoria Objetiva. Nessa teoria, o *animus* não é considerado como um elemento caracterizador da posse, pois entende-se que o *animus* já esteja incluído no *corpus*.

Portanto, para que a posse exista, basta o elemento objetivo – *corpus*. A posse é, nada menos do que a exteriorização ou visibilidade do domínio.

O Código Civil Brasileiro acolheu a Teoria de Ihering. No entanto, é fácil perceber que em determinados dispositivos existe alguns resquícios das idéias de Savigny, como se pode perceber na leitura dos artigos que tratam sobre a aquisição e perda da posse.

Assim, na sistemática de nosso direito civil, para que haja a posse, além dos elementos caracterizados apontados por Ihering, deve conter, como ato jurídico que é :

- a) sujeito capaz (pessoa natural);
- b) objeto (coisa corpórea ou incorpórea);
- c) uma relação de dominação entre o sujeito e o objeto, um ter da coisa por parte do sujeito.

O conceito de posse, no direito positivo brasileiro, é dado indiretamente pelo art. 1.196 do Código Civil, ao considerar como possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

A posse é uma situação de fato protegida pelo legislador. Sempre que existir o exercício dos poderes de fato, existirá a posse.

### 3 PROPRIEDADE

Conforme já mencionado anteriormente, é considerado possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Portanto, diante dessa conceituação, não há como dissociar a palavra posse sem falar um pouco sobre a propriedade e sua evolução.

#### 3.1 Conceito e Evolução Histórica

Nos estudos sobre os fundamentos jurídicos da propriedade, diversas são as controvérsias acerca do assunto. Varias teorias foram formuladas sobre a origem e a legitimidade do direito de propriedade. De acordo com Planiol e Ahrens, elas podem ser resumidas em: Teoria da Ocupação, Teoria da Lei, Teoria da Especificação, Teoria da natureza humana.

De todas as teorias que procuram encontrar um fundamento jurídico para o direito de propriedade, essa última – Teoria da natureza humana, é a que conta com o maior número de adeptos. Para eles, a propriedade é inerente à natureza humana, sendo uma dádiva de Deus aos homens. É a teoria acolhida pela Igreja Católica.

A propriedade, juntamente com a religião e a família, pode ser considerada como um dos institutos que desde a mais remota antiguidade se encontra fundada e solidamente estabelecida. O direito de propriedade é o direito mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos.

A propriedade, em razão de seu aspecto econômico e natural, vincula-se diretamente com a existência de agrupamentos humanos e familiares.

A primeira idéia de propriedade surgida em nossa cultura foi a

propriedade comunal. Nesse tipo de propriedade os deuses domésticos tinham o seu altar assente no solo, onde deveriam ficar para adoração da família, pois a família e o solo eram sagrados, protegidos pelos deuses.

É no direito Romano que vamos encontrar a verdadeira raiz histórica da propriedade. Na era romana, haviam duas formas de propriedade coletiva: a da cidade ou gens e a da família. Cada indivíduo possuía uma pequena porção de terra, que não podia ser alienada. Com o desaparecimento da propriedade coletiva da cidade, surgiu a da família, que, diante do fortalecimento da autoridade do *pater familias* foi extinta.

Um dos modelos de organização de propriedade mais conhecida no Ocidente é a do império romano. Registra-se que somente na Idade Média, foi que a propriedade atingiu sua fase peculiar, com a dualidade de sujeitos, os juristas passaram a conceituar a propriedade como sendo o direito de usar (*jus utendi*), fruir (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) da coisa.

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu uma feição individualista. No decorrer dos tempos, o direito absoluto da propriedade romana passou a sofrer algumas limitações, sendo admitido usar, fruir e abusar da propriedade, desde que não prejudicasse a propriedade ou os direitos da vizinhança.

No Brasil, desde as Ordenações Régias Portuguesas, já era possível encontrar diversos dispositivos legais que tratavam de problemas de ocupação da propriedade urbana.

A propriedade é o mais amplo dos direitos reais, pois abrange a coisa em todos os seus aspectos.

### 3.2 Função Social da Propriedade

Ao lado das restrições voluntárias ao direito de propriedade, como as servidões, o usufruto ou as cláusulas de inalienabilidade,

impenhorabilidade ou incomunicabilidade, existem as limitações oriundas da própria natureza do direito de propriedade ou de imposição legal. O princípio da função social da propriedade como limitação ao direito de propriedade, é fundamental para a nova prática do direito urbanístico.

Inúmeras leis impõem restrições ao direito de propriedade, tais como, o Código de Mineração, Código Florestal, Lei de Proteção do Meio Ambiente. Todo esse conjunto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro,

O nosso Código Civil, em consonância com o comando constitucional, no seu art. 1.228, §1º ao 5º, proíbe o uso abusivo da propriedade, devendo ser utilizada para o bem comum. Condicionada está a convivência privada ao interesse coletivo, visto que a propriedade passa a ter função social, buscando equilibrar o direito de propriedade como uma satisfação de interesses particulares, e sua função social.

Prescreve o art. 1.228, § 1º, do Código Civil Brasileiro que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". Acrescenta ainda o § 2º que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".

A antiga concepção de propriedade já não é mais aceita. O direito de propriedade deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado para transformar-se em um direito de finalidade social.

Nos dias atuais, já não se pode mais considerar a propriedade como uniforme e inalterável. Hoje a sociedade entende que urge uma redefinição de propriedade, de forma a permitir-lhe uma melhor utilização em benefício da coletividade.

O nosso ordenamento jurídico não protege o direito de usar a coisa segundo a sua vontade, e, sim, a liberdade do possuidor tem como limite a função social, o bem comum da coletividade. Através de uma concepção mais social, o indivíduo passa a ser encarado como um meio para cumprir uma função, enquanto que a propriedade é formada para responder uma necessidade econômica, em harmonia com sua função social.

O princípio da função social da propriedade é considerado como uma limitação ao direito de propriedade no sentido de que compõe o próprio perfil desse direito, o proprietário deve usar e desfrutar do bem, exercendo esse direito em prol da coletividade. Para Ebert V. Chamoun, a propriedade, sem deixar de ser um *jus* (direito subjetivo), passa a ser um *minus* (direito-dever), exercendo, assim, sua função social.

O direito do proprietário deverá desempenhar uma função social no sentido de que a ordem jurídica confira ao seu titular um poder em que estejam conjugados o interesse do proprietário e o do Estado ou o Social, devendo ser usado e desfrutado em prol da coletividade.

Por esses motivos, a função social visa com que a propriedade seja utilizada de maneira a cumprir o fim a que se destina, devendo ser criada condições para que seja economicamente útil e produtiva, em consonância com o desenvolvimento econômico e os reclamos de justiça social.

#### 4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE FAVELAS E LOTEAMENTOS POPULARES

O termo "regularização" pode ser empregado para conceituar os diversos programas de urbanização das áreas informais, principalmente através da implementação de infra-estrutura urbana e prestação de serviços públicos, bem como as diversas políticas de legalização fundiária das áreas e dos lotes ocupados irregularmente.

Na verdade, a expressão "Regularização Fundiária" tem sido utilizada para expressar um conjunto de ações realizadas por diversos agentes, em especial pelo Poder Público, com o intuito de possibilitar a aquisição da terra pelos moradores de baixa renda, em áreas ocupadas em desconformidade com a legislação urbanística vigente. Nestes casos estão as favelas e os loteamentos irregulares e clandestinos.

De acordo com Rosane Lopes de Araújo, no Curso de Regularização Urbanística e Fundiária de Assentamentos Irregulares de Baixa Renda, publicado na revista *IBAM* – Instituto Brasileiro de Administração Municipal a "regularização fundiária é a posse legal de um imóvel provido de infra-estrutura básica e serviços públicos, localizado em áreas que sofreram intervenção através de programas sociais e que são ocupadas por população de baixa renda."

Dentre os diversos conceitos apresentados pela doutrina sobre Regularização Fundiária, o que tem uma maior afinidade com os tópicos que serão abordados no presente estudo, é aquele que define a Regularização Fundiária como sendo:

o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade- Lei nº 10.257/01, veio para definir os caminhos a serem traçados pelo Poder Público e demais agentes para efetivar a regularização fundiária. Preocupou-se o legislador em traçar os meios legais de conferir às populações de baixa renda a possibilidade de integração a cidadania, mediante a concretização e posse de uma moradia e um meio urbano ordenado, equilibrado e saudável. Cuidou ainda de contemplar as diretrizes

gerais e os diversos instrumentos que oferecem ao poder público municipal maiores possibilidades de intervenção em seu território.

Aparentemente, o Estatuto da Cidade apresenta soluções muito mais apropriadas para a regularização fundiária do que para a ampliação da produção de novas moradias. Através da usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia, se não resolvem todas as dificuldades da regularização jurídica, pelo menos indicam caminhos a serem observados e eliminam algumas limitações.

Uma das maiores dificuldades de atuação do poder público e as principais justificativas às ações de regularização fundiária é o controle urbano, a falta de medidas e instrumentos mais efetivos de acompanhamento do crescimento e da ocupação da cidade é um desafio às iniciativas de sua recuperação urbana.

Além desses obstáculos, o processo de efetivação da regularização fundiária não é tão simples como aparenta ser. O grau de complexidade das titulações de propriedade e os trâmites jurídicos que acompanham as negociações da terra, dificultam bastante os procedimentos da regulação, pois depende de ações conjuntas de várias instâncias de órgãos públicos, de ofícios de registros de imóveis e também de iniciativas do adquirente/ocupante do imóvel.

Legalizar a posse da terra e a sua edificação, não significa a imediata incorporação destas áreas na dinâmica da cidade. Além das medidas de elaboração, operacionalização e implantação, outras medidas sociais, tais como, oportunidade de trabalho, assistência social e moradia, devem ser incluídas a esse processo de forma progressiva.

A melhora nas condições de moradia da população de baixa renda deve ser analisada sob vários aspectos, especialmente sob os pontos de vistas urbanístico, ambiental, paisagístico, lazer, mediante a reurbanização da área usucapida coletivamente. Em princípio esta reurbanização poderá ser concretizada pelo Poder Público, pela iniciativa privada ou também pelos próprios interessados.

No entanto, na ausência de soluções preventivas, que parece estarem longe, resta ao Poder Público, em princípio, somente três alternativas, quais sejam: ignorar os fatos, despejo forçado ou regularização das ocupações. Considerando que mais de 2/3 da população vive em situações irregulares e clandestinas, não há outra opção senão a tentativa de regularizar essas ocupações, apesar de serem inexpressivos os resultados, especialmente nas capitais.

Diante desse contexto, a Regularização Fundiária tem por finalidade não apenas o reconhecimento da segurança individual da posse para os ocupantes, mas principalmente o objetivo da integração sócio espacial dos assentamentos informais, implicando melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

## 5 OS DIFERENTES TIPOS DE IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA

O direito à moradia e o direito às cidades sustentáveis é reconhecido mundialmente como um direito humano, seja através de declarações ou tratados internacionais onde o Estado Brasileiro participa. Entre tantos, destacam-se os seguintes: a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (art.XXV, item 1), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 11), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de 1965 (artigo V), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (artigo 14.2, item h), a Convenção sobre Direitos da Criança de 1989 (artigo 21, item 1), a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 (Seção III (8) e Capítulo II), a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Capítulo 7, item 6).

A nossa Carta Magna também consagrou esse direito como um direito humano, conforme previsão expressa no art. 6º.

Como um direito integrante da categoria dos direitos sociais, é necessário uma ação positiva do Estado através de implantação de políticas públicas, para sua efetivação jurídica e social. No entanto, a realidade não é essa. Nas últimas décadas de crescimento urbano, dezenas de milhões de brasileiros só tem tido acesso à moradia e ao solo urbano através dos assentamentos informais e ilegais. Cada vez mais, as ocupações irregulares tem se fixado nas áreas ambientais mais frágeis, ocasionando uma grande devastação para o meio ambiente.

Ao longo dos últimos anos as principais formas de habitação nas cidades brasileiras são as favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais em condições precárias ou abandonados, loteamentos clandestinos, cortiços, habitações coletivas em condições precárias nas regiões centrais da cidade casas de fundo, ocupações de áreas públicas sob pontes, viadutos, marquises, nas beiras de rios e mesmo, em uma das principais avenidas da cidade de São Paulo, "casas" sendo construídas em cima de árvores.

Essas diferentes maneiras de irregularidade fundiárias ocorrem em diversas áreas urbanas, especialmente nas áreas desprezadas pelo mercado imobiliário, tais como: a) Áreas Loteadas e ainda não ocupadas – muitas vezes a população de baixa renda ocupa áreas públicas, destinadas as praças, parques, áreas verdes e equipamentos comunitários. Também nas áreas loteadas é comum verificar casas serem construídas em desconformidade com a marcação dos lotes; b) Áreas Alagadas – é comum o aterramento de grandes áreas de manguezal ou charco, para construção de favelas e cortiços; c) Áreas de Preservação Ambiental – apesar de existirem inúmeras ocupações em serras, restingas, dunas e mangues, as áreas ambientais mais atingidas são as de mananciais e as margens de rios e canais; d) Áreas de Risco – existem muitas ocupações em terrenos de altas declividades, sob redes de alta tensão, ou nas faixas de domínio de rodovias, gasodutos e troncos de distribuição de água ou coleta de esgotos.

As conseqüências dessa crescente proliferação de processos in-

formais e ilegais têm trazido prejuízos incalculáveis para a população urbana, seja sócio econômicas, urbanísticas ou ambientais.

O Estado Brasileiro precisa enfrentar com muita disposição e persistência essa situação, procurando encontrar soluções que visem eliminar a exclusão espacial e social, pois o direito à moradia é um mandamento constitucional e o Estado tem a obrigação de adotar ações, políticas e demais medidas para assegurar e tornar efetivo esse direito, especialmente para aqueles que se encontram no estado de pobreza e miséria nas cidades brasileiras.

## 6 INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA - INSTITUTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

Dentre os institutos jurídicos e políticos elencados no artigo 4º, inciso V, do Estatuto da Cidade, cabe fazer uma sucinta análise apenas de alguns deles, tendo em vista sua importância para o estudo aqui proposto. São eles: Zonas Especiais de Interesse Social(f), Concessão de Direito Real de Uso(g), Concessão de uso especial para fins de moradia (h), Usucapião especial de imóvel urbano(j), e a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (r).

As Zonas Especiais de Interesse Social serão delimitadas pelo Poder Público, através do Plano Diretor, e classificadas em razão das características de uso e ocupação da área urbana. Através deste instrumento pode-se conferir eficácia a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, onde a prefeitura municipal poderá promover a regularização de loteamento para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e para defender os direitos dos adquirentes.

A Concessão de Direito Real de Uso (CDR) é um instituto anterior a publicação do Estatuto da Cidade, que permite ao Poder Público legalizar terrenos particulares e públicos, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social, à título oneroso ou gratuito, podendo ser



transferido por herança, ou por venda se houver anuência do concedente. Instituído em âmbito nacional através do Decreto-Lei nº 271/1967.

Os instrumentos que serão abordados no presente trabalho são apenas aqueles que referem-se a dimensão jurídica da regularização fundiária, ou seja, o Usucapião Especial de Imóvel Urbano e a Concessão de Uso Especial para fins de moradia em Imóveis Públicos.

O Estatuto da Cidade propõe a regularização fundiária de imóveis privados ocupados por moradia popular, através do instrumento do Usucapião (art. 9-14), praticamente uma repetição do artigo 183 da Constituição Federal. Já os artigos que se referiam à regularização de imóveis públicos ocupados (art. 15-20) foram vetados pela Presidência da República, e incorporados parcialmente através da Medida Provisória 2.220/01.

### **6.1. Usucapião Especial de Imóvel Urbano – Individual e Coletivo**

A Constituição Federal de 88 trouxe para o nosso ordenamento jurídico o instituto do Usucapião Urbano. No art. 183 estabeleceu expressamente que "aquele que possuir como seu, área urbana de até 250m<sup>2</sup>, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-se para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". O novo Código Civil apenas reafirmou esta modalidade.

Na verdade, a usucapião já vem sendo utilizado há algum tempo pelos ocupantes das terras "sem dono". É considerado como a forma originária de aquisição do direito de propriedade, legalmente dada ao possuidor, que ocupa áreas de terras como sendo suas sem oposição, pelo prazo fixado em lei. O reconhecimento da aquisição da propriedade pelo usucapião, em terras particulares, leva à aquisição do domínio pleno, ou seja, a propriedade com suas características intrínsecas de uso,

gozo e disponibilidade, desde que respeitada sua função social.

De acordo com o Estatuto da Cidade, a Usucapião Especial de Imóvel Urbano é um instrumento de regularização fundiária das áreas particulares ocupadas por população de baixa renda para fins de moradia, desde que atendidos alguns requisitos legais.

Diante da realidade de milhões de famílias brasileiras pobres que, por estado de necessidade social, encontram-se vivendo em favelas cortiços, conjuntos habitacionais invadidos e loteamentos irregulares na chamada cidade clandestina, esse instituto é considerado um dos mais importantes instrumentos, pois simultaneamente cumpre duas finalidades. A primeira é a de instrumento de regularização fundiária que garante o direito à moradia a esses segmentos sociais e a segunda é a observância no cumprimento da função social da propriedade por meio da promoção de uma política de regularização fundiária.

Os requisitos indispensáveis para sua efetivação consistem em que o morador deve estar residindo, por cinco anos ininterruptos, em uma área urbana particular de até 250m<sup>2</sup>, sem oposição nem interrupção, isto é, comprovar que a posse não foi contestada por ninguém e que não foi interrompida, e, que é exercida de forma pacífica. Deverá ainda ser comprovado que o possuidor não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Quanto ao Usucapião coletivo, deverão ser observados todos os requisitos acima, com exceção ao tamanho da área, que deverá ser superior a 250m<sup>2</sup>, e ainda ficar comprovado que não foi possível identificar individualmente o lote ocupado por cada morador.

O Estatuto da Cidade nos seus arts. 9º e 14º, estabeleceu de forma clara, com pormenores, a utilização de um dos mais importantes instrumentos de ordenação do meio ambiente, disciplinou o denominado usucapião especial de imóvel urbano e classificou em duas modalidades: usucapião individual e usucapião coletivo.

A Lei nº 10.257/01, em seu art. 9º determina que aquele que possuir como sua, área ou edificação urbana, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Esse direito será reconhecido individualmente ao homem ou a mulher, ou a ambos.

Já o artigo 10, criou a figura do usucapião coletivo (figura nova de constitucionalidade duvidosa) de áreas urbanas superiores a duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas em regime de comosse, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, pela população de baixa renda para sua moradia, durante o prazo ininterrupto e sem oposição de 05 anos.

É importante destacar ainda que somente as áreas urbanas particulares, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ocupadas por população de baixa renda, são passíveis de serem adquiridas pelo Usucapião Urbano Coletivo. Se for uma área urbana ocupada por população de renda média ou alta não é cabível o Usucapião Urbano Coletivo.

A aplicação desse instrumento jurídico da política urbana, criado pelo artigo 183 da Constituição Federal para regularização fundiária, aliado aos da urbanização, permitirá aos municípios brasileiros a reversão do quadro comum da ocupação do solo urbano.

### **6.2. A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia – Individual e Coletiva**

O direito à concessão de uso especial para fins de moradia foi reconhecido pela Constituição Federal, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 183. Apesar de ter sido vetado pelo Presidente da República os artigos do Estatuto da Cidade que tratavam sobre esse instrumento, ele parcialmente foi incorporado entre os institutos jurídicos e políticos a serem utilizados para

a “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sócias da cidade e da propriedade urbana”.

Nos termos do veto nº 730, os artigos 15 a 20 que regulamentavam no Estatuto esse instrumento foram integralmente vetados pelo Presidente da República. Pressionado pelos prefeitos municipais e entidades de moradores de favelas em áreas públicas, o Governo Federal resolveu instituir e disciplinar a sua utilização através da Medida Provisória nº 2.220, publicada em 05 de setembro de 2001, em vigor desde então, para regulamentar a concessão especial de uso mencionada no artigo 183, parágrafo 1º da Constituição Federal, de forma individual ou coletiva, de áreas públicas federais, estaduais, municipais ou do Distrito Federal, de até 250m<sup>2</sup>, localizados em área urbana.

Diferentemente da Usucapião, na Concessão de Uso Especial o domínio do imóvel continua pertencendo ao Poder Público, pois o possuidor obtém apenas o direito de uso para fins de moradia, que poderá ser extinto se este deixar de manter o uso do imóvel para finalidade de sua própria moradia ou de sua família.

Segundo alguns constitucionalistas que estudam a matéria, não existe dúvida que o título de domínio será concedido em relação àqueles imóveis que foram usucapidos (imóveis cujos proprietários eram particulares) e a concessão de uso, será outorgada ao possuidor do imóvel público. Portanto, aquele que ocupar, como sua, área urbana pública até 250m<sup>2</sup>, sem oposição e que não seja titular de imóvel urbano ou rural, tem o direito subjetivo de obter do Poder Público a Concessão de uso do imóvel.

A concessão de uso especial para fins de moradia é um dos meios de garantir a posse e a permanência daqueles que estariam em condições de adquirir a propriedade desses bens através da Usucapião, caso não fossem públicos.

De acordo com o artigo 1º da Medida Provisória nº 2.220, o direito a concessão de uso especial para fins de moradia é reconheci-

do para aquelas pessoas que atendam os requisitos abaixo elencados, quais sejam:

- a) tratar de área pública;
- b) até 30 de junho de 2001 possuírem como seu por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição imóvel público de até 250m<sup>2</sup> situado em área urbana;
- c) estiverem utilizando o imóvel público para sua moradia ou de sua família;
- d) não serem proprietários ou concessionários, a qualquer título de outro imóvel urbano ou rural.

Na concessão coletiva de uso especial também deverão ser obedecidos os mesmos requisitos, acrescentando-se que deverá ficar caracterizada a composses, segundo a qual cada possuidor tem a posse sobre partes ideais da coisa, exercendo-a de modo que não exclua igual direito por parte de cada um e a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados pelos possuidores e que a população ocupante seja de baixa renda, observando, no entanto, que a área deverá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

É importante mencionar que não é possível a Concessão de Uso especial para fins de moradia nas áreas públicas ocupadas por população de renda média ou alta, somente para a população de baixa renda. Deverá existir a composses e os efeitos jurídicos da posse que é mantida por uma pessoa tem a mesma validade para a posse que é mantida de forma coletiva.

Igualmente ao Usucapião, essa norma constitucional é um direito subjetivo, que deixa de ser uma faculdade, mas sim uma obrigação do Poder Público para promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda, bastando, para tanto, que a pessoa atenda os requisitos constitucionais estabelecidos na MP que terá seu direito à moradia reconhecido mediante uma decisão do Judiciário.

## 7 CONCLUSÃO

A regularização fundiária, como se vê, não se encerra em um ato isolado, mas uma cadeia de atos para efetivar um procedimento muito difícil. Todos nós sabemos os meandros burocráticos existentes para sua efetivação. Leis, regulamentos, decretos, portarias, todas emanadas da Administração direta e indireta, regulam esse emaranhado de atitudes, que devem ser tomadas pelos interessados para aprovação dos projetos habitacionais, sob pena de se proceder de forma irregular.

É fundamental que todos dêem a sua contribuição, e criem mecanismos efetivos e eficazes de reconhecimento de aquisição para que o ato se materialize. Qualquer iniciativa que tenha como objetivo viabilizar uma política habitacional, propondo enfrentar com seriedade a situação de ilegalidade que atinge mais de 50% dos imóveis e a promover um equilibrado e saudável ambiente para moradia, com acesso à infra-estrutura e equipamentos urbanos, visando o bem estar dos municípios e a promoção do desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Os problemas decorrentes de assentamentos irregulares em áreas urbanas, se renovam a cada dia, com conseqüências trágicas, mostradas diariamente pelos meios de comunicação (deslizamentos de encostas, condições subhumanas de moradia, violência, ausência de equipamentos urbanos do Estado, etc).

Neste momento em que discussões sobre a busca de políticas sociais adequadas, com concentração de investimentos de forma coordenada e integrada, se fazem presentes na agenda política brasileira, é importante a inclusão do tema sobre regularização fundiária, como forma de resgate de dignidade destes cidadãos.

A implementação do Estatuto da Cidade dependerá, fundamentalmente, da capacidade de mobilização e articulação de todos os setores que têm como perspectiva a construção de uma cidade mais justa e democrática. Os institutos de regularização fundiária regula-

mentados pela Lei, possibilitam a conquista do direito fundamental da pessoa humana à moradia no meio urbano. E é exatamente o fato de criar essa possibilidade, que não deverá existir nenhum obstáculo para sua implementação.

O grande desafio das políticas urbanas que precisamos construir será o de incluir nos beneficiários da cidade moderna toda a população urbana. Essa inclusão pressupõe tornar disponíveis a cada família todos os serviços essenciais, tais como, infra-estrutura, saneamento básico, os serviços públicos de iluminação, recolhimento de lixo, transporte adequado, o acesso aos equipamentos e serviços de educação e saúde, o crédito para a moradia, com a família decidindo onde e como morar, na proporção de suas possibilidades.

Dada a relevância da matéria para o bem-estar de toda a coletividade, e o celerê crescimento dos aglomerados urbanos, esse desafio aumenta mais ainda com a necessidade em conciliar os interesses sociais, políticos, econômicos e profissionais, tanto na esfera administrativa, quanto junto à comunidade e profissionais envolvidos no desenvolvimento urbano, com a missão constitucional do Poder Público em ordenar a ocupação, o uso e o parcelamento do solo urbano e rural do seu território, no superior interesse de preservação do meio ambiente.

Esta exposição pretende promover uma reflexão sobre o tema aqui versado, e a partir das questões aqui apresentadas, exista mais vontade política do Estado e da população em permitir que o povo tão sofrido possa ver tornar-se realidade a solene promessa constitucional de que todas as pessoas serão dignas, e, sobretudo, a garantia de viver no meio urbano, onde as diferenças se encontram e a interação social se estabeleça.

Apesar dos diversos caminhos indicados pelo Estatuto da Cidade para a regularização fundiária, não podemos considerá-lo como uma vitória total, precisamos continuar firmes, democráticos, políticos, articulados, solidários, nesta longa jornada para a construção de uma cidade mais justa, igualitárias, cidadãs, integradoras, belas, alegres, éticas e solidárias.

Estas eram, em suma, as impressões que tinha a apresentar sobre o tema.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT - NBR 6023: informação e documentação: referências - elaboração. Rio de Janeiro: 2002.
- BASTOS, Núbia Maria Garcia Bastos. *Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos do centro de ciências jurídicas*. Fortaleza; Unifor. 2003.
- BONAVIDES, 8.ed. Paulo; *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros. 1999.
- BRASIL. 21.ed. *Constituição da República Federativa*. Saraiva. São Paulo: 1999
- CÂMARA, Alexandre Freiras. *Aspectos Processuais do Usucapião Urbano Coletivo*. Disponível em <http://www.netflash.com.br>. Acesso em 24 jun. 2004.
- CURSO DE REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA E FUNDÁRIA DE ASSENTAMENTOS IRREGULARES DE BAIXA RENDA. Instituto Brasileiro de Administração Municipal. IBAM. Rio de Janeiro. 2004.
- DALARRI, Adilson Abreu e Sérgio Ferraz. *Estatuto da Cidade. Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001*. Editora Malheiros.
- ESTATUTO DA CIDADE. Guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 2.ed. Brasília: 2002
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002
- FÓRUM DE DIREITO URBANO E AMBIENTAL. Belo Horizonte; Editora Fórum. Ano 1. Nº 05. 2002.
- GASPARINI, Diógenes. *Estatuto da Cidade*. Brasília. NDJ, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídica. Direito das Coisas*. Editora Saraiva. São Paulo. 1999.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2000*. Rio de Janeiro
- LEAL, Rogério Gesta. *A Função Social da Propriedade e da cidade no Brasil - Aspectos jurídicos e políticos*. Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 1988.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, v.3, 2000.

MORAES, Alexandre. 7.ed. Direito Constitucional. São Paulo. Editora Atlas. São Paulo. 2000.

MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade. Anotações à Lei nº 10.25 de 10.07.2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. 3.ed. Novo Código Civil Brasileiro. - Estudo Comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REGULARIZAÇÃO da Terra e Moradia: O que é e como implementar. São Paulo: Gráfica da Caixa Econômica Federal, 2003.

SAULE, Nelson Jr. Nota Política sobre os vetos do Estatuto e as Conquistas da Reforma Urbana. Disponível em <http://www.polis.org.br/>, Acesso em 20 março 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Usucapião coletivo no novo Código Civil. Disponível em <http://www.iusnet.com.br/>, Acesso em: 24 mar. 2004.

WALD, Arnoldo. 10.ed. Direito das Coisas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.3, São Paulo:1995.

## OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA POLÍTICA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE

**Maria Fátima Nóbrega de Araújo**  
Procuradora do Município

- 1 Introdução
- 2 Fundamentos constitucionais do estatuto da cidade
- 3 Objetivos da política urbana
- 4 Instrumentos da política urbana
  - 4.1 Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios
  - 4.2 Do Iptu Progressivo no tempo
  - 4.3 Da desapropriação com pagamentos em títulos
  - 4.4 Do Direito de superfície
  - 4.5 Direito de preempção
  - 4.6 Outorga onerosa do direito de construir
  - 4.7 Das operações urbanas consorciadas
  - 4.8 Transferência do direito de construir
  - 4.9 Instrumento de regularização fundiária
- 5 Conclusão
- 6 Referências bibliográficas

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende oferecer uma visão panorâmica e superficial dos mais significativos instrumentos oferecidos pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.7.2001), considerando as intervenções no planejamento urbano, que podem ser levadas a efeito em face das diretrizes de tão relevante diploma legal. Suas normas têm por princípios basilares a gestão democrática, o planejamento urbano e a função social da propriedade.

Sua linguagem clara desmistificadora é propositiva, posto, que uma das tônicas do Estatuto da Cidade é propiciar o acompanhamento e a participação das comunidades envolvidas nas intervenções urbanas, como um nova forma de pensar e realizar o planejamento urbano nas cidades.

Com efeito, as diretrizes constantes desse diploma legal, não constituem hipóteses estanques de intervenção urbana, mas antes de tudo uma plêiade de possibilidades e metodologias que se complementam, a serem empregadas na perspectiva da gestão democrática das cidades.

## 2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTATUTO DA CIDADE

A Constituição de 1988 foi pioneira ao destinar um capítulo à política urbana, já que as anteriores não cuidaram da matéria. A política urbana pode ser entendida como o conjunto de planos e ações do poder público que visem o planejamento dos espaços habitáveis, numa perspectiva econômica e social, onde são contemplados as mais variadas funções exercidas no espaço urbano, tais como habitação, trabalho, circulação lazer, etc.. Tais funções urbanas por sua vez, necessitam de um planejamento cada vez mais aprimorado para o atendimento crescente das demandas da população no espaço urbano, devendo contemplar não só as necessidades do momento mas a previsão futura, de modo a acompanhar e satisfazer o crescimento de tais demandas nas cidades.

O art. 182 da Constituição Federal vêm definir não só a principiologia a que a política urbana deve se pautar "...tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.", mas também a forma através da qual realizará tais objetivos, qual seja, através do Plano Diretor, que por sua vez deverá ser elaborado conforme as diretrizes gerais fixadas em lei, que no caso é a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001- Estatuto da Cidade.

O art. 3º da lei, repete o art. 24 da Constituição Federal ao definir que compete à União "legislar sobre normas gerais de direito urbanístico". A compreensão do significado de "normas gerais" é fundamental para aplicação do Estatuto. O Min. Carlos Veloso na ADIn 927-RS, elucida com maestria o tema quando afirma que "a norma

geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências". (In citação de Régis Fernandes de Oliveira, Comentários ao Estatuto da Cidade, Editora Revista dos Tribunais, pg.30). Acrescenta ainda o mesmo autor, "Por serem princípios, devem apresentar generalidade maior que as leis. Se adentrarem no particular, no especial, estarão ocupando a reserva atribuída à competência do ente federado menor, com o que serão inconstitucionais". (mesma obra e página).

As normas do mencionado Estatuto, ressalvadas aquelas que eventualmente possam colidir com a própria Carta Magna na repartição de competências entre as esferas de poder inerentes ao pacto federativo, e aquelas que o próprio Estatuto da Cidade excepciona, são cogentes, ou seja, de cumprimento obrigatório, não admitindo transigência, cabendo ao município o seu disciplinamento, em atendimento às regras gerais como se caracterizam as normas do multicitado diploma legal.

Fugindo a eventuais particularidades, que só o estudo específico da matéria elucidaria, bem como reconhecendo que só uma exegese sistemática da Carta Magna pode delinear as competências constitucionais em relação a cada ente federativo, pode-se afirmar entretanto, que são competentes para dispor sobre urbanismo os três níveis de governo, nos limites definidos na Constituição Federal, como bem exemplificam os arts. 21, XX no tocante a instituição de diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, o art.23 que define competência comum dos três níveis de governo quanto à ações relativas às questões urbanas, nos limites de sua área de atuação e finalmente, o art. 30, I, que genericamente atribui aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, e especificamente no art. 182 atribui a competência legislativa e executiva da política urbana aos municípios, limitada pelas diretrizes gerais emitidas pela União, diretrizes essas agora definidas pelo Estatuto da Cidade-Ecid.

Visa, portanto, o Estatuto da Cidade dar concretude as normas e princípios constitucionais, não podendo ser analisado isoladamente, mas sempre na perspectiva da harmonização com os preceitos constitucionais, uma vez que é a Carta Magna indiscutivelmente fundamento de validade de nosso ordenamento jurídico.

### 3 OBJETIVOS DA POLÍTICA URBANA

O Estatuto da Cidade veio consolidar a política urbana não como uma sucessão de intervenções sem um macro direcionamento, nítido, mas sim privilegiar o planejamento urbano, definindo objetivos e elegendo diretrizes básicas, na perspectiva de uma visão sistematizada das questões urbanas. Nesse sentido é o enunciado de seu art. 2º caput, que prevê "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana" de modo a garantir o direito das cidades sustentáveis" (incisos I, V, VIII e X). O conceito de cidades sustentáveis, por sua vez, nos remete a idéia de justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. O desenvolvimento sustentável pressupõe não só o crescimento econômico, não sendo entendido este como um fim em si mesmo, devendo atrelar-se necessariamente a satisfação das necessidades humanas que nas cidades, têm por indicadores a satisfação das demandas por habitação, lazer, circulação, saneamento, saúde, educação, transportes etc., acesso a equipamentos comunitários e serviços públicos em geral, de modo a realizar o desenvolvimento social.

O alcance de tais objetivos pressupõe uma gestão democrática, a exigir a participação popular e das associações representativas, na formulação, execução e acompanhamento de planos e programas e projetos de desenvolvimento urbano, na dicção do art. 2º inciso II do Ecid.

### 4 INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA

A realização dos objetivos retro mencionados exige instrumentos, que o Ecid foi pródigo em oferecer, ora reformatando al-

guns já existentes, ora oferecendo novos instrumentos, de modo a dar aos Municípios uma gama de opções para realização de seu desiderato constitucional, qual seja a realização da função social da propriedade.

Dentre os novos instrumentos destacam-se o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a concessão de uso para fins de moradia, a gestão orçamentária participativa e o estudo prévio de impacto de vizinhança dentre outros instrumentos. Procuraremos sinteticamente, fazer uma breve análise de algumas das figuras indicadas, que reputamos mais importantes.

#### 4.1 Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios.

Dispõe o art. 5º do Ecid, que "lei municipal específica para área incluída no Plano Diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação."

Portanto, veio o instrumento em análise prevenir a subutilização ou não utilização de terrenos situados em áreas contemplados por infra-estrutura ociosa e para as quais haja demanda do mercado imobiliário (art. 42, I), de forma a evitar a retenção especulativa do imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização.

A aplicação do preceito constante do art. 5º referido, em face de inadequada utilização do imóvel urbano segundo os parâmetros do Plano Diretor, pressupõe entretanto, lei específica, definindo prazos e condições para que o proprietário cumpra tal obrigação de fazer, o qual deverá ser notificado para tal, devendo apenas em caso de desatendimento da obrigação, ficar sujeito ao IPTU progressivo no tempo e após certo lapso temporal, à desapropriação.



Desta forma para que a propriedade que não cumpra sua função social, seja apenada com tal instrumento faz-se necessário a edição de dois tipos de leis municipais, quais sejam, o Plano Diretor que deverá prever a aplicação de tal instrumento e lei específica que indicará áreas sujeitas a tal obrigação de fazer, bem como os padrões mínimos do solo urbano na região.

#### 4.2 Do Iptu Progressivo no Tempo

Caracteriza-se pela utilização de tributo com fins não arrecadatórios, mas extrafiscais, ou seja, instituído com fins de inibir ou incentivar comportamentos dos contribuintes.

A progressividade, portanto, caracteriza-se pela multiplicação da alíquota do IPTU em circunstâncias normais. A progressividade no tempo trata-se de pressuposto para utilização extrafiscal do IPTU, como instrumento para coibir os usos desconformes. Sua aplicação tem respaldo constitucional, no art. Art. 182, § 4º do Texto Fundamental já referido, *in verbis*:

“Art. 182.....

§ 4º- É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena sucessivamente, de:

- I- parcelamento ou edificação compulsórios;
- II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III- desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Como preleciona Uadi Lammêgo Bullos “o imposto progressivo é gradual, subindo ao longo do tempo, observado o ditame da anualidade, o qual limitará esse aumento uma vez ao ano ( art. 150, III, b). (*In* Constituição Federal Anotada, Editora Saraiva, 4ª Edição, 2002, pg.1164).

Ao tratar do IPTU no Art. 156 § 1º, a Carta magna na redação dada pela emenda 29/2000, assim prevê sua utilização:

“Art. 156.....

§ 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá:

- I- ser progressivo em razão do valor do imóvel; e
- II- ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.”

Entretanto, a jurisprudência vem se consolidando à luz dos demais preceitos constitucionais relativos aos tributos na própria Constituição, no sentido da utilização da progressividade em relação ao IPTU só ser admitido para fins extrafiscais como os preconizados pelo Estatuto da Cidade, como bem declarou o Min. Moreira Alves debruçando-se sobre o tema no RE 153-771-MG: “.....Assim, a Constituição de 1988, ao estabelecer, no art. 156, § 1º, que o IPTU “PODERÁ SER PROGRESSIVO NOS TERMOS DA LEI MUNICIPAL, DE FORMA A ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE” só admitiu essa progressividade extrafiscal em atenção a coisa ( função social do direito de propriedade sobre o imóvel), não permitindo sequer a possibilidade de, com a relação a esse imposto, se impor uma progressividade vinculada a situações pessoais do contribuinte, o que demonstra inequivocamente – e isso decorre até da circunstância de ter sido esse dispositivo colocado no capítulo concernente ao sistema tributário nacional – a exarcebção do caráter real desse imposto, o qual passou a alcançá-lo ainda quando utilizado para finalidade extrafiscal. Daí terem razão os autores nacionais (...)

que sustentam que, em face da Constituição de 1988, a única progressividade admitida para o IPTU é a extrafiscal destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.” .....( Em citação de Ozório Silva Barbosa Sobrinho, na obra Constituição Federal vista Pelo STF, Editora Juarez de Oliveira, 3ª Edição, pg. 1250).

#### 4.3 Da Desapropriação com Pagamento em Títulos.

A utilização do instrumento, pressupõe a recalitrância do proprietário do imóvel urbano, em adequa-lo aos padrões mínimos de utilização previstos no Plano Diretor e legislação específica para a região e será passível de utilização; após o período máximo de 05 (cinco) anos, tendo sobre seu imóvel a incidência da progressividade do IPTU.

Esse tipo de desapropriação pressupõe que o município tenha títulos da dívida pública, com os quais pagará a indenização pela desapropriação e que serão resgatados no prazo de 10 (dez) anos.

Em tais casos, se obriga o município no prazo máximo de 05 (cinco) anos contados da incorporação do imóvel ao patrimônio público, dar o adequado aproveitamento do imóvel, obrigação essa que se transmite a terceiro que venha utilizá-lo ou adquiri-lo, o que poderá ser feito sempre através de licitação.

A utilização desse instrumento não é obrigatória, podendo o município para conseguir os objetivos preconizados no Plano Diretor fazer uso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e do IPTU progressivo no tempo, caso não tenha títulos da dívida pública para o pagamento das indenizações.

#### 4.4 Do Direito de Superfície

É o desmembramento da propriedade, na qual perde o proprietário em favor do superficiário a exclusividade sobre um ou mais

componentes do seu terreno, assim entendido, que o mesmo é constituído de solo, sub-solo e espaço aéreo.

Constitui a propriedade superficiária, radical mudança de ideologia jurídica uma vez que se contrapõe ao tradicional princípio do Direito Romano segundo o qual todas as construções sobre o solo acede ao mesmo. A partir desse instrumento o proprietário poderá transferir a outrem o direito de superfície de seu terreno.

O Poder Público poderá através de normas de uso e ocupação do solo, definir as áreas consideradas subutilizadas ou não utilizadas, que deverão atender às exigências do desenvolvimento urbano, sob pena de ficarem sujeitas à aplicação de sanções, para que a propriedade cumpra sua função social. Sendo determinado por lei disciplinadora do uso e ocupação, diretriz no sentido de que sua função social é a edificação, como prevê o Ecid, os respectivos proprietários privados poderão alienar o direito de superfície de seus terrenos para que outra pessoa ou empresa construa, podendo constituir inclusive em elemento barateador das unidades habitacionais ou comerciais.

A transferência do direito de construir será realizada através de registro de escritura pública no Cartório de Registro de Imóveis, de modo a permitir ampla publicidade do ato constitutivo do direito, possibilitando que o adquirente do solo, do subsolo ou do espaço aéreo tenha absoluta clareza quanto ao imóvel que pretende adquirir, especialmente que o mesmo foi desmembrado nestes três planos. Ressalte-se que o direito de superfície poderá ser dado em garantia hipotecária para assegurar as obrigações assumidas pelo superficiário em relação a terceiros, caso em que a duração da hipoteca não será maior do que a da própria concessão da superfície.

Há ainda a possibilidade de sua utilização se dar em relação a terrenos públicos, em razão de determinações constantes do Plano Diretor e lei de uso e ocupação do solo, em função de algum interesse público que pretenda o município estimular, como é exemplo a preservação de edificações de valor histórico.

#### 4.5 Direito de Preempção

Constitui-se de uma preferência do Poder Público em relação a particulares, na aquisição de imóveis urbanos objeto de alienação onerosa entre particulares, os quais devem estar previamente definidos em lei como insitos em áreas de interesse para o Município. Em caso de estar o proprietário interessado em vender seu imóvel e sendo ele inserido em área previamente definida em lei como de interesse para o município, em razão de algum programa ou projeto, como os elencados no art. 26 do Ecid, ficará obrigado o particular a oferecer ao município seu imóvel à venda, oferta essa que deverá se dar pelo mesmo preço de mercado. Cumpre ressaltar que a venda realizada em desatendimento a essa preferência, ou aos procedimentos definidos nos artigos subsequentes do Ecid que regulam a matéria, fulminará de nulidade a operação.

Sua aplicabilidade se apresenta como recomendável para projetos a longo prazo, configurando-se mais como um coadjuvante na intervenção do Poder Público na esfera particular, uma vez que a desapropriação é o instrumento muito mais eficaz, possibilitando a realização de projetos de interesse público e social em tempo senão rápidos, mas pelo menos mensuráveis.

A destinação das áreas a serem sujeitas a preempção se dará pelo prazo de 5 (cinco) anos, prazo esse renovável após um ano contado a partir do fim do prazo inicial.

#### 4.6 Outorga Onerosa do Direito de Construir

Este instrumento como também o de Direito de Superfície se fundamenta na nova concepção do direito de propriedade, qual seja a da separação do direito de construir do direito de propriedade na perspectiva do aproveitamento do solo urbano a partir da realização da função social da propriedade, preconizada pela Carta Magna. Reconhece-se assim que o direito de construir tem um valor em si mesmo, independente do de propriedade podendo adicionar ou subtrair valor a esta.

José Afonso da Silva define o solo criado, antiga denominação da outorga onerosa do direito de construir, como "toda edificação acima do coeficiente único, quer envolva ocupação de espaço aéreo quer a de subsolo". (*in* Direito Urbanístico, Editora Malheiros, 2ª Edição, p. 236).

Pressupõe a definição de um quociente básico de aproveitamento e um outro que poderá ser outorgado pelo Poder Público dentro de um limite máximo, a ser determinado pelo Plano Diretor em relação a determinadas áreas, na perspectiva de um melhor aproveitamento da infra-estrutura existente e em face da densidade projetada para a área, induzindo assim o desenvolvimento urbano na cidade. Portanto, o art. 28 do Estatuto se refere a duas hipóteses de quociente de aproveitamento: o quociente de aproveitamento básico (art. 28 caput) e os quocientes de aproveitamento a serem objeto da outorga onerosa do direito de construir, até os limites máximos previstos no Plano Diretor.

Prevê ainda o Ecid em seu art. 29 a outorga onerosa do direito de construir em face de alteração de uso, mediante contrapartidas, possibilidade essa que deve ter por parâmetro igualmente a proporção da infra-estrutura existente e densidade projetada para área. Isso porque as condições da infra-estrutura urbana em determinadas áreas podem indicar que a outorga onerosa é desaconselhável, uma vez que contrariaria metas de adensamento ou desadensamento adotadas pelo Plano Diretor.

Estabelece o Ecid ainda, que os recursos auferidos com a outorga onerosa só podem ser aplicados em projetos de regularização fundiária, habitação de interesse social, constituição de reservas fundiárias, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários e áreas verdes e de lazer, áreas de interesse ambiental ou patrimônio histórico, cultural ou paisagístico.

#### 4.7 Das Operações Urbanas Consorciadas

O art. 32, § 1º do Estatuto, definiu operação urbana consorciada como "o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental".

Como argumenta na acepção de Paulo José Vilela lomar "operação urbana, assim compreendida implica a recuperação ambientes degradados e a adequação de infra-estrutura urbana, serviços e edificações a novas funções e novas tecnologias, dentro da perspectiva de adaptação das cidades aos atuais processos de transformação econômica, social e cultural. Esta orientação mais recente expressa uma certa descrença quanto à eficácia apenas normativos de planejamento e se apresenta como estimuladora da adoção de uma modalidade de planejamento estratégico mais interventiva sobre a realidade urbana mediada por ampla negociação entre os diversos agentes públicos, empreendedores privados e sociedade civil." (*in* Estatuto da Cidade, Editora Malheiros, 1ª Edição, pg. 249).

A adoção do instrumento deve ser decorrente da estratégia adotado pelo Plano Diretor, devendo a lei específica baseada no Plano, indicar além da área a ser objeto da operação urbana consorciada o objetivo que se pretende alcançar com a operação. Os requisitos para a implementação da operação acham-se elencados no art. 33 do Estatuto.

#### 4.8 Transferência do Direito de Construir

Trata-se da possibilidade de que o proprietário de imóvel público ou privado, considerado necessário pelo Plano Diretor e lei municipal urbanística, para determinadas intervenções urbanas, possa exercer em outro local, ou alienar o direito de construir. As intervenções que autorizariam tal transferência do direito de construir são

a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental ou paisagístico, social ou cultural, e servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

É instrumento valioso para o Poder Público no direcionamento das funções urbanas fornecendo o necessário suporte ao município para subordinar o exercício individual do direito de construir a uma necessidade social ou ambiental, através da transferência do exercício desse direito para outro local.

#### 4.9 Instrumentos de Regularização Fundiária

Dentre os instrumentos arrolados pelo Estatuto nos termos do art. 4º, inc. V, destacam-se a Concessão de uso especial para fins de moradia e o usucapião especial de imóvel urbano.

Na nova roupagem do Estatuto da Cidade, o Usucapião especial de imóvel urbano vem possibilitar além do usucapião individual, o usucapião coletivo, sempre que o terreno ocupado por população de baixa renda tenha mais de 250m<sup>2</sup> e não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor individualmente. Estabelece-se um condomínio com a definição de frações ideais para cada um dos condôminos.

São legitimados para a propositura do usucapião especial o possuidor isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente, os possuidores em estado de composses e ainda a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que autorizada pelos representados, na qualidade de substituto processual.

A concessão de imóvel urbano para fins de moradia, é instituto polêmico, tendo sido vetado no Ecid, ressurgindo na medida provisória Nº 2.220/2001. Como razões do veto, foi alegado que feriam a autonomia dos Estados e Municípios ao tornar obrigatória

a concessão especial para fins de moradia das áreas ocupadas por população de baixa renda em imóvel público. Tal como encontra-se na medida provisória é um direito subjetivo garantido aos ocupantes das áreas públicas que até 30 de junho de 2001 que tenham já cinco anos de posse sobre o terreno urbano de até 250m<sup>2</sup>, e o utilizem para fins de moradia sem serem proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Não há a transferência da propriedade, uma vez que os bens públicos não são passíveis de usucapião, mas possibilita-se com a adoção do instrumento a concessão de uso do bem.

A adoção desse instrumento, pode vir a se afigurar inconveniente, notadamente nos municípios onde a quase totalidade dos bens públicos são de uso comum do povo, portanto com destinação e fruição definida para o povo em geral. O Art. 5º da medida provisória faculta ao município o direito de oferecer outro imóvel em substituição a esse tipo de bem, como os destinados a projeto de urbanização, os de interesse da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais, os reservados à construção de empresas e obras congêneres ou ainda em caso de ocupação em via de comunicação.

É pertinente sobre o tema que se empreenda abalizado estudo constitucional desse instituto, bem como para avaliar a sua conveniência e aplicabilidade no âmbito municipal. Entretanto, a urbanização de favelas e a regularização fundiária de comunidades carentes é o destinatário de grande parte dos preceitos do Estatuto, na busca da realização da função social da propriedade urbana, cabendo ao Município encontrar dentre os diversos meios oferecidos, aqueles que melhor correspondam aos anseios da comunidade e atendam aos interesses públicos que a este cabe zelar.

Cumpra por fim assinalar, que veio o Estatuto da Cidade, oferecer além de diretrizes, instrumentos materializadores do princípio constitucional da função social da propriedade, a se exteriorizar no planejamento urbano, especialmente, no uso e ocupação do solo urbano das cidades.

## 5 CONCLUSÃO

Vem o Estatuto da Cidade preencher vazio até então existente, quanto a real efetividade da função social da propriedade, como princípio constitucional norteador no planejamento das cidades. Evidencia-se a partir de seus dispositivos, especialmente de suas diretrizes ínsitas em seu art. 2º, a primazia do coletivo sobre o individual, oferecendo orientação segura para o planejamento e desenvolvimento urbano e social das cidades.

Cumpra enfatizar ainda, que não constituem os instrumentos jurídicos do Estatuto da Cidade meras recomendações, sem valor coercitivo, mas ao contrário, tendo recebido competências do art. 21,XX e 24,I, e ainda, sendo diploma regulamentador do art. 182 da Carta Magna, têm tais instrumentos jurídica estatura de norma geral nacional e efeito vinculante para todas as unidades da federação, especialmente para os municípios.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- MUKAI, Toshio. *Anotações à Lei 10.257*, de 10.7.2001. Saraiva, 2001.  
 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2002.  
 GASPARINE, Diógenes. *Estatuto da Cidade*. Editora NDJ, 2002.  
 DALLARI, Adilson de Abreu e Sérgio Ferraz, coordenadores. *Estatuto da Cidade - Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. Malheiros, 2002.  
 BULOS, Uadi Lamêgo. Editora Saraiva, 4.ed, 2002.

## **TERRORISMO: O DESAFIO DA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA UNIVERSAL.**

**Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.**

Doutor em Direito pela Universidade  
de Frankfurt/Alemanha;  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade de Fortaleza  
Procurador do Município de Fortaleza.

- 1 Introdução
- 2 Uma filosofia da paz.
- 3 O terrorismo e a religião
- 4 O terrorismo de hoje

### **INTRODUÇÃO**

A tradição do pensamento da conhecida "Escola de Frankfurt" tem por base um pessimismo teórico ao mesmo tempo em que se posiciona, na prática, de forma otimista. O que se sugere contraditório, na verdade não o é. Este é mais um caso de como as aparências enganam e também se constitui numa séria advertência de que o tratamento cognoscitivo a ser dado aos problemas para entender as relações sociais do mundo de hoje não é tão simples assim. Sociedades, como a brasileira, com níveis até então desconhecidos de sociabilidade; espaços sociais compartilhados e segmentados pela globalização; verdadeira esquizofrenia pelo poder da comunicação de massa na destruição e fabricação de causas, todos estes pontos convivem nas sociedades que, paradoxalmente, reivindicam para si um mundo melhor. Retornando aos "Frankfurtianos": por quais razões, apesar das guerras terríveis do século XX, do holocausto, não se avançou em qualidade no humanismo? Esta é precisamente a indagação central dos autores clássicos da "Escola de Frankfurt" Max

Horkheimer e Theodor Wiesengrund Adorno, no seu trabalho igualmente clássico "Dialética do Iluminismo (ou da Ilustração, ou ainda das Luzes, como desejam uns e outros)". O fato é que a obra surgida nos anos 50 do século XX "Dialektik der Aufklärung" significou uma das mais construtivas críticas à sociedade moderna de massificação cultural, à construção de uma ideologia única, de perspectiva de unipolaridade de poder e de cultura. Seus autores, ao mesmo tempo em que diagnosticavam este quadro desanimador, propositalmente conduziram cientistas políticos, filósofos, juristas e artistas de todo o mundo a refletirem para além das bases que se permitiam: se a discussão limitava-se ao estético, aos debates de tendências, nossos "Frankfurtianos" iam além disso. Insistiam na necessidade fundamental de intelectuais se posicionarem e questionarem a qualidade e uso da produção cultural e da construção política do poder dos Estados pós-guerra, para uma melhor compreensão da realidade que se demonstrava. A indagação central era, assim, "saber porque a humanidade mergulha num novo tipo de barbárie em vez de chegar a um estado autenticamente humano".

Os pensadores representantes dessa corrente parecem estar certos. Nos difíceis tempos de hoje, sobretudo onde impera pelo menos em boa parte do mundo a apologia à guerra, não há como deixar de mencionar a realização desta tarefa. Primeiro, pelo fato de a realidade de hoje desafiar e desunir pensadores, sendo que ambos os lados reivindicam-se defensores da prevalência dos direitos humanos e da observância das normas de direito internacional, ditadas pela própria comunidade internacional. Num segundo momento, pelo fato de que a eclosão da Guerra no Iraque, ocorrida a 20 de março de 2003, significa o retorno da política internacional a uma situação política anterior a 1914, marcada pelo desprezo às normas internacionais, pela supremacia do poder bélico diante do diálogo e a um colegiado de nações já razoavelmente menos ineficiente que em 1914, como é o caso das Nações Unidas. Em todos os sentidos, a Guerra no Iraque que hoje se desenvolve insiste em evidenciar que as reivindicações do Iluminismo e do humanismo não parecem ter seduzido aqueles que

possuem poder de decisão mundial: venceu, pelo menos por enquanto, a força dos mesmos interesses que deflagraram a Primeira Guerra Mundial e acabaram colaborando para a ocorrência da Segunda. É claro que a repetição dos fatos históricos não se dá de maneira linear, mas sim contraditória. Quando afirmo que prevaleceram os mesmos interesses de 1914, deve-se entender que o modelo de modernização das sociedades transformou esses interesses em questões muito mais complexas que à época imediata ao pós-colonialismo. Permanece, porém, a preocupação com expansão geopolítica de um único centro de poder sobre uma vasta região planetária, a luta pela hegemonia econômica e militar, a satisfação de níveis de consumo de poucas sociedades em níveis que atijam a desigualdade entre miseráveis e ricos e – mais importante – o renascimento do discurso irracionalista e redentorista, representado pelo fanatismo cristão e islâmico, a ameaçar a secularização republicana que se imaginava solidificada desde a Revolução Francesa.

A dissociação da Guerra do Iraque com o terrorismo – e com o acontecimento de 11 de setembro de 2001 em Nova York – parece ser impossível. Não pelo fato de que esteja comprovado o envolvimento do Estado iraquiano com esse ato terrorista, mas pelo fato de que este foi o argumento utilizado pelo governo dos Estados Unidos para obter aprovação de parte da comunidade internacional para uma ação armada contra o Iraque. Para que melhor se discuta, na proporção do espaço que aqui me é concedido, procederei a uma breve análise na expectativa de conceituar terrorismo nos dias de hoje, principalmente sua versão internacional. Antes, porém, desejaria, adicionar algumas breves considerações a respeito da paz, aplicável seja no caso de uma situação de guerra, como numa de terrorismo.

## 2 UMA FILOSOFIA DA PAZ

A guerra, em todas as suas formas, inclusive a guerra perpetrada pelo terrorismo, como se sabe, é tão antiga quanto o homem. Durante muito tempo a guerra foi concebida como elemento da

natureza: manifestações belicosas eram tão naturais quanto o vento, as secas, as chuvas, as catástrofes naturais etc. A paz é que se qualificou como uma invenção moderna, do Iluminismo e com Immanuel Kant. Este pensador é considerado o precursor da idéia de uma liga das nações, ou de uma organização que unisse as nações. Neste sentido, três de suas afirmações merecem destaque, uma vez que se constituiriam elas nas "condições definitivas para uma paz perpétua": a) a constituição de todo estado deve ser republicana; b) deve existir uma "Federação" de estados livres, fundada a partir do Direito Internacional; e c) o Direito Civil dos povos deve ser limitado pela hospitalidade geral. O entendimento a respeito das duas primeiras premissas parece claro.

Kant defendeu, sobretudo, a prevalência do direito sobre a política, com separação de poderes e instrumentos para controle do poder do Estado. Sobre a última, a imposição da hospitalidade, é importante aduzir que Kant não se refere simplesmente à filantropia, como ele próprio ressalta. Como hospitalidade entende Kant a garantia de abrigo que um estrangeiro pode encontrar em outras terras, desde que a sua esteja em perigo ou ameaçada pela guerra. Quando se observa a enorme dificuldade que se tem modernamente em se aceitar a legitimidade de outras culturas apenas serem como são, e como tal existirem, percebe-se o quanto Kant é moderno.

Mais ainda. Frequentemente Kant é acusado de um pueril idealismo nas suas proposições a respeito da construção objetiva de uma paz eterna entre todas as nações. O lugar-comum contra esta idéia recorre aos parâmetros da Realpolitik para descredenciar o pensamento kantiano e reafirmar seu caráter meramente utópico e sem possibilidade concretas de realização sobre a Terra. Na verdade, a reflexão de Kant vai bem mais além. Inexiste possibilidade de se definir a proposição de Kant sobre a construção de uma paz eterna entre as nações em razão do caráter objetivo de sua formulação: para Kant as exigências para uma paz entre as nações devem ter base não a simples vontade, espontaneísta, mas sim a base objetiva do Direito.

Em outras palavras: para Kant deve ser a paz eterna regulada juridicamente pelas sociedades, com intensa participação de todos e pela comunidade internacional. Kant não era ingênuo para olvidar do que o homem era capaz e que somente uma vinculação racional seria capaz de uni-los na busca de uma paz entre as nações. É, pois, o princípio da soberania popular – e não o da simples boa vontade do povo – “que distingue o projeto de paz de Kant”.

Adicione-se a esta visão sobre o conceito de povo e sua soberania, a noção de que para Kant simplesmente inexistente uma definição “moral de homem bom”, e de que o seu projeto de paz não objetiva somente a paz, mas sim a democracia e os direitos humanos, que são a ela indissociáveis”. Observa-se, pois, que a idéia de Kant não somente é objetiva, como ainda possui uma forte base material, além de um inequívoco valor democrático realizável, permanecendo atual até os dias de hoje.

A Guerra no Iraque travada nos dias de hoje possui esse componente: a defesa do padrão de vida americano e a demonstração clara da distância entre Ocidente cristão e o Oriente muçulmano. O que se passa para o grande público, por meio do controle da informação e da mídia, é que as sociedades muçulmanas, além de se encontrarem atrasadas, em relação ao Ocidente, por força da proximidade entre Estado e religião, são fonte permanente de instabilidade. Os fatos de que tanto no Ocidente, quanto no Oriente as relações políticas e sociais não são unânimes, de que num e noutro as dificuldades em construir democracias em sociedades pobres e miseráveis persistem de forma mais agudizada em virtude do perverso processo de globalização da economia, transformam-se de forma simplista em elementos propositalmente omitidos, na intenção deliberada de se dividir a humanidade em partes inconciliáveis, o que legitima a ação bélica de uns contra os outros. Este quadro, como é evidente, não se dissocia do fato de que, no momento, as forças materiais estão muito mais favoráveis a determinados setores do Ocidente cristão.



### 3 O TERRORISMO E A RELIGIÃO

É do fundamento do conceito de terror "a produção do medo; aliás o medo espalhado de forma difusa, onde autores e destinatários não são especificados", segundo Erhard Denninger. A partir dessa compreensão, é possível se concluir que terror e componente religioso não são pressupostos um do outro. Mais que isso: as três grandes religiões do mundo – Cristianismo, Islamismo e Judaísmo – que sempre praticaram violência entre si e uns contra os outros, tiveram como elemento alimentador de suas ações o fundamentalismo religioso. E para tal, foi decisiva a ruptura com preceitos inerente de sua respectiva religiosidade. Na sua obra "Em nome de Deus – O fundamentalismo no Judaísmo, Cristianismo e Islamismo", Karen Armstrong lembra, nas suas conclusões, que "Os fundamentalistas transformaram o mythos de sua religião em logos, fosse insistindo na verdade científica de seus dogmas, fosse convertendo sua complexa mitologia numa compacta ideologia. (...) Ao afirmar que as verdades do cristianismo são factuais e cientificamente demonstráveis, os fundamentalistas protestantes americanos produziram uma caricatura da religião e da ciência. Os judeus e os muçulmanos que apresentaram sua fé de modo racional e sistemático para que pudesse competir com outras ideologias seculares também distorceram sua tradição, reduzindo-a a um único ponto mediante um processo de implacável seleção. Por conseguinte, todos deixaram de lado os ensinamentos de tolerância e compaixão e cultivaram teologias da fúria, ressentimento e vingança".

Percebe-se, desta forma, que a construção de um elo a legitimar ações terroristas em nome de religião é uma produção cultural de forças políticas materiais, envolvidas em toda sorte de disputa de poder político, econômico e militar. A invocação a deus, seja para o cristão – que justifica a guerra contra o Iraque para redimir aquele povo – seja para o muçulmano – que reage contra valores seculares com violência – deixa-se traduzir apenas numa ilusão, como diria Marx, ou em ficção com enorme poder de penetração na cabeça dos

membros de uma sociedade. Para Marx, a religião, ou melhor a "miséria religiosa" (Das religiöse Elend), objetivamente interpretada pelo filósofo da transformação da sociedade, constitui-se "(...) em uma das expressões da verdadeira miséria e numa protestação contra a real miséria. A religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração., assim como o espírito de uma condição não espiritualizada. Ela é o ópio do povo. A superação da religião como sorte ilusória do povo representa a exigência da verdadeira felicidade deste povo. A exigência de superar a ilusão da condição religiosa consiste na exigência de superar a própria condição de que a ilusão necessita. Desta forma, a crítica da religião está no cerne da crítica do vale de lágrimas, cuja santidade é a religião". Se a religião tem servido como refúgio da alma, o recurso à matriz teológica para suporte de ações materiais – no mundo de hoje, tanto em relação aos cristãos como aos muçulmanos – confirma que a religião, predominantemente, muito mais aprisionou do que libertou.

É este o lado que interessa ao materialismo marxiano que, ao que tudo indica, permanece atualíssimo. Referida atualidade reforça-se quando se constata que a Guerra no Iraque foi determinada pelo fator econômico-militar. Para a vulgaridade marxista, a economia definia todos os destinos do homem. Para a reflexão de Engels, não era bem assim: "O desenvolvimento político, jurídico, filosófico, religioso, literário, artístico etc., envolve o econômico. Mas eles reagem entre si e sobre a base econômica. Não que a condição econômica, sozinha, seja a única ativa e as outras representem o efeito passivo. Mas é exatamente a alternância de efeitos sobre o fundamento, em última instância, de uma necessidade econômica permanente (...) Também não ocorre, como se quer de forma fácil e confortável, um efeito automático da economia, porém: os homens fazem sua história, mas numa determinada situação, onde eles estão condicionados por seu meio, a partir do fundamento pré-existente das relações, sobre as quais a base econômica, tanto sofre influência das condições políticas e ideológicas restantes, como, em última instância, deixa-se constituir decisivamente como o fio da meada"

Inexistem motivos para que se acredite tanto que a única causa do terrorismo da atualidade – e da recente Guerra no Iraque – seja o fenômeno religioso, como para que se convença de que a ambição econômica tudo explique. A situação exige uma análise exaustiva e cuidadosa da relação destes aspectos uns com outros, sempre mediados pelo acúmulo histórico do século XX.

#### 4 O TERRORISMO DE HOJE

Estas palavras sugerem que o terrorismo de apelo religioso teve que se desvencilhar de sua essência, qual seja, a religião, procurando alcançar o braço secular, para, dessa forma, materializar suas ações por intermédio do fundamentalismo. Esse fundamentalismo é que forneceu o combustível da certeza das convicções, marchando para a prevalência de um sobre o outro. O ato terrorista de 11 de setembro de 2001, a Guerra no Iraque, o problema religioso da Irlanda do Norte e a Guerra da Bósnia são episódios denunciadores dessa visão. Mas o que dizer, por exemplo, das ações do ETA, no País Basco? E dos atos das Forças Revolucionárias da Colômbia? E da ação, nos anos setenta e oitenta, das Brigadas Vermelhas italianas ou daquela dos grupos alemães Baden-Meinhoff e Fação Exército Vermelho (RAF)? Apesar de a natureza destes atos de terror exigir uma outra ordem de investigação, todos eles possuem o apelo reivindicatório radical que procura, igualmente, transformar em ciência a sua convicção político-ideológica. Para Wolfgang Sofsky estas formas de violência também se constituem em terror: “O terror, portanto, conhece inúmeras formas de violência, agentes e circunstâncias. É uma técnica universal da política do poder e da comunidade. Isso porque a violência é uma linguagem que não permite mal-entendidos. É possível discutir a respeito das palavras, não a respeito da dor”.

O terrorismo é, ainda, produto da desigualdade da política, seja entre nações, seja entre grupos sociais, algumas vezes abrigados num mesmo espaço político ou territorial. Chamo a atenção para o

caso da disputa entre Israel e palestinos, caracterizado pela extrema desigualdade de condições entre as partes; desigualdade que tem impossibilitado qualquer avanço na construção da hospitalidade e da paz. Neste sentido, Paul Parin afirma que “Um sionismo chauvinista produziu fanáticos de ambos os lados. O fluxo de dinheiro e armas provindo dos EUA deu condições a Israel para não recuar nem um passo em sua reivindicação dos territórios conquistados desde a criação do Estado e em suas disposições a respeito dos refugiados palestinos. Yasser Arafat assumiu esse modelo maniqueísta: não, nós, os palestinos, estamos com a razão, mas ainda somos fracos demais. (...) Os fanáticos de ambos os lados se defrontam; uns são os soldados de um Estado democrático, que detém o poder; os outros são representantes dos impotentes a reivindicarem um Estado próprio e soberano, um país próprio e o fim da política israelense de expansão e de assentamentos”. Como se vê, a “razão iluminista”, que possui seu pressuposto máximo na definição e aplicação da igualdade, surge como proposta essencial à compreensão do fenômeno do terrorismo; tendo, essa igualdade, como consecução a necessidade premente de sua materialização como agente potencialmente importante na solução de seus complexos impasses.

Influenciadas ou não pela noção de igualdade, o fato é que, no âmbito do Direito Internacional, as Nações Unidas já se manifestaram sobre a matéria, quando estabeleceu, no art. 51 de sua Carta, o direito de “autodefesa”. Esse direito seria exercitado quando um Estado sofresse agressão de outro, o que, segundo os parâmetros das Nações Unidas, efetivou-se no caso dos atentados de 11 de setembro de 2001 contra os Estados Unidos, conforme dispôs a Resolução nº 1368, de 12 de setembro do mesmo ano. Ocorre que o exercício do direito de autodefesa exige mais que uma simples constatação factual. Exige boa-vontade e, como se observa por seus limites, o desejo da construção da tolerância e da paz. A autodefesa somente é permitida contra uma agressão do presente, seja ela oriunda de forma terrorista ou não. E mais: “O Estado que se defende não deve agir de imediato. Ele está obrigado a controlar todos os meios dispostos a sua

defesa e ponderar com os outros sobre o assunto, onde uma demora na reação ser-lhe-á muito mais favorável do que desfavorável". Igualmente, as medidas de autodefesa serão somente "subsidiárias" de todas aquelas tomadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas na manutensão da paz mundial. Para o caso de as medidas das Nações Unidas bastarem, cessa a possibilidade do exercício de autodefesa, como definido pela Carta das Nações Unidas.

Se as Nações Unidas estão ameaçadas de se transformarem apenas em agência humanitária, não há como negar que sua importância discursiva permanece, na medida em que a construção da paz permanece como o centro gravitacional das ações políticas concretas na produção e manutenção de uma paz duradoura, principalmente nos piores momentos onde a irracionalidade das emoções ligeiras destrói o que a maturidade do tempo lentamente ensinou.

Do ponto de vista discursivo, a perspectiva da construção da tolerância e a sua ausência como elemento desencadeador do terrorismo foi igualmente detectada. Por essa razão é que o reconhecimento da identidade do outro e o respeito a esta legitimidade aparecem como critérios fundamentais para a solidificação de uma paz interna a uma sociedade, e externa a outras sociedades. Jürgen Habermas identificou este mecanismo de funcionamento quando de sua análise a respeito do atentado de 11 de setembro de 2001. Para ele, a necessidade do universalismo é o caminho para a solução de tais conflitos. Embora seja perfeitamente possível a crítica às palavras de Habermas, não deixa ele de revelar sua herança kantiana. Para Habermas, aquilo que é universalista, possui como base um "individualismo igualitário de uma moral racional, o reconhecimento recíproco que o respeito e consideração ao outro exige".

Somente as possibilidades de tolerância e hospitalidade, no sentido kantiano a que me referi, parecem sugerir a superação dos conflitos terroristas e bélicos supranacionais que hoje se instalaram. Enquanto não existir a consciência de que ao outro se deve, e a prevalência do respeito a sua legitimidade em ser o que é, em desen-

volver-se segundo sua autodeterminação; enquanto não se fortalecer uma entidade de nações com equilíbrio para compensar as desigualdades da força militar e econômica, não se terá caminhado na consecução de tais objetivos. Essas palavras não são novas. O problema é que apesar de seu eco ainda se fazer sentir desde o século XVIII, sua força de convencimento não parece ter chegado ao homem, em especial aos mais poderosos. Nos dias de hoje, só resta um limitado alento: no instante em que se vê manifestações por todo o mundo pela paz, o desprezo dos representantes democraticamente eleitos de governos aos apelos do povo que tem ido às ruas parece insinuar a fragilidade da democracia representativa, que tanto se lutou para alcançar. Se a discussão sobre a superação do terrorismo envolve o enfrentamento do conceito de universalismo, de paz mundial e perpétua, não é menos verdade que esse debate transcende referidas fronteiras, obrigando-nos a ir até a democracia moderna, nas sociedades que reivindicam para si tal condição.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMSTRONG, Karen. Em nome de Deus - O fundamentalismo no Judaísmo, Cristianismo e Islamismo. trad. de Hildegard Feist, Cia. das Letras: São Paulo: 2001.
- DENNINGER, Erhard. Freiheit durch Sicherheit? Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?, in: Kritische Justiz, Jahrgang 35, Heft 4, 2002. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 467-475.
- EBERL, Oliver. Realismus des Rechts - Kants Beitrag zum internationalen Frieden, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Verlag Blätter Verlagsgesellschaft, Bonn, H. 2, Februar 2004. p. 199-210.
- ENGELS, Friedrich. Brief an Starkenburg, In: Brief über „Das Kapital“, Dierz Verlag. Berlin. 1954, p. 365-367.
- HABERMAS, Jürgen. Fundamentalismus und Terror, In: Blätter für deutsche und internationale Politik. Februar 2002, Bonn, p. 165-178.
- KANT, Immanuel. Zum ewigen Frieden, Kant Werke, Bd. 9, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe, 1983.
- LANNA, Marcos: A Antropologia e os Atentados aos Estados Unidos. in. Novos Estudos. CEBRAP, n. 63, julho 2002. São Paulo: p. 85-103.

- MARX, Karl: Zur Kritik der Heglschen Rechtsphilosophie. Einleitung, in: Marx - Engels Werke, Bd. 1, Dietz Verlag, Berlin, 1977, p. 378-391.
- MAUS, Ingeborg. Staatssouveränität als Volkssouveränität - Überlegungen zum Friedensprojekt Immanuel Kants, in: Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, Kulturwissenschaftliches Institut, Jahrbuch 1996, Essen, 1997, p. 167-194.
- PARIN, Paul: Sobre as raízes do terrorismo, in: Humboldt - Goethe-Institut Inter Naciones, ano 44, n° 85, 2002, pp. 7-8.
- SOPSKY, Wolfgang: Destruindo o fluxo do tempo, in: Humboldt - Goethe-Institut Inter Naciones, ano 44, n° 85, 2002, pp. 2-6.
- STUBY, Gerhard: Internationaler Terrorismus und Völkerrecht, In: Blätter für deutsche und internationale Politik, November 2001, Bonn, pp. 1330-1341.
- WIGGERSHAUS, Rolf: Die Frankfurter Schule - Geschichte, Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung, DTV, München, 1993.

## **AS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS COMO FATOS GERADORES DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS**

**Miguel Rocha Nasser Hissa**  
Procurador do Município de Fortaleza

### **1 Introdução. A ADI nº 3.089-2/600**

**1.1 A Titularidade do Produto da Arrecadação dos  
Emolumentos Notariais**

**1.2 A Abrangência do Princípio Constitucional da Imunidade  
Recíproca**

**1.3 O Caráter Privado da Prestação dos Serviços Cartorários.  
Exame do Item 21 da LC 116/03 à Luz do Princípio da  
Isonomia Tributária**

**2 Conclusão**

**3 Bibliografia**

### **1 INTRODUÇÃO. A ADI Nº 3.089-2/600**

Em 31 de julho do ano de 2003, observamos a promulgação da Lei Complementar nº 116, a qual, regulamentando o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – modificando, parcialmente, o Decreto-Lei nº 406/68 –, indicou uma nova relação de serviços sobre os quais aquele tributo passaria a incidir a partir do exercício financeiro de 2004. Uma das novidades foi a inclusão, no item 21 da lista anexa, do serviço de registros públicos, cartorários e notariais como fato gerador do imposto em comento.

Ocorreu que, ainda naquele ano, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR) ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar em face do mencionado diploma legal, argumentando que os serviços prestados por seus filiados, em virtude de serem públi-

cos, não devem se sujeitar à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Amparados na cópia de um parecer da lavra de Roque Antônio Carrazza, aquela entidade de classe sustentou ainda que a cobrança do ISSQN sobre as atividades de seus membros implica violação ao princípio constitucional da imunidade recíproca, previsto no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Carta Política.

A ação foi protocolada sob o nº 3.089-2/600 e distribuída ao Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Britto, que, adotando o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, solicitou as informações pertinentes a fim de encaminhar os autos diretamente ao Pleno da Corte para o julgamento definitivo da ação. O Eminentíssimo Procurador-Geral da República, no parecer de nº 1.810/CF, confirmou o entendimento da associação requerente, posicionando-se pela inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, por mácula aos artigos 145, inciso II e §2º, 150, inciso VI, alínea *a* e 236, *caput*, da Constituição Federal.

Não obstante o brilhantismo da exposição do Representante máximo do Ministério Público Federal, bem como a pertinência dos argumentos invocados pelo emérito Roque Antônio Carrazza, a incidência do ISSQN sobre os serviços desempenhados por notários e registradores encontra pronto arrimo na Constituição Federal, conforme se demonstrará ao longo destas considerações.

### 1.1 A Titularidade do Produto da Arrecadação dos Emolumentos Notariais

Ponto essencial para o deslinde da matéria em comento consiste em esclarecer a quem pertence de direito o produto advindo da arrecadação dos emolumentos. Ora, partindo-se do pressuposto – já consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – de que tais retribuições possuem natureza jurídica de taxa, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que toda a quantia arrecadada a título de emolumentos pertence ao Estado-membro da Federação no qual se situa o cartório prestador do serviço.

As taxas, com efeito, são tributos arrecadados sempre em favor do próprio ente estatal, que possui a competência tributária para criá-las. Tal competência, instituída pela Constituição Federal, é *indelegável*, conforme preceitua o art. 7º do Código Tributário Nacional:

*Art. 7º. 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 art. 18 da Constituição.*

Sobre a matéria, é esclarecedora a doutrina do próprio Roque Antônio Carrazza<sup>1</sup>, segundo o qual as pessoas políticas não têm poderes para modificar as competências que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal:

Temos, pois, que o titular da competência tributária não pode nem substancialmente modificá-la, nem aliená-la, nem renunciá-la. [...]

[...]

*Em suma, a competência tributária identifica-se com a permissão para criar tributos, isto é, com o direito subjetivo de editar normas jurídicas tributárias. Como vimos, a Constituição conferiu este direito subjetivo às pessoas políticas e a ninguém mais. E – agora acrescentamos – de modo inalterável. É que as pessoas políticas, sendo simples delegadas, não têm poderes para alterar as faculdades tributárias que lhes foram atribuídas pela Carta Suprema”.*

Daí resulta óbvio que a taxa, em sendo uma receita tributária, é sempre cobrada em favor do ente público que a criou, ainda que sua arrecadação seja realizada por pessoa física ou jurídica diversa. Neste tocante, aliás, é válido rememorar as disposições normativas da Lei Federal nº 4.320/64 que estatui normas gerais de direito fi-

nanceiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Segundo referido diploma, qualquer tipo de receita arrecadada pelo ente público (dentre as quais se inclui a taxa, como receita corrente tributária – artigo 11, §4º, da Lei) será considerada receita orçamentária e, como tal, deve constar em rubrica própria no orçamento da entidade federada; outra não é a disposição do artigo 57, *in verbis*:

*Art. 57. Ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 3º desta Lei serão classificadas como receita orçamentária, sob as rubricas próprias, todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento.*

No ordenamento jurídico pátrio, saliente-se, a execução do orçamento deve obediência ao *princípio da unidade de tesouraria*, segundo o qual todas as receitas devem entrar em um caixa único e daí deverão sair os recursos para pagamento de todas as despesas do ente público. Tal princípio é encontrado no artigo 56 da Lei nº 4.320/64, que prescreve:

*Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio da unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.*

A lei, é certo, abre uma exceção a este princípio no caso das taxas; por consistirem estas em receitas vinculadas à prestação de um serviço público, podem ingressar em um *fundo especial*, tal como previsto no artigo 71:

*Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.*

Mesmo tal fundo especial, porém – que deve ser criado por lei do ente político tributante, conforme determina o artigo 74 do mes-

mo diploma legislativo –, será necessariamente gerido pela Administração Pública do ente que o criou; no Estado do Ceará, por exemplo, a Lei nº 11.891, de 20 de dezembro de 1991, que instituiu o Fundo de Reparelhamento e Modernização do Poder Judiciário, dispôs, em seu artigo 5º, que o FERMOJU será administrado por uma Comissão nomeada pelo presidente do Tribunal de Justiça, à qual se aplicam os preceitos da Lei Federal nº 4.320/64 (artigo 7º do diploma estadual) e a fiscalização pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas (artigo 8º).

A mesma lei estadual prevê ainda, em seu artigo 3º, inciso III, que 5% (cinco por cento) dos emolumentos de protestos, escrituras e registros públicos será destinado ao FERMOJU; como não existe outra norma disciplinando a destinação do porcentual restante, deve este ser recolhido à mesma conta única em que são depositadas as demais receitas orçamentárias do Estado do Ceará, a fim de que reste observado o mencionado princípio orçamentário da *unidade de tesouraria*.

Dessa forma, os emolumentos pagos pelos usuários dos serviços notariais reverterem, por disposição dos artigos 56, 57 e 71 da Lei nº 4.320/64, ao fisco do Estado do Ceará, já que todas as receitas orçamentárias – dentre as quais se inclui a taxa – devem ingressar no tesouro do ente público, seja através de um fundo especial (em se tratando de tributo vinculado a um serviço público), seja através da conta única da pessoa política tributante (caso não tenha sido criado o mencionado fundo especial ou em se tratando de tributo não-vinculado).

Em suma: como os emolumentos notariais correspondem a taxas, devem estes ingressar, contábil e financeiramente, em um fundo especial criado pelo Estado-membro, ou, quando muito, na conta única do Tesouro Estadual; os agentes cartorários, em verdade, são meros arrecadadores que possuem a obrigação legal de confiar, ao Estado titular do serviço público, todo o valor recebido em função dos serviços prestados.

Apenas em um segundo momento é que o Estado repassa parte desses recursos aos notários e registradores. As atividades desempenhadas por estes agentes, portanto, são remuneradas pelo Estado-membro, e não pelos usuários dos serviços notariais. Os emolumentos, repita-se, nada mais são do que taxas; em sendo vedado o ingresso de tributos diretamente no patrimônio do particular, o notário é legalmente obrigado a recolhê-los aos cofres do Estado; o qual, por sua vez, remunera o agente delegado do Poder Público.

### 1.2 A Abrangência do Princípio Constitucional da Imunidade Recíproca

No parecer que ensejou o ajuizamento da ADI nº 3.089-2/600, o eminente Roque Antônio Carrazza apresenta como argumento fundamental o fato de que o ISSQN não pode incidir sobre a prestação de um serviço público; conclui o autor, então, que a atividade notarial não se encontra sujeita à cobrança daquele tributo.

O que se veda, porém, sob pena de malferimento ao mencionado princípio constitucional, é a incidência de impostos sobre serviços prestados *diretamente* pela Administração Pública. Isso porque a própria Constituição Federal, ao dispor sobre as limitações ao poder de tributar, estabelece que aquele postulado não se aplica aos serviços prestados por entidades privadas; se não, vejamos a previsão contida em seu artigo 150, §3º:

Art. 150. [...]

[...]

§3º. As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. (grifou-se)

É cediço que o Poder Público, em diversos casos, delega a prestação de determinados serviços – tais como os de esgoto e água encanada, telefonia, energia elétrica, transporte coletivo etc – a entidades privadas, as quais são remuneradas pelos usuários por meio de tarifas; em casos tais, quando a atividade é realizada não pelo ente político, mas por um particular, o próprio texto constitucional autoriza a incidência de impostos sobre os serviços prestados.

Outro não é o entendimento do insigne tributarista Paulo de Barros Carvalho<sup>2</sup>; entende este autor que o princípio da imunidade tributária não é extensivo a particulares, ainda quando estes prestam serviços públicos. Transcrevamos sua lição:

*A imunidade recíproca é extensiva às autarquias federais, estaduais e municipais, por obra da disposição contida no art. 150, §2º, no que atina ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais, mas não se aplica aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o imposto que grave a promessa de venda e compra de bens imóveis. (grifou-se)*

O notável jurista Leandro Paulsen<sup>3</sup>, em sua obra de comentários ao Sistema Tributário Nacional, transcreve a percutiente lição de Raquel Discacciati Bello<sup>4</sup>, segundo a qual é vedada a outorga de imunidade tributária a empresas concessionárias de serviços públicos:

*Em relação às concessionárias de serviços públicos, o direito brasileiro, desde a Constituição de 1937, veda a outorga de imunidade tributária. A atual Carta Magna é expressa, não podendo ser objeto de imunidade empreendimentos em que se receba contraprestação por tarifa ou preço público, tipo de remuneração feita pelo usuário ao concessionário de serviços públicos.*

Igualmente valoroso é o magistério da eminente Misabel Abreu Machado Derzi, que, em nota de atualização à clássica obra de Aliomar



Baleeiro<sup>5</sup>, leciona que as empresas a que foram concedidas prestações de serviços públicos submetem-se ao regime tributário comum, não lhes alcançando o princípio constitucional da imunidade recíproca:

Não obstante, a partir da Constituição de 1937 até à de 1988, estão os serviços públicos concedidos submetidos ao mesmo regime tributário das demais empresas privadas, sem qualquer privilégio. [...]

[...]

*A Constituição brasileira de 1988, como visto, também mantém a tradição já consagrada nas Cartas anteriores e repetida no CTN e submete as concessionárias e permissionárias de serviço público ao regime tributário ordinário, sem os benefícios da imunidade.*

Portanto, sem embargo da notoriedade e da veneração que é tributada ao douto tributarista Roque Antônio Carrazza, seu posicionamento, consubstanciado no parecer anexado pela ANOREG nos autos da ADI nº 3.089-2/600, deve ser compreendido com ressalvas: apenas os serviços prestados diretamente pela Administração são imunes à cobrança do ISSQN, por força do disposto no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Lei Maior, o mesmo não se podendo dizer das atividades – ainda que sejam de caráter público – desempenhadas pelos particulares.

Conclui-se daí que o fato de os serviços prestados pelos notários e registradores possuírem caráter público não impede a incidência do ISS sobre suas atividades. Nesse sentido, é válido atentar para a redação do texto constitucional, que, ao estabelecer a competência tributária dos Municípios, determina, no artigo 156, inciso III, que a estes compete instituir impostos sobre serviços *de qualquer natureza*, desde que *definidos em lei complementar*, não fazendo distinção quanto ao caráter privado ou público do serviço a ser tributado.

Isto posto, torna-se facilmente constatável a existência do fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza na relação

jurídica mantida entre o Estado e os agente notariais ou registradores. Estes últimos prestam, em caráter profissional, um serviço que lhes foi delegado pelo ente público e, em contraprestação, recebem do mesmo ente público um valor pecuniário, base de cálculo para a incidência do tributo mencionado. O valor percebido não possui caráter tributário. Não existe, portanto, qualquer inconstitucionalidade na incidência do ISSQN sobre as atividades desempenhadas pelos agentes notariais e registradores.

### 1.3 O Caráter Privado da Prestação dos Serviços Notariais e de Registro: Exame do item 21 da LC 116/03 à Luz do Princípio da Isonomia Tributária

De acordo com a clara dicção do artigo 236 da Carta Constitucional, os notários e registradores se organizam sob o regime de direito privado, pois prestam serviços sob sua conta e risco econômico, obtendo lucros ou tolerando prejuízos. Se não, vejamos o que reza aquele preceito: "*Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*".

O agente cartorário, não se nega, encontra-se sujeito ao controle *finalístico* do Poder Público no desempenho do serviço que lhe foi delegado, de natureza pública; no entanto, a *gestão* de seu negócio é exercida sem interferência do Estado, podendo o notário ou registrador contratar livremente pessoas e adquirir bens ao seu talante, o que evidencia o caráter privado da realização de suas atividades.

Tal entendimento é ainda corroborado pelo fato de que o ente estatal, ao nomear o agente delegatário, proporciona-lhe a faculdade de obter lucro com a realização das atividades cartorárias. O prestador do serviço se sujeita aos riscos do negócio através da gestão econômica das atividades que são a ele delegadas.

Isto posto, há que se indagar: pode a lei eleger o exercício de atividades notariais pelos particulares, mediante delegação do Poder Público, como uma hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza? A resposta é intuitiva: não só pode como deve!

Com efeito, se os serviços públicos prestados mediante concessão e permissão do Estado são tributados pelo ISSQN – conforme autorizado pela Constituição e previsto no artigo 1º, §3º, da Lei Complementar nº 116/03 – por que a lei haveria de excluir da incidência do imposto as atividades realizadas mediante delegação do ente público? Tal situação ensejaria, decerto, uma evidente desigualdade entre contribuintes que se encontram na mesma situação de fato, qual seja, prestando um serviço de natureza pública.

A simples circunstância de os notários e registradores desempenharem uma atividade mediante *delegação* é insuficiente para autorizar uma posição privilegiada em relação aos demais particulares que realizam serviços – igualmente relevantes para a coletividade – mediante *concessão*! Tanto os agentes delegatários quanto os concessionários prestam serviços públicos que devem ser igualmente tributados – independentemente da nomenclatura que se confira à remuneração percebida – a fim de que se observe o preceito constitucional insculpido no artigo 150, inciso II, da Lei das leis, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

*II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.* (grifou-se)

Referido dispositivo nada mais representa do que um corolário do princípio isonômico, refletido no Direito Tributário; o festejado Roque Antônio Carrazza<sup>6</sup>, em sua distinta obra sobre a matéria, doutrina que a lei deve instituir tributo que incida sobre todas as pessoas que se encontrem na mesma situação, sob pena de inconstitucionalidade:

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que seleccione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.

*O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições.* (grifou-se)

Ocorreria, com efeito, visível violação ao princípio constitucional da isonomia se o ISSQN não incidisse sobre atividades cartorárias, uma vez que não existe um critério de discrimen razoável para conferir aos particulares que prestam tais serviços uma situação privilegiada de não-tributação de suas atividades.

O abalizado constitucionalista Alexandre de Moraes<sup>7</sup>, em comentário ao princípio fundamental da igualdade, considera que o tratamento diferenciado somente deve ser admitido quando haja critérios razoáveis e objetivos para diferenciar as situações, ou em outras palavras, quando o elemento discriminador se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito; transcrevamos a lição do mestre:

Dessa forma, o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]

[...]

*A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (grifou-se)*

A tributação das atividades notariais nada mais representa do que a aplicação, em toda sua plenitude, do princípio constitucional da isonomia, pois não existe qualquer razoabilidade em diferenciar a realização de tais serviços da prestação de outras atividades públicas por meio de concessão ou permissão.

A brilhante abordagem de Ives Gandra da Silva Martins<sup>8</sup> sobre o tema confirma este posicionamento; entende aquele professor que não se pode conferir à expressão "situação equivalente", mencionada no preceito magno retro transcrito, o sentido de igualdade absoluta em todos os aspectos, mas sim a aceção de equiparação material ou equipolência. Vejamos o ensinamento literal do doutrinador:

*A equivalência é uma igualdade mais ampla, a que se poderia chamar de equipolência [...] 'Equivalente' é um vocábulo de densidade óptica mais abrangente do que 'igual'. A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equipolência, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalên-*

*cia estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual, em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência, não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos". (grifou-se)*

A Lei Complementar nº 116/03, destarte, ao incluir as atividades notariais como hipótese de incidência do ISSQN, o fez em atendimento ao princípio da isonomia tributária, previsto na norma constitucional retro colacionada. Inconstitucional e irrazoável seria a incidência do tributo em serviços públicos prestados mediante concessão, permissão ou autorização, e a não incidência do imposto em serviços públicos prestados mediante delegação.

## 2 CONCLUSÃO

Não existe qualquer óbice constitucional ou legal que impeça a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza nas atividades desempenhadas pelos notários e registradores. Aqueles que entendem que tal situação viola o princípio da imunidade recíproca, não obstante sua notabilidade, desconsideram, conforme demonstrado, elementos essenciais para o deslinde da matéria.

Isso porque o produto dos emolumentos pagos pelos usuários dos serviços notariais e de registro – emolumentos estes que possuem natureza de taxa – destinam-se aos cofres públicos, por expressa determinação da Lei Federal nº 4.320/64; o Estado, por sua vez, remunera os agentes delegatários pelos serviços prestados aos utentes.

A remuneração percebida pelos agentes delegatários, destarte, está longe de ser uma taxa; configura-se, sim, uma efetiva contraprestação à realização de um serviço, caracterizando uma relação jurídica sobre a qual deve incidir o imposto em comento.

Tal incidência, ressalte-se, veio para dar plena efetivação ao princípio constitucional da isonomia tributária, pois os agentes delegatários de serviço público se encontram em idêntica situação aos particulares concessionários de serviços públicos – os quais se sujeitam ao pagamento do ISS –, não sendo razoável a atribuição de tratamento diferenciado entre estes e aqueles. De fato, o artigo 150, inciso II, da Carta Política, veda a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem na mesma situação, *independentemente da denominação jurídica do proveito auferido*.

### 3 BIBLIOGRAFIA

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRUZ, Flávio et al. VICCARI Junior, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; BARBOSA, Rui Rogério Naschenweng. *Comentários à Lei nº 4.320*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MACHADO JR., J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MELO, José Eduardo Soares de. *ISS – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2000.

### NOTAS

- 1 In: *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 439-440.
- 2 In: *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.184.
- 3 In: *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2000, p.184.

- 4 BELLO, Raquel Discacciati. Imunidade tributária das empresas prestadoras de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa* nº 132, 1996, p. 182-192.
- 5 In: *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.174-175.
- 6 Ob. cit., p.70
- 7 In: *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p.180-181
- 8 In: *Direito Constitucional Interpretado*. São Paulo: RT, 1992, p.166

## LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E MEDIDAS PROVISÓRIAS

**Natercia Sampaio Siqueira**

Mestre em direito tributário pela Faculdade  
de Direito da UFMG

Procuradora do Município de Fortaleza

Professora do curso de graduação em  
direito da Faculdade Integrada do Ceará

- 1 introdução
- 2 Legalidade em matéria tributária
- 3 Medidas Provisórias
- 4 Emenda Constitucional n. 33
- 5 Medidas Provisórias e contribuições
- 6 Conclusão.
- 7 Referências bibliográficas

### I INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade, que consiste na primeira grande conquista do cidadão em matéria de tributos, tem visto o seu conteúdo esvaziar-se.

Assistiu-se à incessante criação de tributos por medidas provisórias, sob a bênção do judiciário. O fato é que a comunidade passou a aceitar, de forma passiva, a imposição de deveres jurídicos tributários sem a existência de debates democráticos, como se a legalidade fosse, tão somente, um mero formalismo que não merecesse permanecer diante das alegações de urgência e relevância da arrecadação.

Não houve uma reflexão do papel da legalidade relacionado à democracia e às liberdades individuais - como dito, ela foi relegada a um mero formalismo facilmente superável. E mesmo com a edição da Emenda Constitucional 33, permaneceu a comunidade jurídica

passiva ao evento das medidas provisórias instituidoras de tributos, sem buscar o alcance das modificações introduzidas.

Diante deste quadro, faz-se fundamental uma análise da legalidade, da sua relevância na dinâmica tributária, para ao final examinar o que a Emenda Constitucional 33 modificou neste tocante.

O tema é sempre dos mais atuais. A legalidade não é, tão somente, um direito subjetivo do contribuinte, sendo fundamental para a realização de um Estado Democrático. Neste tocante, não se pode olvidar que a legalidade é o início do diálogo que aproxima os cidadãos dos agentes públicos responsáveis pelas manifestações estatais – diálogo que se estende às criações de normas jurídicas individuais e concretas instituidoras de tributos. E referido entrosamento é imprescindível para dotar os tributos de legitimidade, conferindo uma real aceitabilidade social à sua cobrança e um sincero reconhecimento da representatividade do Estado na sua criação e imposição.

## 2 LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

É princípio nuclear no ordenamento jurídico a legalidade, que foi instituída em termos genéricos no art. 5º, inciso II, e reafirmada, especificamente, em matéria penal e tributária.

Neste tocante, faz-se interessante notar que a legalidade é um princípio que se desenvolveu no liberalismo, momento histórico em que a maior preocupação do direito gravitava em torno da liberdade do cidadão e da conseqüente abstenção estatal. Chegou-se, pois, à conclusão de que submeter a vontade do executivo à lei, que resulta da vontade da maioria dos representantes parlamentares, seria conter o Estado, sujeitar as suas ações à vontade da maioria e ofertar previsibilidade ao cidadão. E quanto maior a necessidade de estabilidade e de segurança jurídica, mais a lei deveria ser minudente e maiores seriam as restrições a interpretações que se distanciassem do texto legal, sendo, ainda nos dias atuais, correta a seguinte equação: o teor de legalidade é diretamente proporcional à segurança jurídica.

Não é de se estranhar, portanto, que em matéria tributária – na qual é extrema a preocupação com a segurança jurídica –, o germe do princípio da legalidade encontre-se em momento histórico anterior ao liberalismo burguês, podendo-se citar a Carta Magna. Este documento, em vários momentos da história do direito inglês, funcionou como uma carta de princípios que reunia as “razões máximas imemoriais” presentes na comunidade, tendo sido utilizada em episódios cruciais para reafirmar o poder do parlamento diante da monarquia. Atuava, pois, a Carta Magna, como o fundamento do direito, ao qual tudo o mais deveria estar em conformidade; é uma idéia inicial de constituição.

E precisamente na Carta Magna, documento que os barões elaboraram e exigiram que o rei João Sem Terra assinasse, cuja primeira versão constou de 1215 e a última de 1225, havia uma cláusula que, explicitamente, vedava a instituição de impostos pelo rei sem o consentimento dos barões. Repita-se, é o germe da legalidade tributária, que naquele momento explicava-se na perda de poder da monarquia inglesa diante dos barões e na elevada carga tributária, instituída para financiar uma pesada estrutura de guerra.

Até nos dias atuais, em vários compêndios de direito tributário encontra-se a remissão ao fato histórico narrado como o nascedouro da legalidade tributária. Mas o fato é que a legalidade vai bem além de uma disputa de forças políticas entre nobres e reis, e embora longe se vá do estado liberal burguês, é sempre importante lembrar os fundamentos principiológicos sob os quais foi desenvolvida a idéia da legalidade: a contenção do executivo; a garantia da previsibilidade do cidadão quanto às obrigações que lhes são impostas; a democracia da maioria.

No tocante à democracia, o tradicional modelo francês, no sentido de submeter-se o executivo e o judiciário à letra da lei, o que implica a primazia da vontade política do parlamento em relação a do executivo e do judiciário, deitou raízes no direito brasileiro. Basta verificar-se que além da regra geral contida no já mencionado art.

5º, inc. II, a legalidade é adotada como princípio da Administração, sendo, também, expressa e especificamente prevista em matéria penal e tributária, que são as que requerem um maior grau de previsibilidade, clamando por uma forte contenção estatal.

Não obstante o rígido modelo Francês tenha sofrido forte mitigação ao ser aplicado no Brasil – onde o judiciário detém a prerrogativa de manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, seja de forma incidental ou concentrada –, reafirmar a competência exclusiva do legislativo para criar normas gerais e abstratas instituidoras de deveres e obrigações é fundamental para perceber como a prática jurídica brasileira afastou-se dos seus princípios pela larga utilização da medida provisória. O que era excepcional passou a ser visto e utilizado com naturalidade, ferindo-se um dos pilares da democracia, que consiste na sujeição da vontade do executivo à lei.

### 3 MEDIDAS PROVISÓRIAS

Nota-se que as medidas provisórias, ao permitirem a expedição de normas gerais e abstratas criadoras de direitos e obrigações, possibilitam ao executivo inovar juridicamente em escala política, desvinculando a sua vontade da do Parlamento; é a reafirmação de um executivo forte e centralizador, o que se explica na pouca afinidade brasileira com a democracia.

O fato é que a previsão da medida provisória foi uma herança do decreto-lei, não obstante o texto constitucional prever a sua instituição apenas em situações de urgência e relevância. Da mesma forma, a utilização indiscriminada de medida provisória foi decorrência da prática jurídica autoritária centrada no executivo, não tendo causado espécie ao judiciário que o presidente, sistematicamente, inovasse a ordem jurídica, criando deveres para os cidadãos sem estar vinculado à vontade política do parlamento.

E nesta esteira dos acontecimentos, as medidas provisórias passaram a regular qualquer matéria – o judiciário apenas vetou a sua

utilização em direito penal. Mas até em direito tributário, admitiu-se a utilização de medida provisória, desde que fosse respeitada a anualidade ou a espera nonagesimal.

É verdade que o judiciário mostrou-se sensível aos reclames da segurança jurídica no aspecto de possibilitar ao cidadão o conhecimento prévio dos encargos tributários, de maneira que lhe fosse garantido tempo suficiente para adequar suas finanças ao aumento de tributos. Entretanto, foi absolutamente negligenciado o caráter democrático da imposição tributária, esquecendo-se da necessidade de submeter a criação de tributos aos representantes parlamentares. Este aspecto é vital numa democracia, tendo em vista que a criação de tributos envolve decisões econômicas do mais elevado teor político, implicando o debate de quanto se deve deixar de recursos à iniciativa privada e de quanto se deve destinar aos cofres públicos.

Ora, em uma ordem econômica estruturada na livre iniciativa, na propriedade privada e no mercado, é fundamental que decisões que se reflitam na economia sejam tomadas pelo Parlamento, em razão do largo debate que nele se trava, divulgado pela imprensa aos cidadãos, que passam a fiscalizar e pressionar os políticos. Estes, por sua vez, decidem em conjunto, após – ao menos teoricamente – o cotejamento dos diversos interesses existentes na comunidade.

Ademais, um debate intenso, prolongado, acompanhado e fiscalizado pela sociedade torna-se tão mais relevante em matéria tributária quando se está vivendo um crescente processo de comprometimento do PIB pela tributação em meio a uma prolongada crise econômica, na qual estabelecimentos fecham as suas portas, gerando desemprego e esfriando a economia. Neste momento crítico, estando o equilíbrio entre tributos e liberdades individuais cada vez mais frágil, é inadmissível que decisões acerca do aumento da carga tributária sejam tomadas em sigilo, sem a participação da sociedade em um debate marcado pela presença de vários representantes populares, defendendo diferentes interesses.

Percebendo-se, pois, a relevância democrática da legalidade — tendo em conta, especialmente, a importância da imposição tributária como política econômica e a indispensável razoabilidade da carga fiscal para a subsistência e o desenvolvimento das liberdades individuais —, entende-se o porquê de o texto original Constituição Federal de 1988 ter determinado que os tributos apenas podem ser criados ou aumentados por lei, sujeitando-os ao rico debate democrático que se trava em seara parlamentar.

Ainda no tocante a esta matéria, as observações de Misabel Derzi são insuperáveis. Raciocina a jurista mineira que em esfera tributária, o lapso temporal que se tem de respeitar para que os tributos incidam os põe em movimento contrário ao das medidas provisórias, afirmando que a segurança jurídica existente neste ramo do direito inviabiliza a caracterização da urgência e da relevância, nos moldes do art. 62 da CF2. Quando “urgente” e “relevante” a criação de tributos, a Constituição, expressamente, desde o seu texto original, já possibilitava a incidência imediata em determinadas situações; e isto implica a existência de sopesamento constitucional quanto às circunstâncias em que se configura a urgência e a relevância capazes de mitigar a segurança jurídica em matéria tributária.

É interessante ainda lembrar a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou a anterioridade cláusula pétrea, insusceptível de ser afastada por emenda constitucional (STF — Pleno — Adin. n. 939-7/DF). Ora, se nem mesmo emenda constitucional não pode prever situações aptas a possibilitar a incidência imediata dos tributos, implicitamente reconheceu-se que o argumento da urgência e da relevância não cabe em matéria tributária, exceto nos casos estipulados no texto original; deu-se prevalência, pois, aos princípios constitucionais tributários que integram o estatuto do contribuinte.

Como decorrência lógica deste raciocínio, é certo que deveria ter sido considerada inadmissível a instituição de tributos por intermédio de medida provisória. Entretanto, o casuismo no qual é realizada a prática jurídica brasileira não permitiu que se chegasse à refe-

rida constatação, criando-se o arremedo de instituir MP's sem vigência imediata, o que implica a inexistência dos pressupostos constitucionais que permitiriam a inovação da ordem jurídica pelo executivo, sem vinculação à vontade legislativa.

Em suma, do que se disse acima, pode-se chegar ainda à seguinte conclusão: a matéria tributária é incompatível com as situações de urgência e relevância, que justificam o afastamento de um real debate democrático em torno das obrigações dos cidadãos.

#### 4 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33

Entretanto, mesmo contrário a dispositivos do texto constitucional e à voz quase que unânime da doutrina, assistiu-se a edição e reedição de medidas provisórias em todas as áreas, com exceção da penal, o que foi entendido como prática inconstitucional pelo judiciário.

Posteriormente, tendo-se constatado os reiterados abusos, o próprio judiciário, ao contrário de posicionamentos anteriores nos quais afirmou que a verificação da urgência e da relevância consistia em mérito administrativo, portanto insuscetível de reexame judicial, passou a julgar inconstitucionais certas medidas provisórias, sob a fundamentação da carência de seus pressupostos constitucionais.

O fato é que com o desenvolver da prática democrática, o judiciário mostrou-se mais intolerante no tocante aos abusos cometidos na edição e reedição de MPs, e o próprio legislador sentiu a necessidade de impor limites, editando a Emenda Constitucional no. 33.

Em referida Emenda, criou-se uma série de limitações às medidas provisórias: enumerou-se as matérias que estariam fora do seu raio de atuação; obrigou-se as casas legislativas a examinarem, previamente, a existência dos pressupostos constitucionais necessários à instituição da medida provisória: urgência e relevância; vedou-se a reedição de medida provisória, na mesma sessão legislativa, quando rejeitada ou quando não apreciada no tempo hábil.



Tentou-se, enfim, resgatar a competência do legislativo para inovar a ordem jurídica, contendo as incursões do executivo nesta seara. Em matéria tributária, a Emenda Constitucional n. 33 acrescentou o § 2º ao art. 62, com o seguinte teor: "medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os casos previstos nos arts. 153 I, II, IV e V e 154 II, só produzirá os efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último daquele em que foi editada".

É interessante notar que referida disposição foi além do que já tinha garantido o judiciário; este resguardou a segurança jurídica, mas negligenciou a democracia, possibilitando a inovação em matéria tributária pelo executivo. Entretanto, a Emenda Constitucional, além de confirmar a segurança jurídica, negando a possibilidade de instituição de imposto no mesmo exercício financeiro, ainda reafirmou a legalidade, instituindo a obrigatoriedade de conversão em lei no prazo da anterioridade.

Em análise de referido dispositivo constitucional, chega-se à conclusão de que a Constituição Federal, ao reafirmar a legalidade e a anterioridade em matéria de imposto, sujeitando as medidas provisórias a respectivos princípios, simplesmente instituiu um novo modelo de procedimento legislativo para a criação de tributos: o legislativo é provocado por medida provisória, cujo transcurso de aprovação é sujeito a prazos exíguos, havendo preferência de deliberação após 45 dias. Portanto, a urgência e a relevância em matéria tributária, afora os casos já estabelecidos desde o texto original da Constituição Federal, apenas possibilitam um processo legislativo para a instituição de lei mais célere; nada mais, além.

Finalizando o tópico, urge salientar que o § 2º do art. 62 também deve ser estendido às taxas. Não obstante o § 2º referir-se a imposto, nele há expressa remissão à anterioridade – aplicada, igualmente, às taxas –, sem falar que nos tributos sinalagmáticos – regidos pelo princípio da retribuição –, as razões que exigem a aplicação da legalidade são tão relevantes quanto as que se encontram presentes em matéria de impostos. É o que se verá a seguir.

## 5 MEDIDAS PROVISÓRIAS E CONTRIBUIÇÕES

O dito acima aplica-se às contribuições, não obstante o texto referir-se, tão somente, a imposto.

Em matéria de contribuições, a finalidade não derroga os princípios atinentes ao fato gerador. Melhor explicando, dependendo da relação que surja entre o Estado e o contribuinte em matéria de tributos – relação contributiva ou sinalagmática –, os princípios a serem aplicados divergem. Em matéria de tributos contributivos, entra em cena a capacidade contributiva e os seus corolários; em seara dos tributos sinalagmáticos, trabalha-se, preferencialmente; em torno da retribuição ao Estado por uma atuação pública que beneficie mediata ou imediatamente, mas específica e individualmente, o contribuinte.

Entretanto, alguns princípios são comuns a todas as espécies tributárias, independente da relação existente entre o contribuinte e o ente público. Estes princípios prestam-se tanto às exigências da capacidade contributiva, quanto às necessidades da retribuição, além de, muitas vezes, estarem relacionados com valores de ordem geral, indo além das lindes tributárias. É o caso da legalidade.

A legalidade, como visto, em uma primeira ordem fundamenta-se na democracia da maioria, na contenção estatal e na segurança do cidadão. Mas em matéria tributária, assume um plus de relevância no tocante à capacidade contributiva.

Relembra-se: nos tributos em que se transfere parcela de riqueza do cidadão para os cofres públicos, é inadmissível que a deliberação acerca do quantum a ser transferido ocorra sem que o contribuinte tenha a oportunidade de influir no debate. Decisões deste jaez, como anteriormente explicado, envolvem escolhas do mais alto teor político, afetando a economia.

Para manter-se, pois, o equilíbrio entre carga tributária e liberdades individuais, mostra-se de extrema relevância a legalidade, já que um debate prolongado, envolvendo um número considerável de

representantes populares e desenvolvido em um procedimento formal, marcado por diferentes etapas, que podem ser acompanhadas e fiscalizadas pela sociedade, possibilita uma efetiva participação popular em escolhas estratégicas para a permanência e o crescimento da livre iniciativa.

Por outro lado, em matéria de retribuição, nunca é demais lembrar que a cobrança por atuações públicas sob o regime tributário é uma proteção ao contribuinte, uma vez que se mantém a modicidade da cobrança, devendo a base de cálculo refletir o custo da atuação ou o benefício, específica e individualmente, auferido; garante-se, ainda, a estabilidade do valor da retribuição durante um período de tempo relevante.

Como dito, referidas cautelas são fundamentais, tendo em vista que as atuações públicas estão relacionadas com as atividades de maior relevância social, que são voltadas à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. Eis as razões pelas quais se faz fundamental estruturar-se um justo sistema de retribuição pelos dispêndios públicos específicos e divisíveis, de forma a não se impossibilitar a fruição dos benefícios gerados por estas atuações estatais.

Também neste ambiente é, portanto, imprescindível garantir-se a legalidade nos moldes acima tratado, de maneira que os cidadãos influam nos debates acerca do regime de retribuição, aos cofres estatais, por atuações públicas específicas e divisíveis. Principalmente, quando referidas retribuições assumem quantias verdadeiramente relevantes, como ocorre em muitas taxas e contribuições sinalagmáticas, podendo-se ofertar, como exemplo, a contribuição previdenciária dos trabalhadores.

O fato é que independente da relação que se trave entre o Estão e o cidadão sob o rótulo de uma contribuição, a legalidade é relevante tanto em matéria de capacidade contributiva, como em seara de retribuição. A finalidade não tem o condão de afastar da matéria tributária referido princípio; mesmo porque, como já dito,

ele encontra-se intimamente vinculado a valores centrais da ordem jurídica brasileira, que extrapolam as fronteiras do direito tributário.

Portanto, também em matéria de contribuição deve-se aplicar a inovação contida pela emenda constitucional n. 33: a criação de contribuições pelas medidas provisórias apenas é possível se respeitado o lapso temporal entre a publicação e a vigência e se houver a conversão em lei neste período.

## 6 CONCLUSÃO

Com a edição do §2º ao art. 62, restabeleceu-se a legalidade em matéria tributária, de maneira que a regulação de tributos por medida provisória apenas implica a adoção de um processo legislativo mais célere, sujeito a prazos exíguos e à preferência de votação, após 45 dias.

A relevância da Emenda Constitucional n. 33 não pode ser mitigada pelos termos estritos em que ela foi vazada, na qual foram empregadas as expressões: "impostos"; "exercício financeiro seguinte"; "até o último dia daquele em que foi editada". O restabelecimento da legalidade em matéria de medida provisória instituidora de exações fiscais deve ser estendido a todas as espécies tributárias, já que em todas é fundamental o processo democrático da criação do tributo por um debate parlamentar.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEEIRO, Aliomar. 11.ed. Direito Tributária brasileiro. Atualização e complemento de Misabel Abreu Machado Denzi. Rio de Janeiro: FORENSE. 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. 7.ed. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Atualização e complemento de Misabel Abreu Machado Denzi. Rio de Janeiro: FORENSE. 1997.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. 2.ed. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. Rio de Janeiro: FORENSE. 1990.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: FORENSE, 1999.
- CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.

## NOTAS

1 Neste tocante, é importante perceber que não obstante os aplicadores das normas individuais e concretas possuam liberdade hermenêutica diante da vivência de um direito principiológico, a criação jurídica por eles efetuada respalda-se na interpretação – é o resultado da compreensão do texto da Constituição e das Leis. E mesmo as súmulas, que possuem um aspecto de norma geral e abstrata, nada mais são do que o resultado da interpretação do direito posto. Diferentemente, a criação de normas gerais e abstratas pelo legislativo não é o produto de uma interpretação do ordenamento jurídico, na busca da única solução possível; antes, resulta da discricionariedade política que permite a criação de direitos e obrigações. É verdade que a norma criada não pode ferir a Constituição; mas não é, única e exclusivamente, o resultado de uma sua interpretação. No Brasil, o único órgão que detém a prerrogativa de criar normas gerais e abstratas desvinculada de uma atividade puramente interpretativa é o legislativo; eis a razão de administrativistas ensinarem que o ordenamento jurídico apenas pode ser inovado pelo Parlamento.

2 Misabel Abreu Machado Derzi, em comentários à obra de BALEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Rio de Janeiro: FINESE, 1997. p. 81- 87.

## **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISPOSITIVO DO CÓDIGO FLORESTAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA DELIMITAÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.**

**Lucíola Maria de Aquino Cabral.**

Procuradora do Município.

Especialista em Direito Público.

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais.

### **Introdução.**

- 1 Conteúdo Jurídico-Político do art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988.
- 2 A questão da autonomia municipal.
- 3 Competência comum e competência concorrente.
- 4 Política urbana.
- 5 Conflitos administrativos de gestão ambiental e o princípio da subsidiariedade. Conclusão. Bibliografia.

### **INTRODUÇÃO**

Este trabalho aborda matéria concernente a interpretação de dispositivo constante do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 4.771/65, com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989.

O Código Florestal Brasileiro - Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, é reconhecidamente uma das legislações mais antigas sobre meio ambiente existentes no país.

O tema relacionado à competência para legislar sobre meio ambiente deverá ser analisado à luz do texto constitucional e de seus princípios, em especial, o princípio do federalismo, o princípio da autonomia dos municípios e o princípio da subsidiariedade.

Objetivando delimitar o âmbito de abrangência deste trabalho, transcrevo em seguida, o parágrafo único do art. 2º, do Código Florestal:

**"Parágrafo único.** No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. *(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)*".

Como se verifica, a discussão envolve matéria relacionada à competência dos entes federados para legislar sobre meio ambiente, cujo balizamento é estabelecido pela Constituição Federal de 1988, em seus artigos 23 (competência comum) e 24 (competência concorrente).

A par dos princípios do federalismo e da autonomia dos municípios, será destacado, neste trabalho, o princípio da subsidiariedade, que, segundo Omar Serva Maciel, mantém estreita relação com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, mais precisamente com aqueles que entendem com a forma federal de Estado e com a preservação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político.<sup>1</sup>

Antes de definir qualquer posicionamento, entendo ser necessário tecer alguns comentários acerca do conteúdo jurídico-político do art. 1º da Carta da República, considerando que sua compreensão estabelece as bases do entendimento esposado neste trabalho.

## 1 CONTEÚDO JURÍDICO-POLÍTICO DO ART. 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988 é bastante claro ao estatuir que a República Federativa do Brasil é formada

pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. O constituinte originário, portanto, estabeleceu que o contorno jurídico-político adotado corresponde a um modelo político democrático baseado nos princípios do federalismo e da legalidade.

Traço característico do federalismo brasileiro reside na descentralização do poder, cuja operacionalização se faz por meio da repartição de competências, que constitui 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.<sup>2</sup>

A técnica de repartição de competências consagrada pela Carta da República busca alcançar o federalismo de equilíbrio, ou seja, quando não há tendência acentuada para a centralização ou a descentralização.

Rafael Munhoz de Mello anota que há um princípio geral que rege a distribuição de competências entre os entes que compõem o Estado Federal: *o princípio da predominância do interesse*. À União devem ser atribuídas as competências que se refiram a interesses nacionais; aos Estados-membros, as competências devem ter pertinência com interesses regionais; aos Municípios, as referentes ao interesse local.<sup>3</sup>

Segundo Elcio Fonseca Reis o Brasil é um Estado Federal em que a União e os Estados-Membros ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por essa razão, receber tratamento jurídico-formal isonômico. Esta igualdade jurídica revela a inexistência de diferença hierárquica entre as Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno, sendo correto afirmar tão-somente diferença nas competências distintas que receberam da própria Constituição. Decorre daí que, no federalismo brasileiro não existe diferença hierárquica entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais, mas sim diferença de competência legislativa.<sup>4</sup>

Considerando-se a estrutura escalonada das normas jurídicas, pode-se dizer que uma norma é hierarquicamente inferior à outra quando aquela retira desta o seu fundamento de validade. A Constituição Federal brasileira de 1988, portanto, representa a fonte de onde devem irradiar as normas jurídicas e, a partir de onde deve iniciar o processo de interpretação das normas jurídicas..

Assim, todas as regras jurídicas decretadas encontram, em princípio, seu fundamento de validade na Constituição Federal, não existindo, nesses termos, subordinação, mas sim diferentes âmbitos de competência.<sup>5</sup>

A técnica de repartição de competências utilizada pelo constituinte de 1988 impede a usurpação de competências, uma vez que o próprio texto constitucional é que fixa os limites de atuação de cada ente federado, não podendo ocorrer qualquer ingerência legislativa ou administrativa por parte da ordem central nos governos locais.

## 2 A QUESTÃO DA AUTONOMIA MUNICIPAL

A autonomia dos entes da federação está diretamente relacionada ao fato de que estes devem possuir competência tributária própria, capaz de fazer frente às responsabilidades a eles atribuídas pela Constituição Federal.<sup>6</sup>

A autonomia de que se fala está atrelada a descentralização territorial do poder e a capacidade de gerar receitas próprias, o que permite aos entes federados definir suas prioridades independentemente das políticas traçadas pela União, estando a autonomia municipal assentada em cinco requisitos:

- a) capacidade de auto-organização;
- b) capacidade de auto-governo;
- c) competência legislativa própria;
- d) capacidade de auto-administração;
- e) autonomia financeira.

Observa-se que Constituição Federal de 1988, em seu art. 18, ao definir a organização político-administrativa do país, declarou autônomos os Municípios brasileiros. A autonomia de que cuida o texto constitucional, segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>7</sup>, consiste na faculdade conferida ou reconhecida a uma entidade de criar as suas próprias normas. A autonomia das entidades federadas é garantida pela existência de competências próprias e exclusivas, que podem ser postas ao lado de outras complementares ou comuns, mas que asseguram um espaço de criação de Direito por elas. A noção de autonomia vincula-se, portanto, ao sistema de repartição de competências que determina a eficácia do próprio princípio federativo. Competência é a medida da capacidade de ação política ou administrativa, legitimamente conferida a um órgão, agente ou poder, nos termos juridicamente definidos.

A autonomia conferida aos municípios deve possibilitar uma convivência política harmoniosa, onde a participação do povo seja efetiva no processo decisório e na formação dos atos de governo, tendo em vista que em uma sociedade democrática, há que se consentir na pluralidade de idéias, culturas e etnias, preservando-se os direitos individuais, políticos e sociais dos cidadãos, e propiciando-lhes os meios necessários ao seu exercício.

## 3. COMPETÊNCIA COMUM E COMPETÊNCIA CONCORRENTE

Considerando-se, pois, que competência é a medida da capacidade de ação política ou administrativa legitimamente conferida a um órgão, agente ou poder, em termos juridicamente definidos, resta analisar as regras sobre competência comum e competência concorrente em matéria de meio ambiente, conforme definidas na Carta da República.

Consoante dispõe o art. 23, inciso VI, da Constituição Federal brasileira de 1988: "Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;".

A regra contida no citado art. 23 atesta claramente que é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição sonora em qualquer de suas formas. No caso, indiscutível os limites da competência comum conferida a esses entes.

O art. 24, inciso VI, por sua vez, possui uma redação mais abrangente e por isso mesmo mais complexa: *"Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;"*.

O Município, quer considerado ente federativo ou entidade condômina de exercício de atribuições constitucionais, como o conceitua José Nilo de Castro, possui autonomia política, auto-organizatória, administrativa e financeira, prescindindo de autorização externa para promover seu ordenamento. Este o entendimento mais consentâneo que se pode extrair da dicção do art. 30, I do texto constitucional: *"Art. 30 - Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;"*.

O conteúdo jurídico da expressão "interesse local", segundo José Nilo de Castro pode ser traduzida relativamente a todos os assuntos do Município, mesmo naqueles em que não seja ele o único interessado, mas desde que seja o principal:

*".....traduz-se em todos os assuntos do Município, mesmo em que ele não fosse o único interessado, desde que seja o principal. É a sua predominância; tudo que repercute direta e indiretamente na vida municipal é de interesse local, segundo o dogma constitucional, havendo, por outro lado, interesse (indireta e mediatamente) do Estado e da União. Impõe-se a assertiva à vista do fenômeno da descentralização."*<sup>8</sup>

O modelo de federalismo brasileiro impõe a participação dos

poderes locais no processo político, na medida em que atribui a cada um deles parcela de competência legislativa e autonomia financeira. A coerência do sistema político se encontra amparada em dois princípios básicos: o princípio republicano e o princípio do federalismo juntos asseguram o direito de participação segundo as normas vigentes no ordenamento e a descentralização política do poder dos entes federados.

A repartição de competências entre os entes federativos é inerente a forma descentralizada do Estado brasileiro, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, a teor do disposto no art. 1º da Carta Magna.

Não se discute, por conseguinte, a competência da União para estabelecer normas gerais em matéria ambiental. Todavia, como resta explicitado do texto constitucional, a União detém, juntamente com os Estados, *competência comum* para atuar na proteção ao meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. E, concorrentemente, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Considerando-se que compete à União estabelecer normas gerais em matéria ambiental e que compete aos municípios legislar sobre matéria de interesse local, cabe indagar se a matéria ambiental afeta diretamente aos municípios poderá ou não ser objeto de legislação municipal própria?

Foi dito alhures que a expressão "interesse local" traduz tudo quanto se relacione diretamente aos assuntos de interesse dos municípios, ou seja, a todos os fatos e matérias em que predomine seu interesse. Nesse sentido, não há como negar que a proteção ao meio ambiente afeta diretamente os interesses de todos os municípios, impondo-se ao Município pugnar pela defesa intransigente de tudo quanto possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida de sua população.

É preciso reconhecer que a Carta da República de 1988 redesenhou o perfil dos municípios brasileiros, submetendo-os a um novo regime constitucional.<sup>9</sup> Todavia, o legislador constituinte não inseriu a matéria ambiental de forma expressa dentre as competências atribuídas aos municípios em decorrência, exatamente, do novo perfil constitucional que carrega a expressão "interesse local" constante do art. 30, I, do texto constitucional vigente., como explica Vladimir Passos de Freitas:

"Desde logo é preciso deixar claro que a competência comum a que se refere o art. 23 da Carta Magna não é para legislar, mas sim para atuar na proteção ao meio ambiente. É no art. 30 que se encontrará a base constitucional para a elaboração de lei. É aí, sem dúvida, que surgem as maiores dúvidas e as indagações mais complexas.

O inc. I não é específico ao meio ambiente, mas a ele também se aplica, pois dá ao município competência para legislar sobre assuntos de interesse local. A nova Constituição inovou ao substituir a expressão tradicional "peculiar interesse" por "interesse local". Com isso, perdeu-se entendimento consolidado em doutrina de dezenas de anos, já que desde a Constituição da República de 1891 usava-se a expressão "peculiar interesse" (conforme art. 61). Pois bem: qual o assunto ambiental do interesse federal ou estadual que não interessa à comunidade? Então, raciocinando em sentido contrário, tudo é do interesse local e, portanto, da competência municipal? O subjetivismo da expressão origina as mais atrozés dúvidas".<sup>10</sup>

Não há unanimidade entre os doutrinadores, entendendo alguns como Ferreira Filho, Ellen de Castro Quintanilha e Leonardo Greco que a Constituição Federal de 1988 restringiu a autonomia municipal e, em sentido contrário, podem ser citadas as opiniões de Paulo Afonso Leme Machado, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e José Nilo de Castro.<sup>11</sup>

Por outro lado, consoante previsão constante do art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal brasileira de 1988, compete aos municípios, promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

A questão que se coloca é: poderá a legislação municipal – Plano Diretor ou Lei de Uso e Ocupação do Solo ou Código de Meio Ambiente, estabelecer limites distintos daqueles já fixados pelo Código Florestal?

O assunto entelado tem merecido amplo debate. Não há dúvida quanto a competência dos municípios para dispor sobre o ordenamento territorial, uso e ocupação do solo do urbano. Nesse contexto, deve a matéria precisa ser apreciada à luz do regramento constitucional:

"Como o princípio da autonomia municipal foi revigorado na Constituição da República de 1988, a esfera das competências exclusivas e privativas da entidade local foi claramente ampliada, fortalecendo-se, ainda, aqueles outros elementos que compõem e realizam o princípio. Assim, deitaram abaixo as exceções antes havidas quanto ao autogoverno e afirmou-se uma maior participação dos munícipes na gestão administrativa dos negócios locais. .... A competência legislativa dos Municípios foi definida em termos de "assuntos de interesse local", hipótese em que a sua competência é exclusiva e excludente, portanto, da competência das demais entidades. Nessa matéria, a atuação competente da entidade municipal sobrepõe-se a qualquer outra ação, que, se ocorrer, será considerada inconstitucional por violação do princípio da autonomia municipal. Entregou-se ao Município, e também não pode ser frustrada por qualquer forma, a competência legislativa suplementar à legislação federal (leia-se nacional) e esta-



dual *no que couber*. ... Há que se considerar a questão do cabimento em face do interesse predominantemente local e que singularize o tratamento no plano municipal, para ser eficaz."<sup>12</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

"A competência executiva do Município para a proteção ambiental está expressa na Constituição da República, dentre as matérias de interesse comum a todas as entidades estatais (art. 23, VI). Essa competência em defesa de sua população e de seus bens já se achava remansada na doutrina e na jurisprudência, transposta a fase inicial de hesitações, compreensível em matéria nova e complexa, tratada quase sempre sob influências emocionais e interesses conflitantes, não devidamente sopesados com a neutralidade da técnica, a certeza do Direito e a serenidade da Justiça. Superado esse estágio, verificou-se que a proteção ambiental é incumbência do Poder Público em todos os níveis de governo, e a nossa Constituição, inovadoramente, reservou as normas gerais de proteção do meio ambiente para a União (CF, art. 24, VI e § 1º), deixando para o Estado-membro a legislação supletiva (CF, art. 24, § 2º) e para o Município o provimento dos assuntos locais. Realmente, sempre se entendeu que ao Município sobravam poderes implícitos para editar normas edíficas de salubridade e segurança urbanas e para tomar medidas executivas de contenção das atividades prejudiciais à saúde e bem-estar da população local e degradadoras do meio ambiente de seu território, uma vez que, como entidade estatal, achava-se investido de suficiente poder de polícia administrativa para a proteção da coletividade administrativa. No tocante à proteção ambiental, a ação do Município limita-se especialmente ao seu território, mas materialmente estende-se a

tudo quanto possa afetar os seus habitantes e particularmente a população urbana. Para tanto, sua atuação nesse campo deve promover a proteção ambiental nos seus três aspectos fundamentais: controle da poluição, preservação dos recursos naturais e restauração dos elementos destruídos".<sup>13</sup>

Os municípios exercem "competência supletiva", e, apesar de o Município não estar incluído no rol dos entes dotados de competência concorrente, a doutrina é assente no sentido de que a competência suplementar prevista no inciso II, do art. 30, da Constituição Federal de 1988 é exercida exatamente em relação às matérias previstas no art. 24.

Elcio Reis esclarece que a melhor exegese extraída da Carta Constitucional indica que a competência suplementar dos Municípios alcança tanto a complementar como a supletiva, ressaltando que tal interpretação vai ao encontro do princípio do federalismo de equilíbrio buscado pela Lei Maior, impedindo, também qualquer interpretação que possa, de algum modo, restringir a autonomia municipal.<sup>14</sup>

Sob a ótica do Direito Tributário, por outro lado, Misabel de Abreu Machado Derzi esclarece que em caso de ausência de lei complementar federal sobre normas gerais, poderá o Município exercer sua competência legislativa plena.<sup>15</sup>

A suplementação, conforme está dito na Constituição, será feita "no que couber". A expressão quer significar que o Município, para exercício da competência suplementar, deverá atender a outro requisito, qual seja, deverá observar se a matéria em análise (a matéria objeto da suplementação) constitui assunto de predominante interesse local.

A preponderância do interesse é que irá caracterizar o interesse local e, nesse sentido, o interesse local funcionará como um vetor dos poderes implícitos conferidos aos Municípios, seja para suprir ou para criar o novo.<sup>16</sup>

#### 4. POLÍTICA URBANA

A definição do predominante interesse local passa por questões outras relativas ao planejamento e ao desenvolvimento urbano. É que, nos termos do art. 180 da Constituição Federal de 1988 “*A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes*”.

As regras gerais a que se refere o art. 180, da Constituição Federal de 1988, encontram-se expressas na Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – que veio regular a política urbana nacional.

O Estatuto da Cidade é uma lei nacional que fixa as diretrizes gerais para a execução de políticas urbanas, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana, delimitando de forma precisa e com contornos claros o que seja função social.<sup>17</sup> A função social da propriedade ora definida em esfera nacional, constitui o único parâmetro jurídico a ser utilizado pelos operadores do direito, restando assegurados o cumprimento e a eficácia jurídica do princípio federativo, mediante a criação de um sistema único e coerente para o desenvolvimento do espaço urbano nacional, de forma concertada e harmônica.<sup>18</sup>

O planejamento e o desenvolvimento do espaço urbano, no âmbito do Município, deverão estar disciplinados no Plano Diretor, instrumento para a realização dos objetivos urbanísticos e políticas públicas, por meio do qual se determinam e se estabelecem as formas de uso do solo e de exercício do direito de propriedade. Nesse contexto, o direito de propriedade ora relativizado em decorrência do cumprimento de sua função social assume nova feição, uma vez que, de acordo com o art. 39, da Lei nº 10.257/2001, *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*. Tudo isto visa assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos no to-

cante à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas, observadas as diretrizes contidas no art. 2º da mesma lei, salientando Daniella Dias que:

“Diante das diretrizes estabelecidas para o processo de planejamento urbano e execução das políticas urbanas constantes da Lei nº 10.257/2001, que deverão ser respeitados por todos os entes federados e, em especial, pelos municípios, conclui-se que estes deverão ajustar sua produção normativa à realização das funções sociais da cidade, em consonância com os dispositivos e princípios constitucionais para o desenvolvimento urbano, determinando e definindo a função social da propriedade urbana no plano jurídico-material”.<sup>19</sup>

As atribuições legislativas e administrativas para o desenvolvimento da política urbana são de competência dos poderes públicos federal e estadual, cabendo ao poder público municipal a competência privativa para legislar sobre matéria de interesse local, no qual se destaca o planejamento urbano municipal, objetivando promover o adequado ordenamento territorial mediante a elaboração do Plano Diretor. A necessidade de defesa, proteção e preservação do meio natural, como condição essencial à sadia qualidade de vida para toda população, está implicitamente consagrada no âmbito de aludidas competências.<sup>20</sup>

A implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento urbano abrange não só questões urbanísticas, mas também aspectos ambientais relevantes, não sendo possível separar em compartimentos estanques o meio urbano e o meio ambiente. A cidade é uma só e mais, como acertadamente diz Pontes de Miranda, citado por Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“O Município é a cidade que o Direito faz. A cidade é porque o indivíduo assim quer. O Município é porque a Lei assim determina. Como o indivíduo começa a sua caminhada histórica pela infância, o Estado inicia sua organização pela cidade”.<sup>21</sup>

## 5. CONFLITOS ADMINISTRATIVOS DE GESTÃO AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Ressalta, pois, a importância que a cidade desempenha na vida dos indivíduos, seja como marco de sua história política, seja como história emocional primária.<sup>22</sup>

Grande parte dos problemas sociais desenvolve-se na esfera local, assim os municípios são as unidades políticas que se encontram mais imediatamente em contato com as necessidades da população em termos de serviços públicos como habitação, saúde, educação, saneamento, transporte, assistência à pobreza, meio ambiente e planejamento urbano. Portanto, a implementação da política urbana pelo Poder Público deverá, obrigatoriamente, compor interesses diversos para assegurar um meio ambiente digno à vida, destacando Daniella Dias que por isso se faz necessário as atuações e intervenções de todos os entes federativos, e, em se tratando de política urbana municipal, cabe a esta esfera a responsabilidade maior em intervir e solucionar conflitos, pois o que se visa é o desenvolvimento pleno das funções sociais da cidade.<sup>23</sup>

O respeito à competência das estruturas nacionais, em contraste com a supranacional, é vista sob o prisma do princípio da subsidiariedade, que deflui diretamente do sistema federativo.

A importância do princípio da subsidiariedade é explicada por José Alfredo de Oliveira Baracho:

"O princípio da subsidiariedade tem sido objeto de diversos estudos, em várias partes do mundo. German J. Bidart Campos afirma que oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio da subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é ainda capaz de fazer com eficácia uma sociedade menor. Entende ainda o publicista argentino, tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de

competências, através do qual o estado não deve assumir, por si, as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los. .... No mesmo sentido, só deve supri-las ou substituí-las quando são impotentes e ineficientes para realizar suas tarefas. Objetivando igual eficácia, deve-se dar preferência à unidade social menor, em lugar da maior, do mesmo modo privilegiar o nível social inferior, a um nível social superior ou mais amplo".<sup>24</sup>

O entendimento de Baracho adequa-se perfeitamente aos objetivos deste trabalho. É que o princípio da subsidiariedade, ademais de estar relacionado à idéia de complementariedade e de secundariedade, se apresenta como um princípio conformador da sociedade, na medida em que reconstrói as relações entre ela e o sistema político, visando a autonomia da pessoa humana em face das estruturas sociais.

Leonardo Valles Bento esclarece ainda, que o princípio da subsidiariedade postula que uma estrutura social mais abrangente, em geral, e o Estado, especificamente, somente desenvolvam ações voltadas ao bem comum naquilo que é necessário, ou seja, naquilo que é imprescindível e que, no entanto, ultrapassa as forças ou a capacidade de organização das estruturas inferiores, ou da sociedade, respectivamente.<sup>25</sup>

Todavia, no que concerne à descentralização política tal princípio afirma a subsidiariedade do governo central em relação aos governos locais, viabilizando a implementação de políticas efetivamente descentralizadoras.

"Com base nele se justificam reformas na repartição das competências no Estado Federal e, conseqüentemente, na arrecadação, transferindo-se, conforme se disse acima, aos Municípios a competência e os meios para resolver problemas locais, restando à União a atuação residual nos problemas que transcendem esse âmbito".<sup>26</sup>

Portanto, o princípio da subsidiariedade está intimamente relacionado ao processo de descentralização política e administrativa do sistema federativo, estando associado ao fortalecimento do poder local.

Paulo José Leite Farias entende que a subsidiariedade deve ser vista como princípio pelo qual as decisões serão tomadas ao nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas e executadas.<sup>27</sup>

A resolução de conflitos no sistema federativo decorre da aplicação da chamada "regra de ouro", que, segundo Celso Ribeiro Bastos poderia ser traduzida através do princípio da subsidiariedade, que consubstancia o seguinte conceito:

".....nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao governo estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União."<sup>28</sup>

Analisando o princípio da subsidiariedade e sua relação com o Município, José Roberto Dromi sustenta que a função subsidiária corresponde, essencialmente, a um princípio político de divisão de competências, sendo por isso considerado um princípio de divisão funcional do poder:

"La función subsidiaria entraña, en su propia esencia, el principio político de división de competencias por el que se asigna a las diversas comunidades intermedias y al Estado las misiones respectivas y la órbita de su accionar. Es también, entonces, el principio de *división funcional del poder*, que confiere a cada comunidad el poder necesario para cumplir su misión".<sup>29</sup>

A competência comum material distribuída aos entes federados não deixa dúvida quanto a atribuição dos municípios para atuar na proteção ao meio ambiente, trata-se de matéria pacífica.

No tocante a competência concorrente para legislar sobre meio ambiente, sustenta-se a tese no sentido de sua possibilidade com base no disposto no art. 30, I, da Constituição Federal de 1988 e ainda, com amparo nos princípios do federalismo, da autonomia municipal e da subsidiariedade.

José Afonso da Silva por sua vez, anota que a competência dos Municípios para a proteção ambiental é reconhecida no art. 23, III, IV, VI e VII, em comum com a União e os Estados, ressaltando, porém, que em matéria de competência concorrente o tema não é tão pacífico:

"Em relação aos Estados esse último aspecto foi contemplado no art. 24, VI, VII e VIII, onde se lhes reconhece a competência concorrente com a União para legislar sobre a matéria, em uma correlação entre normas gerais desta e normas suplementares deles. A questão não é tão clara em relação aos Municípios. Pode-se dizer, no entanto, que sua competência suplementar é também reconhecida. De fato, dá-se-lhes competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Outorga-se-lhes a competência para a Política de Desenvolvimento Urbano e estabelecimento do Plano Diretor (art. 182), e ainda competência para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e ação fiscalizadora federal e estadual. Quer isso dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural. Logo, é plausível reconhecer a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na

matéria.”<sup>30</sup>

Não é despidendo lembrar a redação do art. 1º, parte final, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o novo Código Florestal, notadamente sua parte final:

“Art. 1º - As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que se revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”. (grifei).

Exsurge da parte final do citado art. 1º, um outro dado importante relacionado ao princípio da especialidade. Ora, segundo a dicação do § 2º, do art. 2º, do Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – “*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior*”.

A Lei nº 4.771/65 – Código Florestal Brasileiro – é uma lei especial que estabelece limitações ao direito de propriedade, matéria afeta a seara de competência da União, cujas normas gerais são encontradas no Código Civil brasileiro. Tais regras têm convivido harmonicamente no ordenamento jurídico pátrio por longos anos afirmando a idéia de um sistema jurídico nacional., salientando Luís Carlos Silva de Moraes que;

“Deve-se caracterizar o Código Florestal como norma especial em razão das demais limitações. A flora (espécie) é apenas um componente do meio ambiente (gênero), o qual deve ser regulado no espaço territorial do País, nas propriedades públicas e privadas, com a respectiva aplicação do poder de polícia (direito de propriedade visto pelo prisma do Direito Público). A Lei nº 4.771/65 trata exclusivamente da flora, comparada com as demais limitações da propriedade existentes nas

legislações similares. O Código Civil trata das limitações da propriedade de forma genérica, surgindo em 1965 o Código Florestal, sem que disso surgisse uma derrogação dos artigos do CC sobre propriedade”.<sup>31</sup>

Prosseguindo o raciocínio, temos que o parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 4.771/65, com a redação dada pela Lei nº 7.803/89, guarda perfeita sintonia com as disposições constantes do § 2º, do art. 182, da Constituição Federal brasileira de 1988: “*A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”.

E qual deverá ser o conteúdo contemplado pelo plano diretor?

José Afonso da Silva entende que o conteúdo da lei do plano diretor corresponde, em princípio, ao próprio plano e que deverá cuidar da fixação dos objetivos e diretrizes básicas, estabelecendo normas ordenadoras e disciplinadoras concernentes ao planejamento territorial, devendo, portanto: (i) definir as áreas urbanas, urbanizáveis e de expansão urbana; (ii) dispor sobre a ordenação do solo, incluindo seu uso, parcelamento e zoneamento e, sistema de circulação, inclusive, sistema viário, sistema de zoneamento e sistema de lazer e recreação.<sup>32</sup>

O plano diretor constitui um importante instrumento de política urbana e de planejamento municipal, previsto expressamente no art. 4º, III, “a”, da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade, devendo contemplar as demandas da comunidade, cuja participação é assegurada e mesmo exigida, por força da preceituação contida no art. 2º, II, da citada Lei.

O Estatuto da Cidade estabeleceu como uma de suas diretrizes gerais, a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. As normas gerais sobre política urbana estatuídas na Lei nº 10.257/01 alcançam temas

polêmicos como moradia, saneamento básico, transportes, meio ambiente, etc., todos reconhecidamente com forte conteúdo de interesse local, destacando Rogério Gesta Leal que:

“Como comando federativo que se apresenta o Estatuto, mister é que a ele se vinculem todos os demais poderes estatais nacionais, fundamentalmente os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário de cada Estado-membro e Município, em especial no tocante à produção de leis locais visando dar concretude à ocupação do solo urbano com base tanto em suas demandas agregadas e reprimidas como nas normas que ainda estão vigindo em seus territórios”.<sup>33</sup>

Como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana que é, o plano diretor, consoante dispõe o art. 42, I, da Lei nº 10.257/01, deverá conter, no mínimo, a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º da mesma Lei.

Ressalte-se que o planejamento a que se refere a Lei nº 10.257/01 não se restringe somente à ordenação territorial, mas abrange a implementação de instrumentos de política econômica, tributária, financeira e dos gastos públicos, todos direcionados ao desenvolvimento urbano, esclarecendo Rogério Gesta Leal que isto decorre do fato de que a concepção de uma cidade sustentável engloba, necessariamente, sua integridade física, econômica, cultural e ambiental, vista como um todo vivo, no qual qualquer desequilíbrio de uma parte afeta todas as demais.<sup>34</sup>

A análise superficial das regras contidas no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65 e no art. 42, I, da Lei nº 10.257/01, poderia induzir a um aparente conflito de normas. Todavia, deverá o intérprete considerar que a Lei nº 4.771/65 estabelece normas gerais sobre florestas e demais formas de vegetação existentes no território brasileiro, enquanto a Lei nº 10.257/01 estabelece normas gerais

sobre política urbana, impondo aos municípios a obrigatoriedade de delimitar suas áreas urbanas para fins de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

O disciplinamento acerca das áreas urbanas resta afirmado no âmbito de competência dos municípios, que deverão observar um conteúdo mínimo na elaboração do plano diretor, objetivando alcançar a plena efetivação da função social da cidade.<sup>35</sup>

No exercício de suas competências constitucionais, portanto, deverá o município proceder a delimitação de suas áreas urbanas, podendo também delimitar as respectivas faixas de preservação permanente, desde que permaneçam assegurados a o equilíbrio ecológico e a sustentabilidade da cidade. A sustentabilidade das cidades é um dos principais objetivos do Estatuto da Cidade, uma vez que a sadia qualidade de vida nas áreas urbanas somente poderá ser assegurada, conforme preceituado no art. 225, da Carta da República, se forem considerados seus aspectos sociais, urbanísticos e ambientais.

A cidade auto-sustentável, segundo Thais Cercal Dalmino Losso, é aquela que coloca à disposição dos seus cidadãos condições para que estes sobrevivam com dignidade, e onde, principalmente, o município se desenvolva sem ultrapassar os limites da tolerância ecológica.<sup>36</sup> Com efeito, tais limites, no que concerne a questão da delimitação das faixas de preservação permanente em áreas urbanas somente poderão ser definidos com base em estudo técnico que deverá, necessariamente, subsidiar a lei municipal. E, nesse caso, o interesse local se manifesta nas características e particularidades da floresta e da vegetação local. As florestas brasileiras são diversificadas e constituídas por distintas espécies, tornando bastante peculiar a realidade de cada município. Ademais, como destaca Hely Lopes Meirelles, não há interesse local que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, assim como não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, tendo em vista que são todos partes integrantes da federação brasileira.<sup>37</sup>

Assim, como consequência primeira da função subsidiária do Estado, decorre a obrigatoriedade ao reconhecimento da função de outras sociedades – esferas de poder – às quais possuem competências próprias, como anota Baracho:

“Na configuração dessas competências, entre a ação do poder público maior e os grupos intermediários, aparecem entidades naturais no contexto social, como a família, bem como entidades necessárias às associações profissionais e ao município, entidades essas necessárias à vinculação de seus membros, com a preservação de uma esfera de ação própria. Considera-se aí o município como a entidade intermediária em cujo núcleo aparece o homem, possibilitando a satisfação das necessidades comunais prioritárias e públicas. .... Como titular natural das competências locais, possibilita a integração do indivíduo no corpo social municipal. O município é tido como a forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado. .... Considerando o Município como uma forma da democracia local, convém destacar que uma das aplicações práticas e prioritárias do princípio da subsidiariedade tem como finalidade afiançar e fortalecer o regime municipal”.<sup>38</sup>

Por último, não é demais lembrar a lição de Canotilho quando diz que a função ordenadora dos actos normativos não pressupõe apenas uma hierarquização dos mesmos através de relações de supra-infra-ordenação, mas também uma divisão espacial de competências. O princípio da competência aponta para uma visão plural do ordenamento jurídico. Este não se reduz ao ordenamento estadual, pois, ao lado dele, existem os ordenamentos regionais, os ordenamentos locais e os ordenamentos institucionais. O princípio da competência não perturba o princípio da hierarquia e a configuração piramidal da

ordem jurídico constitucional (de resto, exigidos pelo princípio da unidade do Estado).<sup>39</sup>

## CONCLUSÃO

A competência municipal para delimitar as faixas de preservação permanente nas áreas urbanas deflui da preceituação contida no art. 30, I da Constituição federal brasileira de 1988, analisado em consonância com o art. 225, caput, permitindo concluir que a norma municipal que propuser tal disciplinamento estará amparada nos princípios constitucionais do federalismo, da autonomia municipal e da subsidiariedade.

A competência, como ação institucional, exige que sejam definidos parâmetros de atuação. É o que ocorre com as competências previstas no art. 24 da Constituição: estabelecem-se padrões a serem seguidos para que o sistema federativo de ordens jurídicas sobrepostas possa funcionar.

Em matéria ambiental, a competência concorrente abrange a legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, proteção ao meio ambiente e controle da poluição; e ainda, sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; e responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Município poderá, desde que fixadas as diretrizes no plano diretor, proceder a delimitação das faixas de preservação permanente, através da legislação apropriada, quer seja a Lei de Uso e Ocupação do Solo ou no Código de Meio Ambiente.

## BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 416. Apud, FARIAS, Paulo José Leite.
- BENTO, Leonardo Valles. *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização*, Barueri: Manole, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CASTRO, José Nili. *Direito Municipal Positivo*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 3ª ed., 1996.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro: Rio de Janeiro, Forense*, 11ª ed., 1999, p. 46, nota de rodapé.
- DIAS, Daniella S. *Desenvolvimento Urbano*, Curitiba: Juruá Editora, 2002.
- DROMI, Roberto. *Ciudad y Municipio*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*, Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1991, v. 33.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: Condições e possibilidades da Constituição do Espaço Urbano*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LOSSO, Thais cercal Dalmina. Apud, SILVA, Bruno Campos (Org). *Direito Ambiental: enfoques Variados, Princípios da Política Global do Meio Ambiente no Estatuto da Cidade*, São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- MACIEL, Omar Serva. *Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed., 2003.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 41.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, São Paulo: revista dos Tribunais, 1970, t. II, p. 331. Apud, ROCHA, Carmen Lúcia Antunes.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal Comentado*, São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- REIS, Elcio Fonseca. *Federalismo Fiscal: competência concorrente e normas gerais de Direito Tributário*, Belo Horizonte: ed. Mandamentos, 2000.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Revista de Direito Administrativo*, ed. RT, 2000, v. 222.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey editora, 1997.

- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª ed., 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2003.
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência Ambiental*, Curitiba: Juruá Editora, 1ª ed., 2003.

## NOTAS

- 1 MACIEL, Omar Serva. *Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 45.
- 2 HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*, Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1991, v. 33, p. 249.
- 3 MELLO, Rafael Munhoz de. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 41, p. 144.
- 4 REIS, Elcio Fonseca. *Federalismo Fiscal: competência concorrente e normas gerais de Direito Tributário*, Belo Horizonte: ed. Mandamentos, 2000, p. 37.
- 5 REIS, Elcio Fonseca. *Ob. cit.*, p. 40.
- 6 RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Revista de Direito Administrativo*, ed. RT, 2000, v. 222, p. 90.
- 7 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey editora, 1997, p. 180.
- 8 CASTRO, José Nili. *Direito Municipal Positivo*, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 3ª ed., 1996, p. 43/44.
- 9 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 290.
- 10 FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 60/61.
- 11 FREITAS, Vladimir Passos de. *Ob. cit.*, p. 62.
- 12 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 292/293.
- 13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed., 2003, p. 549/550.
- 14 REIS, Elcio Fonseca. *Ob. cit.*, p. 93.
- 15 DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro: Rio de Janeiro, Forense*, 11ª ed., 1999, p. 46, nota de rodapé.
- 16 SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência Ambiental*, Curitiba: Juruá Editora, 1ª ed., 2003, p. 149.
- 17 DIAS, Daniella S. *Desenvolvimento Urbano*, Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 143.
- 18 DIAS, Daniella S. *Ob. cit.*, p. 143.
- 19 DIAS, Daniella S. *Ob. cit.*, p. 147/148.
- 20 DIAS, Daniella S. *Ob. cit.*, p. 153.
- 21 MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, São Paulo: revista dos Tribunais, 1970, t. II, p. 331. Apud, ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ob. cit.*, p. 261.



**MUNICÍPIO DE FORTALEZA  
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO Nº 37507/2003/SERIII E APENSO 39284/  
2003/SERIII**

**INTERESSADO: CONSELHO REGIONAL DE  
CONTABILIDADE - CE**

**ASSUNTO: DESNECESSIDADE DA AUTENTICAÇÃO  
EM CARTÓRIO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS  
POR PARTICULARES À ADMINISTRAÇÃO**

**PARECER Nº 015/PGM/SERIII/2003**

**EMENTA:** Apresentação de documento por particular à Administração. A indisponibilidade do Interesse Público impõe a garantia de exatidão dos termos do documento. Impossibilidade de o administrado oferecer apenas a cópia reprográfica sem qualquer outro elemento que corrobore sua regularidade. É lícita a apresentação de fotocópias quando conferidas com o original pelo agente público municipal que nela aporá sua assinatura, dispensando a autenticação cartorária. Desburocratização do estado como corolário do Princípio da Eficiência. O ato do agente público goza de presunção de legitimidade e veracidade. Se para a prova de um fato a lei exigir formalidade especial, não pode a Administração dela prescindir. A recusa do agente municipal em autenticar o documento deve ser consignada por escrito, dando oportunidade a que o particular recorra à instância administrativa superior, fazendo valer seu direito constitucional de petição, nos termos do art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal.

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, instada a manifestar-se nos autos do processo em epígrafe, com supedâneo no art. 3º, VII, da Lei Complementar Municipal nº 006, de 29 de maio de 1992, profere seu juízo de valor.

Trata-se de solicitação elaborada pelo Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará em que requer que a Administração se abstenha de exigir autenticação em cartório de documentos, quando sobre eles não pesar dúvida quanto à autenticidade.

O requerente aduz que a nova Lei Civil dispensa o reconhecimento por tabeliões de qualquer reprodução mecânica ou eletrônica de fatos ou coisas. Diz ainda que a atividade do profissional contabilista demanda, amiúde, a apresentação de documentos, e que, em razão disso, a exigência de autenticação se torna um elevado ônus para o exercício profissional da categoria.

*É o que se relata.*

O Estado, no desempenho de suas atividades, notadamente quando se relaciona diretamente com os administrados, serve-se muitas vezes de documentos apresentados por particulares. São inúmeras as situações em que isso ocorre. Seja para expedir uma autorização, levar a cabo uma licitação, instruir processos administrativos etc., o Poder Público se vale de documentos cujo fim é atestar por meio de signos (da escrita, sobretudo) uma parcela do mundo fático.

Se o documento submetido à Administração contiver vício de modo a alterar a percepção do objeto que se pretende retratar, e sendo essa alteração substancial, fatalmente inquinará os motivos determinantes do ato administrativo daí advindo. O ato administrativo assim encetado, é o mais provável, não se fará apto a atingir o fim público colimado.

É de se inferir das observações acima que a garantia de regularidade formal e material dos documentos de que lança mão a Administração atende ao Princípio da Legalidade, na medida em que a relação

dialética fato - norma legal resultará maculada se o fato sobre o qual incide a lei encontrar-se erroneamente representado no documento.

É no intuito de conferir segurança aos negócios jurídicos que o Direito alça a forma à condição de elemento estrutural do ato jurídico, conferindo tradicionalmente especial atenção ao modo pelo qual os atos são veiculados. Para o Estado se afigura ainda mais importante emprestar a nota da segurança a suas relações jurídicas, haja vista a indisponibilidade do Interesse Público a que está submetido.

Por outro lado, observa-se que o Direito, em nossos dias, se inclina no sentido de preterir formas rígidas em prol da efetividade dos atos jurídicos. Exemplo disso é a determinação legal presente em várias searas do Direito a prescrever que não sejam reputados nulos os atos que, cumulativamente, atinjam seus fins e não causem prejuízo às partes. Evoluiu-se, nesse tocante, de uma abordagem formalista e engessante, a outra em que se preconiza a substância e o resultado.

Nesse diapasão nasce o movimento de desburocratização do Estado, cujo reflexo constitucional vem a alume com a introdução, pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, do Princípio da Eficiência entre os preceitos basilares da Administração Pública. (ressalve-se, contudo, que Princípios, sobretudo desse jaez, prescindem de previsão explícita na Carta da República; podem ser deduzidos das demais normas constitucionais, sendo, portanto, incorreto imaginar que a Emenda nº 19/98 é o marco sem o qual dito Princípio quedaria fora da Ordem Constitucional.)

Sobre o tema, anota Alexandre de Moraes, citando Canotilho e Moreira:

Uma das características básicas do princípio da eficiência é evitar a burocratização da administração pública, no sentido apontado por Canotilho e Moreira, de "burocracia administrativa, considerada como entidade substancial, impessoal e hierarquizada, com interesses próprios, alheios à legitimação democrática, divorciados dos

interesses da população, geradoras dos vícios imanentes à estrutura burocráticas, como mentalidade de especialistas, rotina e demora na resolução dos assuntos dos cidadãos, compadrio da seleção de pessoal.<sup>1</sup>

Percebeu-se que a forma não é o fim em si mesma, mas sua razão de ser está atrelada à realização da Legalidade. É dizer, o apego às formas só se sustenta, no plano público, na medida em que seja indispensável ao resguardo dos Princípios da Administração.

A propósito, o Novo Código Civil estatui que:

Art. 225 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Observe-se que a prerrogativa de as cópias reprográficas servirem de prova, consoante exsurge da leitura do dispositivo acima transcrito, é afastada tão logo a parte contraposta argua a inexatidão do documento. Ao fazê-lo, o ônus de provar sua idoneidade transfere-se, ato contínuo, à parte que o apresentou.

No que se refere ao Estado, por seu turno, os Princípios da Legalidade e da Indisponibilidade do Interesse Público impõem seja exigido maior grau de certeza da autenticidade de documentos, de tal modo que ditos Princípios derogam a incidência imediata do mandamento do Estatuto Civil nas relações jurídicas públicas. Em vista disso, curial que se frise, em seus pleitos na Administração, ao particular não é dado apresentar cópias fotográficas destituídas de qualquer outro elemento de prova.

Já a exibição de cópia reprográfica juntamente com o documento original, de sorte que possa o agente público certificar sua exatidão, coaduna-se com os Princípios da Administração, a par de ir ao encontro da pretendida desburocratização do Estado. Por gozar de fé pública, ou seja, porque seus atos detêm presunção de

legitimidade, ao servidor cabe verificar a perfeição da reprodução do documento em face do original, nela apondo certidão de sua regularidade.

Acerca do fundamento jurídico da presunção de legitimidade dos atos do agente público, José dos Santos Carvalho Filho assinala:

Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado do agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na característica de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do poder público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inadmissível admitir que não tivessem a áurea da legitimidade [...] por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei.<sup>2</sup>

Versando sobre a mesma matéria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões de mesmo significado, a primeira, diz ela, concerne à conformidade dos atos com a lei, enquanto que:

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, não há negar ao particular a faculdade de apresentar fotocópias de documentos à Administração Municipal sem autenticação cartorária, desde que o agente público municipal ateste a exatidão do instrumento em face do original simultaneamente oferecido, porquanto os atos do servidor gozam de presunção de veracidade.

Deve-se ter presente, contudo, que há casos para os quais a lei prevê forma especial, que passa a constituir substância mesma do ato. Nessas hipóteses, não pode a Administração se furtar ao mandamento legal. Assim, se a lei expressamente impuser a forma pela qual o ato deve ser provado, descabe ao Poder Público, por conveniência ou oportunidade, dispensar tal exigência.

O ato do agente público municipal que, após confrontar a cópia do documento com seu original, negar conferir à fotocópia certificação de exatidão e, por consequência, negar seu recebimento – seja por diferença entre os termos de um e de outro, seja por verificar que a lei exige forma especial de prova para aquele caso concreto – deve ser fundamentado. Importa dizer, não é lícito ao servidor simplesmente negar o recebimento da cópia documental sem que consigne por escrito por que o faz, de vez que é imprescindível a motivação dos atos administrativos quando possam causar prejuízo ao administrado.

Com efeito, o agente público municipal só pode recusar o recebimento da fotocópia de documento sob duas hipóteses: se esta não estiver em conformidade com o original ou se a lei exigir formalidade especial para a prova do fato. Em ambos os casos, o não recebimento deve ser fundamentado e por escrito, dando oportunidade a que o administrado recorra à instância administrativa superior, a fazer valer seu direito constitucional de petição, insculpido no art 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal.

Impende dizer que o particular é responsável pelos danos sofridos pela Administração e por terceiros quando causados direta ou indiretamente pelo fornecimento de documentos adulterados, expiados ou que de qualquer outro modo contenha vícios formais ou materiais. Saliente-se ainda que tais infrações implicam sanções administrativas, civis e penais, podendo o ato caracterizar crime contra a fé pública, sujeitando os infratores, entre outras, a pena de reclusão. Nas mesmas sanções incorrerá, vale dizer, o agente público que concorra para o ilícito.

Ante o exposto, é o parecer pelo deferimento do pedido para que a Administração Municipal se abstenha de exigir autenticação em fotocópias de documentos, desde que simultaneamente seja oferecido o original para que agente público municipal certifique a exatidão da reprodução, nela apondo sua assinatura e certificado de que confere com o documento original, com a ressalva dos casos em que a lei expressamente prever forma especial de prova do fato. E ainda para que eventual recusa em receber a cópia reprográfica seja motivada por escrito, dando assim oportunidade a que o particular recorra à autoridade administrativa hierarquicamente superior, fazendo valer seu direito constitucional de petição, nos termos do art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, dos Princípios da Legalidade, da Presunção de Legitimidade do Ato Administrativo, e da Desburocratização, corolário do Princípio da Eficiência, com previsão no art 37, *caput*, da Carta da República.

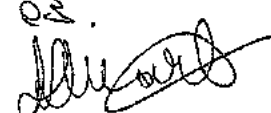
É o parecer.

À consideração superior.

Fortaleza, 07 de outubro de 2003.

  
Everson Luis Crangiel Soares  
Procurador do Município de Fortaleza  
Mat. 55.183-1-8 OAB 15.336/CE

*De acordo com o parecer,  
à consideração superior.  
21.10.03.*




Liduina Odília D. Barneto  
Procuradora Chefe da  
Consultoria  
Mat. Nº 00827.1

**DESPACHO DO PROCURADOR GERAL**

Aprovo o parecer nº-015/2003 – PGM/SERIII E respectivo despacho, referente ao processo nº 6050/2003-PGM, por seus próprios e jurídicos fundamentos, deferindo o pedido.

À SAM.

Fortaleza, 23 de outubro de 2003.

  
Rômulo Guilherme Leitão  
PROCURADOR GERAL  
OAB-CE 1350

**PROCESSO Nº 13.749/2003**  
**INTERESSADA: MARIA DE LOURDES DA SILVA**  
**ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE ADICIONAL**  
**NOTURNO**

**PARECER Nº 001/2004 – PGM/SER-IV**

*EMENTA:* Incorporação do adicional por trabalho noturno aos vencimentos de servidora que o percebe desde julho/1984 – A Constituição Federal de 1988 assegura, tão-somente, o direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (arts. 39, §3º c/c 7º, IX), nada dispondo sobre a pretensa incorporação – Matéria deixada à regulação de cada entidade estatal, com esteio na autonomia político-administrativa que lhes é própria – Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (Arts. 103, IX e 119) não prevê a pretensa incorporação – Exercício legítimo da autonomia municipal – Vantagem pecuniária decorrente da prestação de serviços comuns sob condições extraordinárias para o servidor (*propter laborem*), cuja percepção só é cabível enquanto perdurarem tais condições de anormalidade - Indeferimento.

Versam os presentes autos acerca de solicitação formulada por Maria de Lourdes da Silva, na qual a mesma postula a incorporação do adicional noturno, sob o fundamento de que já possui mais de dez anos de serviço realizado no turno da noite, período em que vem recebendo o aludido adicional.

A requerente exerce a função de Auxiliar de Serviços Gerais AOP-02D, matrícula nº 08619.1-0, e foi admitida em 01/10/1977, através do Contrato de Trabalho nº 101/1977, passando a perceber o adicional em tela, continuamente, desde julho de 1984, conforme atestam as informações prestadas pelo Chefe do Setor de Pessoal do

Hospital Distrital Maria José Barroso de Oliveira – HDMJBO (fls. 34), onde se encontra lotada a suplicante.

O processo foi regularmente instruído com documentos referentes à vida funcional da servidora, incluindo extrato de pagamento (fls. 02); fichas financeiras dos anos de 1984 a 2002, indicativas da percepção do adicional noturno (fls. 03 a 21, 26/27 e 33); escalas de serviços dos meses de junho a agosto de 2003, demonstrando que a postulante exerce suas atribuições no turno da noite (fls. 28/30); informações do Setor de Pessoal do HDMJBO (fls. 22 e 34).

No Parecer de fls. 36 a 37, a Assessoria Jurídica da Secretaria Executiva Regional IV concluiu pelo indeferimento da pretensão da suplicante, com fulcro no art. 119 do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (Lei nº 6.794/1990), que não prevê a possibilidade de incorporação do adicional de que se cuida, mesmo por servidores que o venham recebendo por período prolongado.

*É o relatório.*

Considerando a narrativa supra, passo ao exame das circunstâncias envolvidas no presente feito, atinentes ao cabimento ou não da incorporação do adicional noturno aos vencimentos da servidora Maria de Lourdes da Silva.

A previsão do mencionado adicional se encontra consubstanciada nos seguintes dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos de Fortaleza:

“Art. 103- Juntamente com o vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

(...)

IX- adicional por trabalho noturno;”

“Art. 119- O trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração

terá um acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre a hora diurna.

§1º- A hora do trabalho noturno será computada como de 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

§2º- Considera-se noturno, para efeito deste artigo, o trabalho executado entre às 19 (dezenove) horas de um dia e às 7 (sete) horas do dia seguinte. – Redação dada pela Lei nº 7.442, de 04/11/1993.

§3º- Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.”

Vale salientar que a previsão estatutária do adicional em comento deriva, sobretudo, do preceito contido na Constituição Federal de 1988 e repetido no âmbito da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, no sentido de que constitui direito dos servidores ocupantes de cargos públicos a obtenção de remuneração superior pelo exercício de trabalho noturno relativamente àquela paga pelo trabalho desempenhado no período diurno. Vejamos o que dispõem os aludidos diplomas normativos:

1º) Constituição Federal de 1988:

“Art. 39- .....

§3º- Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, (...) IX (...), podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

“Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IX- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;”

2º) Lei Orgânica do Município de Fortaleza:

“Art. 99- São direitos dos servidores públicos municipais, entre outros:

(...)

II- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;”

Daí se infere que a Carta Federal de 1988 incluiu no rol dos direitos mínimos assegurados aos servidores públicos estatutários a percepção de remuneração a maior pelo desempenho funcional no turno da noite (arts. 39, §3º c/c 7º, IX). Nada dispôs, contudo, acerca da possibilidade de incorporação da aludida vantagem pecuniária aos vencimentos do beneficiário, deixando tal matéria submetida à livre regulação de cada entidade estatal, no exercício de sua autonomia político-administrativa.

No que pertine à competência dos Municípios para organizar e manter seus servidores, que é consecrário da aludida autonomia político-administrativa consagrada nos arts. 18 c/c 30, I, da CF/88, merecem destaque os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini, que assim lecionam, respectivamente:

“Atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, os preceitos das leis de caráter nacional e de sua Lei Orgânica, pode o Município elaborar o regime jurídico de seus servidores, segundo as conveniências locais. (...) Só o Município poderá estabelecer o regime de trabalho e de pagamento de seus servidores, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento.” (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 405).

“Como há muito ocorria, a União, os Estados-Mem-

bro, os Municípios e, agora, também o Distrito Federal, como corolário da autonomia que lhes é assegurada pelo art. 18 da Constituição da República, podem dispor sobre a organização de seus servidores de modo muito abrangente, mediante as respectivas leis federal, estadual distrital e municipal, quando escolherem o regime institucional ou estatutário para a eles se ligarem. Assim, cabe-lhes regular, no que respeita a seus servidores estatutários, a admissão, a promoção, os direitos, os deveres, a ação e o procedimento disciplinar, as penas cabíveis e a extinção do vínculo. Cada uma dessas entidades é, assim, autônoma para organizar seu pessoal, ou, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (*Apostamentos*, cit., p. 41), ‘cada uma dessas pessoas políticas legisla para si, fixando as regras que melhor lhes pareçam para a organização e disciplina de atividade funcional de seus agentes’. Nesse particular, só encontram limites na Constituição Federal. (...) Assim, não há qualquer restrição para a instituição de licença-prêmio e vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações), por exemplo, salvo se o regime remuneratório for o de subsídio.” (Diógenes Gasparini, in *Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 162/164).

Foi justamente respaldado nessa autonomia, inclusive atendendo para as aludidas “peculiaridades locais” e “possibilidades de seu orçamento” que o Município de Fortaleza houve por bem não prever qualquer possibilidade de incorporação da vantagem pecuniária em comento aos vencimentos de seus servidores, ainda que estes viessem percebendo desde longa data.

Vê-se, portanto, que esta Municipalidade respeitou, como não poderia deixar de ser, a imposição constitucional assecuratória do direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, tanto que consagrou tal direito expressamente em sua Lei Orgânica (art. 99, II), bem como o regulou no Estatuto dos Servidores Públi-



cos Municipais (arts. 103, IX e 119); todavia, com esteio na autonomia político-administrativa que a própria Constituição Federal lhe reservou, não estabeleceu a possibilidade de incorporação do adicional por trabalho noturno aos vencimentos dos servidores beneficiários.

É relevante notar que a pretendida incorporação não é da natureza da vantagem pecuniária de que se cuida. Com efeito, valendo-se da clássica classificação proposta por Hely Lopes Meirelles, aquilo que o Estatuto convencionou denominar de "adicional" por trabalho noturno se enquadraria, na realidade, entre as "gratificações de serviço" ou *propter laborem*, ou seja, vantagens instituídas pela Administração para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor e que, portanto, são percebíveis somente enquanto o servidor se encontrar em exercício sob tais condições de anormalidade.

Conforme ressalta o ilustre administrativista mencionado:

"Como já vimos precedentemente, as gratificações distinguem-se dos adicionais porque estes se destinam a compensar encargos decorrentes de funções especiais, que se apartam da atividade administrativa ordinária, e aquelas – as gratificações – visam a compensar riscos ou ônus de serviços comuns realizados em condições extraordinárias, tais como os trabalhos executados em perigo de vida e saúde, ou no período noturno, ou além do expediente normal da repartição, ou fora da sede etc. As gratificações são concedidas em razão das condições excepcionais em que está sendo prestado um serviço comum (*propter laborem*) ou em face de situações individuais do servidor (*propter personam*). (...) O que caracteriza a gratificação de serviço é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. (...) Essas gratificações só devem ser percebidas

enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo e propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador. (Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, págs. 466/467) – destaques nossos.

Do exposto, pode-se confirmar o argumento aqui defendido, qual seja, a incorporação não é própria da natureza da vantagem pecuniária em exame. De fato, uma vez cessada a prestação do serviço sob a condição de anormalidade que motivou o pagamento da gratificação *propter laborem*, (*in casu*, uma vez cessada a prestação do serviço durante o período noturno), não há mais que se falar em direito do servidor à percepção da referida vantagem pecuniária.

Urge salientar, contudo, que a única ressalva cabível a tal sistemática deriva da possibilidade de cada entidade estatal, no exercício de sua autonomia político-administrativa, admitir expressamente a pretensa incorporação, fazendo-o, consoante ressaltou Hely Lopes Meirelles, por pura liberalidade. Ocorre que esta não foi a opção adotada pelo Município de Fortaleza, o qual, segundo amplamente evidenciado acima, regulou a vantagem pecuniária relativa ao trabalho noturno sem prever, todavia, a incorporação respectiva aos vencimentos dos servidores que a viessem percebendo, ainda que por longo período.

A título de ilustração, vale registrar que mesmo aqueles que têm sua relação funcional regida pela CLT encontrariam óbices a uma possível incorporação do denominado adicional noturno. Isto porque o Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento, consagrado no respectivo Enunciado nº 265, no seguinte teor:

"Enunciado 265- Adicional noturno. Alteração de turno de trabalho. Possibilidade de supressão. A transfe-

rência para o período diurno de trabalho implica na perda do direito ao adicional noturno.”

Recentes decisões daquela egrégia Corte Trabalhista corroboram tal posicionamento, segundo se depreende dos julgados que se seguem:

“ADICIONAL NOTURNO PERCEBIDO POR VÁRIOS ANOS - MUDANÇA DE HORÁRIO PARA O PERÍODO DIURNO - IMPOSSIBILIDADE DE INCORPORAÇÃO.

O adicional noturno tem caráter excepcional, sendo devido àqueles que sofrem um desgaste maior, que prestam serviços no período noturno, em condições anômalas de trabalho. Se a circunstância que acarretava o desgaste do empregado deixa de existir, em face da mudança de horário, passando a trabalhar no período diurno, não há razão para continuar a perceber o benefício, independentemente do tempo em que trabalhou nestas condições. O intuito do legislador é o de forçar o empregador, pela pressão econômico-financeira, a oferecer condições normais de trabalho aos seus empregados, não sendo justo que lhe seja imposto o pagamento do adicional noturno sem que haja a razão fática que o determina, especialmente porque não há previsão legal neste sentido. De outra forma, estar-se-ia decidindo exatamente em sentido contrário ao princípio maior da norma, incentivando o empregador a não oferecer a seus empregados condições normais de trabalho. A matéria encontra-se sumulada, a teor do Enunciado nº 265 que estabelece o seguinte: ‘A transferência para o período diurno de trabalho implica na perda do direito ao adicional noturno’. Embargos não conhecidos.” (TST, ERR 463094, redator designado Min. Rider Nogueira de Brito, publicado DJ 31/10/2003).

“ADICIONAL NOTURNO - ALTERAÇÃO DE

TURNOS DE TRABALHO - SUPRESSÃO. 1. Firmou-se no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho o entendimento de que a transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do adicional noturno, porquanto, cessado o trabalho noturno, inexistente para o empregado o fato gerador do direito pleiteado. Incidência da Súmula nº 265 do TST, em cuja redação não consta qualquer ressalva pertinente à eventual habitualidade na percepção do adicional noturno. 2. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST, RR 1643-2000-033-01-40, Rel. Min. João Oreste Dalazen, publicado DJ 05/09/2003).

Vê-se, portanto, que o pagamento da vantagem pecuniária de que se cuida, mesmo na seara do regime celetista, é devido somente enquanto perdurar o suporte fático do qual nasce o direito ao seu recebimento, qual seja, a execução do trabalho sob condições consideradas anormais.

Diante de todo o exposto, opino pelo indeferimento do pedido de incorporação do adicional por trabalho noturno.

É o parecer, s.m.j.

A consideração superior.

Fortaleza, 15 de janeiro de 2004.

*Deborah Cardêno Lima*

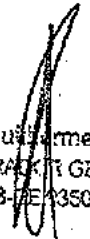
Deborah Cardêno Lima  
Procuradora do Município  
Mat. 460112 - J.R. IV

*De acordo com o parecer  
do Conselho Superior  
em 19.01.04*

*Liduína Orlina D. Barreto*

Liduína Orlina D. Barreto  
Procuradora Chefe de  
Consultoria  
Mat. Nº 008873

De acordo:



Rômulo Guilherme Leitão  
PROCURADOR GERAL  
OAB-DE 1350

**EXMº SR. DR. JUIZ FEDERAL DA  
VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA NO CEARÁ**

**AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO  
DOS EFEITOS DA TUTELA**

**Autor: Município de Fortaleza**

**Ré: União Federal**

**DISTRIBUIÇÃO DE URGÊNCIA**

O *MUNICÍPIO DE FORTALEZA*, pessoa jurídica de direito público interno, vem, respeitosamente, à presença de V. Exª, por meio de seu Procurador *in fine* subscrito, com endereço na Avenida Santos Dumont, nº 5.335, 11º andar, Papicu, oferecer a presente *AÇÃO ORDINÁRIA* em face da *UNIÃO FEDERAL*, pessoa jurídica de direito público interno, com base nos fatos e fundamentos adiante alinhados, os quais precedem requerimento.

*Dos fatos.* A União Federal instituiu, por meio do decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001, o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), a ser concedido a cada uma das demais entidades da Federação; tal certificado tem por finalidade atestar o cumprimento, pelos entes federativos, das exigências estabelecidas na Constituição Federal e na lei nº 9.717/98, acerca dos regimes de previdência social dos servidores públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo o art. 1º do mencionado decreto, o referido certificado deve ser exigido das entidades da Federação a fim de possibilitar:

- a realização de transferências voluntárias de recursos pela União;
- a celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

- a realização de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais;
- o pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

Em 14 de dezembro de 1999, o Município-autor promulgou a lei de nº 8.388, que instituiu o Regime de Previdência dos Servidores do Município de Fortaleza (PREVIFOR), cujo texto encontra-se em anexo a esta exordial; referido diploma foi ainda alterado pela Lei nº 8.814, de 30 de dezembro de 2003, também juntada a esta peça vestibular.

Com a finalidade de obter o CRP, o requerente enviou o teor de sua legislação previdenciária ao Ministério da Previdência e Ação Social (MPAS); este, todavia, negou ao Município-autor a expedição do Certificado, invocando os seguintes argumentos:

- o art. 4º da Lei nº 8.388, alterado pela Lei nº 8.814, não restringe o universo dos segurados obrigatórios do Instituto de Previdência do Município (IPM) aos servidores ocupantes de cargo efetivo na Administração;
- o art. 5º da Lei nº 8.388 prevê o ingresso de segurados facultativos no IPM, inclusive equiparando, no inc. III, o vereador à condição de servidor.

Como decorrência de tal recusa, os contratos de obras públicas firmados pelo Município de Fortaleza e financiados pelo BNDES foram interrompidos, assim como diversos convênios pactuados entre o ente municipal e entidades da Administração Federal.

Assim é que a recusa do ente federal em expedir o CRP em favor do autor tem acarretado uma série de prejuízos ao Município de Fortaleza, bastando mencionar que, desde o mês de outubro de 2003, o demandante encontra-se devedor de uma quantia equivalente a R\$2.502.671,80 (dois milhões, quinhentos e dois mil seiscentos

e setenta e um reais e oitenta centavos), referente às obras financiadas pelo BNDES, conforme consta nas planilhas em anexo.

Outrossim, o ente municipal, impedido de dar cumprimento a um convênio ajustado com a INFRAERO, encontra-se impossibilitado de realizar uma importante obra de drenagem do Riacho da Rosinha, nas proximidades do aeroporto, avaliada em R\$2.223.337,72 (dois milhões, duzentos e vinte e três mil, trezentos e trinta e sete reais e setenta e dois centavos).

*Do direito.* A denegação, pela entidade ré, da expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária ao Município-requerente configura medida abusiva que não encontra qualquer respaldo constitucional ou legal, conforme se passa a demonstrar.

O ente municipal, conforme previsto na Carta Política de 1988, goza, na estrutura político-administrativa da República Federativa Brasileira, das capacidades de auto-organização e normatização própria, de autogoverno e de auto-administração, todas decorrentes da autonomia política, administrativa e financeira.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, enfocando o tratamento que a ordem constitucional de 1988 conferiu aos Municípios, ressalta, com a clareza que lhe é habitual, a dimensão da autonomia outorgada a tal entidade:

*“Agora foi-lhes reconhecido (aos Municípios) o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio e de competências exclusivas, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil”. (In Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 1999, página 621)*

A Constituição Federal, portanto, conferiu ao Município aptidão para elaborar sua Lei Orgânica Municipal e o poder de autolegislação, é dizer, poder de editar suas leis próprias, as quais, como é cediço, não se encontram hierarquicamente subordinadas às leis federais ou estaduais.

Com efeito, não existe graduação entre os entes que compõem a estrutura federativa brasileira, senão esferas próprias de atuação; o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, discorrendo sobre a inexistência de submissão entre as entidades federadas, ensinava que cada qual possui suas próprias atribuições, sendo vedada a interferência de qualquer ente federativo no âmbito de competência de outra pessoa política. Vejamos o que dizia o mestre:

“Impropriamente se diz que o Município está subordinado à União e ao Estado-membro. Não ocorre tal subordinação. O que existe são esferas de ação governamental, que decrescem gradativamente da União para o Estado-membro e do Estado-membro para o Município. Não há, pois, submissão do Município ao Estado ou à União, porque nenhuma dessas entidades pode substituir o governo local na solução de casos afetos à Administração Municipal; o que há é respeito recíproco pelas atribuições provativas de cada qual”. (In *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, página 92)

O brilhante jurista chegava à conclusão de que a própria teoria da separação dos poderes deve ser estudada à luz do princípio federativo, arrematando que é sempre cabível o recurso ao Poder Judiciário no caso de ingerência indevida da União na esfera de competências do Município:

“Desses princípios é que dimana o cânon constitucional da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º), e que deve ser entendido não só com relação aos órgãos da Soberania Nacional (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas também com pertinência às entidades da estrutura estatal (União – Estados – Municípios). Se a União ou o Estado-membro, extravasando dos limites de sua competência, invadir a órbita privativa da Administração Municipal, pode o Município recorrer ao Judiciário para compelir o

*poder federal ou estadual a se recolher aos lindes que a Constituição lhe assinala*”. (Ob. cit., página 92)

Dai se depreende, Senhor Magistrado, que, na hipótese vertente, não é lícito à União Federal exigir que o Município de Fortaleza revogue dispositivos legais legitimamente editados e promulgados pela Câmara Municipal!

Percebe-se, com efeito, que o ente federal, ao condicionar a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária à revogação/alteração de leis municipais, incorre em flagrante violação ao pacto federativo, adotado como cláusula pétrea na Constituição de 1988 (art. 60, §4º, inc. I).

Prosseguindo no magistério do Professor HELY LOPES MEIRELLES, este leciona, após parafrasear o entendimento de ODILON DE ANDRADE – o qual enxerga o Município como entidade acima da própria União, afirmando que só o Poder Judiciário pode moderá-lo – que, em casos como o que ora se apresenta, deve o Município lançar mão da tutela judicial para repelir a ofensa ao *direito público subjetivo* da autonomia:

“*Dai a oportuna observação do professor Odilon de Andrade de que, ‘delimitada a esfera de competência de cada um das entidades administrativas – União, Estado, Município –, nenhuma interpenetração pode haver entre elas; nesse sentido é que se diz que, no âmbito de suas atribuições, o Município está acima do Estado e da União, só podendo refreá-lo o Judiciário, por ação própria, quando comete excessos’. Ajusta-se essa opinião à dos juristas que consideram a autonomia municipal, assegurada na Constituição, como um direito público subjetivo do Município, para cuja tutela dispõe seu titular de todas as ações e recursos processuais, oponíveis a qualquer poder, órgão, autoridade ou particular que obste ou embarace seu exercício*”. (grifou-se) (Ob. cit., páginas 93/94)

Ilegítima e abusiva, pois, é a conduta da União, que, em suma, fragiliza a capacidade de autolegislação do requerente, invadindo sua autonomia e fraudando o princípio federativo previsto no art. 18 da Lei Maior.

Saliente-se ainda que as normas municipais em comento não padecem de qualquer vício; o Município de Fortaleza disciplinou legitimamente seu regime previdenciário usando da competência que lhe confere o art. 149, §1º, da Constituição Federal, o qual dispõe:

*"Art. 149. (...).*

*§1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social".*

Observe, Excelência, que todos os princípios constitucionais referentes à seguridade e previdência social foram rigorosamente observados pelas mencionadas leis, valendo destacar que não foram criados benefícios sem a correspondente fonte de custeio, mantido, portanto, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região já se manifestou no sentido de ser lícito aos municípios a instituição de regime previdenciário próprio, sem qualquer interferência da União, conforme se depreende do aresto infra:

*"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – MUNICÍPIOS. A competência legislativa e administrativa concedida pelo art. 149, parágrafo único, da CF aos municípios para a criação de sistemas de previdência e assistência social em favor de seus servidores, custeados por contribuição social deles cobrada, sem qualquer condicionamento à obediência a parâmetros traçados pela União, é aspecto do modelo federativo de auto-*

*nomia municipal que não pode ser restringida por disposição constitucional derivada ou por norma infraconstitucional. Presença dos requisitos da fumaça do bom direito na alegação de inconstitucionalidade do art. 40, parágrafo 13, da CF/88, com redação da EC nº 20/98, do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.717/98 e dos arts. 9º, caput, e 11, caput e parágrafo 1º, da portaria MPAS nº 4.992/99, bem como do perigo na demora na apreciação do pleito mandamental". (grifou-se) (TRF 5ª R. – AG. 22808/PE – 3ª T. – Rel. Juiz Ridalvo Costa – DJU 21.02.2001)*

Também não se pode olvidar que, como todo diploma legal, as leis municipais de nº 8.388/99 e nº 8.814/03 gozam do atributo – já reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência – referente à presunção de constitucionalidade; daí decorre que não podem ter sua validade questionada por um órgão subalterno da Administração Pública Federal.

A verdade, Excelência, é que a requerida, ao determinar ao postulante a revogação e alteração de dispositivos legais editados no âmbito da competência municipal, criou um sistema alternativo de controle de constitucionalidade, à margem dos mecanismos de controle jurisdicional previstos no ordenamento.

Ademais, não é lícito ao titular de órgão subordinado à Pasta da Previdência e Ação Social realizar exercício interpretativo de lei para julgá-la inconstitucional; somente ao Chefe do Poder Executivo é dado fazê-lo, e ainda assim há controvérsias sobre o tema. Se não, vejamos um excerto da lição de ELIVAL SILVA RAMOS, *in verbis*:

*"Por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-las apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o ví-*

*cio de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa". (In Δ Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994, página 238)*

Outro não é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, sendo relevante colacionar a seguinte decisão:

*"Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais". (STF – ADI nº 221/DF – Rel. Min. Moreira Alves – j. 29.03.1990)*

*Da presença dos requisitos necessários à obtenção da tutela antecipatória.* Os documentos acostados a esta exordial evidenciam, a toda, a coerência e verossimilhança dos fatos articulados pelo requerente, comprovando a interferência ilegítima da União Federal na esfera de competências do Município-autor, em evidente tolhimento à sua autonomia legislativa.

Com efeito, apenas uma breve análise de tais documentos é suficiente para que se perceba a gritante violação, pelo ente demandado, ao princípio federativo; a inconstitucionalidade da conduta da União, ao negar ao autor a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária, é não apenas plausível ou aparente, senão axiomática e incontestável, estando clarividente que sua recusa em fornecer o CRP não deve prevalecer.

O *fumus boni iuris*, bem sabe V. Ex<sup>a</sup>, traduz-se num juízo de probabilidade e verossimilhança, através do qual o julgador examina se a situação de fato objeto da tutela antecipatória poderá, razoável e provavelmente, vir a ter êxito, no julgamento final da lide.

Sua presença na situação aqui relatada se torna tão mais marcante quando se atenta para as visíveis irregularidades praticadas pela União através do Ministério da Previdência e Ação Social; pretende-se, portanto, com o presente pedido de provimento antecipatório, tutelar provisoriamente uma situação jurídica de titularidade do suplicante, posta em perigo pelo comportamento injurídico adotado pela demandada.

Patente, ainda, no caso em tela, é o fundado receio de dano irreparável, requisito igualmente importante para a obtenção da tutela antecipada.

É manifesta a situação caótica em que se encontra o Município de Fortaleza, com inúmeras obras paralisadas em virtude da suspensão dos financiamentos oferecidos por entidades da Administração Federal; a planilha em anexo, com efeito, demonstra que o postulante é devedor da quantia de R\$2.502.671,80 (dois milhões, quinhentos e dois mil, seiscentos e setenta e um reais e oitenta centavos) em virtude da interrupção do financiamento do BNDES a contratos de obras públicas.

Outrossim, o ente municipal, impedido de dar cumprimento a um convênio ajustado com a INFRAERO, encontra-se impossibilitado de realizar uma importante obra de drenagem do Riacho da Rosinha, nas proximidades do aeroporto, avaliada em R\$2.223.337,72 (dois milhões, duzentos e vinte e três mil, trezentos e trinta e sete reais e setenta e dois centavos).

**MM JUIZ, O DISPÊNDIO, PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA, DE TÃO ELEVADAS QUANTIAS, ACARRETARÁ DANOS IRREPARÁVEIS AO ENTE MUNICIPAL E A SEUS PRÓPRIOS HABITANTES, UMA VEZ QUE INÚMERAS AÇÕES NA ÁREA SOCIAL DEVERÃO SER INTERROMPIDAS PARA O PAGAMENTO DE TAIS DESPESAS.**

De tudo o quanto foi exposto supra, é fácil inferir que a concessão da providência liminar no sentido de determinar que a União



emita, em favor do autor, o Certificado de Regularidade Previdenciária, se apresenta como verdadeira condição de eficácia da própria tutela jurisdicional, na medida em que – sem o prévio deferimento da mesma – o provimento final da lide será simplesmente inócuo.

Foi para tornar viável o processo que o legislador pátrio, inovando o ordenamento vigente, introduziu a possibilidade da tutela antecipatória, o que fez mediante a edição da Lei Federal nº 8.952, de 13.12.94, que deu a seguinte redação do art. 273, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

*“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença de verossimilhança da alegação e:*

*I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*

*II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.*

Destarte, resta claro, *in casu*, a ocorrência da hipótese do inciso I retro transcrito, vez que a demandada, de forma ilegítima, nega-se a expedir o CRP em favor do suplicante, ocasionando, repita-se, inquestionáveis prejuízos ao mesmo a aos habitantes do Município de Fortaleza.

A doutrina é unânime no sentido de estar o magistrado vinculado à concessão da providência *limine litis* uma vez atendidos os citados requisitos:

*“Portanto, o juiz não tem, segundo nosso entendimento, a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nestes casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não uma medida. Em*

*suma, se os pressupostos legais estiverem presentes, o juiz tem a obrigação de conceder a liminar, bem como a obrigação de indeferir-la se os pressupostos estiverem ausentes”.* (ORIONE NETO, Luiz – Tratado das Liminares. São Paulo: Lejus, 1.999, volume I, página 376).

Dai é que se impõe, para o resguardo dos direitos do autor e para se por fim ao estado de sua completa insatisfação, a necessidade de um *providimento d’urgenda*.

Por último, é importante ressaltar que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da ação cível originária nº 702-1, impetrada pelo Estado do Ceará, concedeu, NO DIA 16 DE DEZEMBRO DE 2003, em favor do ente estatal, a antecipação do efeitos da tutela pretendida, em caso fundamentalmente semelhante ao que se trata na presente demanda.

Naquela ocasião, o relator do processo, Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, assim se manifestou:

*“A exemplo das leis federais, as leis estaduais também gozam da presunção de constitucionalidade, até que fique demonstrado o contrário mediante o procedimento judicial adequado.*

A autonomia do Estado-membro e a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis por ele editadas constituem obstáculo a que um órgão administrativo do ente central determine à entidade federada, de forma taxativa ou por meios oblíquos, que revogue lei complementar que, em tese, foi regularmente votada pelo Legislativo estadual.

No caso retratado nestes autos, há uma lei estadual que criou um regime próprio de previdência para os deputados estaduais. Sob a alegação de que esta lei é

inconstitucional, por ofensa ao art. 40, §13 e à Lei 9.717/98, o órgão do Ministério da Previdência negou ao Estado-membro a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária e incluiu-o num cadastro negativo, até que promova a adequação da legislação estadual ao disposto na lei federal 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Noutras palavras, o órgão administrativo da União condicionou a emissão do CRP à revogação, pelo Estado, da lei que criou o regime próprio de previdência dos parlamentares estaduais. Criou, na prática, um mecanismo alternativo de controle de constitucionalidade e de conformação das leis estaduais em face da Constituição Federal e das leis federais, inteiramente à margem dos mecanismos de controle jurisdicional previstos na Carta Magna. E mais: fê-lo por meio de mero exercício interpretativo levado a efeito por titular de órgão de escalão inferior do Ministério da Previdência Social.

*Por essas razões, e tendo em vista que sem o Certificado de Regularidade Previdenciária o Estado do Ceará fica impedido de receber transferências voluntárias de recursos federais; celebrar acordos, contratos, convênios, ajustes, empréstimos, financiamentos, avais e subvenções de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União; e celebrar empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais, concedo a antecipação de tutela, determinando à União – através do Ministério da Previdência Social – que, nos termos da Inicial, se abstenha de incluir o Estado do Ceará no Cadastro Ne-*

*gativo de expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, tendo por motivo a existência de regime próprio de previdência dos Deputados Estaduais do Ceará e, pelo mesmo motivo, de negar a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária e de aplicar as sanções previstas no art. 7º da Lei nº 9.717, de 1998”.* (grifou-se)

*Do pedido.* Face o exposto, requer o Município de Fortaleza que V. Ex.<sup>a</sup>. se digne de:

- i. conceder, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, *ex-vi* do disposto no art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil, determinando que a União Federal emita, em favor do autor, o Certificado de Regularidade Previdenciária, bem como se abstenha de aplicar quaisquer das sanções previstas no art. 1º do Decreto nº 3.788/01;
- ii. concedido e cumprido o provimento antecipatório, determinar a citação da promovida, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestar a presente ação no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de revelia;
- iii. deferir a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a análise dos documentos anexados e juntada posterior de documentos; e
- iv. ao final, julgar inteiramente procedente a presente demanda, com a expedição de ordem para a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária em favor do Município-autor e com a condenação da demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em seu *plus*.

Dá-se à causa o valor de R\$500,00 (quinhentos reais).

N. Termos

P. e E. Deferimento

Fortaleza-CE, 18 de fevereiro de 2004

Miguel Rocha Nasser Hissa

Procurador do Município

oab(ce) nº 15.469

PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO  
BIBLIOTECA