

The background features large, hollow, green-outlined letters 'DPM' that span most of the page. The letters are set against a light green grid pattern. The word 'Revista da Procuradoria Geral do Município' is printed in a smaller, green, serif font across the middle of the 'DPM' letters.

Revista  
da Procuradoria  
Geral  
do Município

**Fortaleza**  
ANO II - VOL II

# SUMÁRIO

|   |         |
|---|---------|
| 1 — APRESENTAÇÃO .....  | 05      |
| 2 — DOCTRINA .....  | 09      |
| 2.1 - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO;<br>REVERSÃO DOS BENS ENCAMPAÇÃO<br>(OU RESGATE) E CADUCIDADE - Celso<br>Antonio Bandeira de Mello ..... | 11/25   |
| 2.2 - DIREITO ADQUIRIDO E COISA JULGA-<br>DA COMO GARANTIAS CONSTITU-<br>CIONAIS - Hugo de Brito Machado ....                               | 27/41   |
| 2.3 - DISTINÇÃO ENTRE "CONTROLE SO-<br>CIAL DO PODER" E "PARTICIPAÇÃO<br>POPULAR" - Carlos Ayres Brito .....                                | 43/52   |
| 2.4 O PAPEL DO MAGISTRADO BRASILEI-<br>RO NO ÂMBITO PENAL - Agapito Ma-<br>chado .....  | 53/79   |
| 2.5 - A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRI-<br>BUIÇÃO CRIADA EM FAVOR DAS BOL-<br>SAS DE VALORES Lino Edmar de Me-<br>nezes .....                  | 81/85   |
| 2.6 - REGIME JURÍDICO DAS TAXAS MUNI-<br>CIPAIS - Fátima Maria Nunes Memória<br>de Andrade .....  | 87/103  |
| 2.7 - UMA VISÃO SOBRE A INTERPRETA-<br>ÇÃO CONSTITUCIONAL - Fernando An-<br>tônio Costa Oliveira .....                                      | 105/116 |
| 3 — PARECERES .....   | 117/168 |
| 4 — TRABALHOS FORENSES .....  | 169/214 |

## CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: REVERSÃO DOS BENS ENCAMPAÇÃO (OU RESGATE) E CADUCIDADE

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO  
Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: I - Conceito e objetivos da concessão II - Direitos recíprocos do concedente e do concessionário; III - Encampação (ou Resgate) e Caducidade: Conceitos; IV - A Reversão dos bens; V - Composição patrimonial no encerramento da concessão.

### I — CONCEITOS E OBJETIVOS DA CONCESSÃO

1. Pela concessão de serviço público, como é sabido e ressabido, instaura-se uma relação jurídica complexa, através da qual o Estado atribui a alguém o **exercício** de um serviço público e este, sob a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro, aceita prestá-lo, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, em nome de quem atuará conquanto o faça a suas expensas, por sua própria conta e riscos, renumerando-se mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários.

Percebe-se que, por meio dela, o Poder Público almeja propiciar à coletividade o desfrute do melhor serviço possível, sem onerar-se com os dispêndios aí envolvidos e, ademais, liberto dos encargos inerentes à sua execução, mas conservando a senhoría que lhe permite impor, a todo tempo, quaisquer determinações necessárias para garantir plenamente as conveniências públicas. Daí haver dito BONNARD, em expressão feliz, que o concedente se reserva, à vista da organização e do funcionamento do serviço, um poder tão acentuado que se caracteriza como autêntica "mainmise" sobre ele (ROGER BONNARD — Précis de Droit Administratif, 2ª ed., 1935, pag. 547). No mesmo sentido GASTON JEZE (Princípios Generales del Derecho Administrativo, vol. II, tomo I, 1949, trad. argentina da 3ª ed. francesa (1930), pag. 73).

Diversamente, o que o concessionário aspira é realizar um negócio economicamente proveitoso e por isso aceita travar o vínculo colocando-se sob a égide do concedente no que concerne aos aspectos referidos, pois o que lhe importa é a aplicação de seu capital em um empreendimento do qual extrairá um lucro, amparado na garantia de uma equação ou equilíbrio econômico-financeiro. Este, conforme o define MARCEL WALINE "... é uma relação que foi estabelecida

pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada" (*Droit Administratif*, Sirey, 5ª ed., 1963, pag. 618).

2. GUIDO ZANOBINI anotou que "em relação ao sujeito privado, o fim que este se propõe no exercício da função pública, é distinto da finalidade estatal a que tal função prevê porque é um fim privado, normalmente uma finalidade de lucro. Pode-se, assim dizer que o serviço público ou a função pública servem ao particular como um meio para alcançar esta sua finalidade pessoal" (*Corso di Diritto Administrativo*, CEDAM, 1944, vol. I, pag. 139).

Com efeito, para o concessionário a prestação do serviço é um meio através do qual obtém a finalidade que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro, que propicia ao concessionário, é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço (cf. nosso *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª, 1983, pag 37). O regime da concessão procede da lógica da situação instaurada nestes termos.

## II — PODERES DO CONCEDENTE E DIREITOS DO CONCESSIONÁRIO

3. A cada qual assistem as garantias necessárias à satisfação dos desideratos que os animaram, pois ambas se conjugam e entrelaçam perfeitamente.

Donde, ao concedente pertencem todos os poderes necessários à satisfação dos objetivos pelos quais outorgou o serviço em concessão. Daí que pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e alterá-las na conformidade das exigências do interesse público. Outrossim, para bem atendê-las, em sendo conveniente ou indeclinável, pode ou deve retomar o serviço. Ao concessionário, de outra parte, caberão, correlatamente, todas as garantias atinentes à manutenção do equilíbrio econômico financeiro avençado, de sorte a que tenha possibilidade de extrair daquele negócio o proveito econômico que o levou a engajar-se nele.

É natural que o sobredito equilíbrio ajustado tenha de ser respeitado, valendo aqui, integralmente, as observações de GEORGES PEQUIGNOT, em obra clássica, atinente aos contratos administrativos. Referindo-se ao contratado, averbou: "Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro. Aceitou tomar a seu cargo trabalhos e âleas que, se não houvesse querido contratar, seriam suportados pela Administração. É normal que seja remunerado por isto" (*Théorie Générale du Contract Administratif*, A. Pedone, 1945, pag. 434)'

## III — ENCAMPAÇÃO (OU RESGATE) E CADUCIDADE: CONCEITOS

4. As concessões de serviço público, como é notório, tanto podem se extinguir pela normal expiração do prazo, quanto **prematamente**, em decorrência de distintas causas. Dentre estas últimas, avultam a **encampação (ou resgate)** e a **caducidade**.

Na **encampação**, o Poder concedente retoma o serviço por razões meramente de conveniência ou oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja incorrido em faltas que suscitassem tal providência.

Na **caducidade**, pelo contrário, a razão determinante vem a ser precisamente a inadimplência grave do concessionário, ou seja, a prática de comportamentos positivos ou omissões faltosas cujo relevo demanda que o concedente lhe retire a concessão outorgada.

Tanto em um quanto em outro caso propõem-se, como é natural, duas questões, aliás, interligadas, que irrompem em qualquer encerramento de concessão. A saber: (a) uma concerne ao **destino** dos bens aplicados ao serviço, isto é, que lhe integram o acervo e outra (b) respeita a **composição patrimonial** entre concedente e concessionário, mormente se o sobredito acervo, aportado por este último, deva persistir aplicado ao serviço em questão; portanto, em poder do concedente.

Consideremos o primeiro destes tópicos: recordando desde logo, algumas noções de extrema singeleza, até mesmo óbvias, mas que jamais podem ser deslembradas, pois fornecem elementos indispensáveis à adequada impostação e subsequente resolução dos problemas ligados ao tema do destino dos bens afetados ao serviço e ao da composição patrimonial cabível quando do encerramento do vínculo entre estas partes.

#### IV — A REVERSÃO DOS BENS

5. Em grande número de concessões de serviço público, mas não em todas, os bens que devem ser aplicados ao serviço e que a ele se aplicam, persistem indispensáveis a sua **continuidade**, mesmo após o encerramento da concessão. É que não se teria como substituí-los incontinenti, por não serem fácil ou agilmente instaláveis ou preponíveis a tal destino. Isto ocorre, sobreposse, quando o serviço tem como suporte material bens implantados no solo, edificações, maquinaria de grande porte ou implementos de préstimo transcendente para o serviço, mas carentes, total ou parcialmente, de significação econômica quando dele desligados, como ocorre, "verbi gratia", com linhas de transmissão de energia, locomotivas, vagões etc.

Justamente por isto, para o concedente são **indispensáveis** e para o concessionário ou não mais apresentariam sequer a possibilidade de utilização ou careceriam de serventia relevante. Sobremais, nem mesmo teriam expressão econômica compatível com o elevado custo que representaram. De toda sorte, na melhor das hipóteses, tornar-se-iam **economicamente insignificantes** para o concessionário, se comparados com o dispêndio em que incorreu para aplicá-los ao serviço. Em casos desta ordem — e que, por certo, retratam a composição da maioria das concessões de serviço público — a solução óbvia, quando do encerramento do liame e seja qual for a razão que o tenha determinado, será, evidentemente, a persistência do atrelamento dos sobreditos bens ao serviço público. Em suma: o concedente não poderia abrir mão deles. Teria interesse absolutos em retê-los, por indeclinável imposição das necessidades públicas. De revés, ao concessionário faleceriam razões para pretender conservá-los. Esta passagem definitiva do acervo para o concedente, ao cabo da concessão, denomina-se "reversão".

6. Compreende-se, pois, que a lógica, nestes termos composta, indica a possibilidade de perfeito atendimento de conveniências de ambas as partes, o que é, aliás, a desembocadura ideal de relações jurídicas surtidas a partir de um elemento consensual. A lógica indica também, com a mesma força de compulsão racional, que, se ao cabo da concessão, o concessionário não houver amortizado integralmente o

**capital** que investiu, mediante percepção das tarifas fixadas pelo concedente e cobradas pelo concessionário dos usuários (mais eventuais subsídios que o Poder Público lhe haja aportado), a solução indicada implicaria deixá-lo a descoberto, a menos que lhe fosse versado o "quantum" correspondente ao valor ainda pendente de amortização.

Tal pagamento, então será de rigor, consistindo na contrapartida da assunção dos bens pelo Estado. Deveras, em situações deste jaez, o concessionário, ao invés de retirar-se com o acervo representativo de capital que aportou, deixa-o em mãos do concedente. Cumpra, pois, que seja acobertado por isto. De resto, a ser de outro modo, ninguém em seu juízo perfeito, se abalançaria a imaginar que existissem pessoas ou empresas dispostas a engajar-se em vínculo de tal ordem. Seria, evidentemente, um negócio desastroso aquele em que alguém, aplicando recursos próprios para obter uma remuneração pelo investimento feito, ficasse, ao final, despojado total ou parcialmente do capital investido. Sairia, evidentemente, empobrecido se não houvesse podido sequer recuperá-lo ao cabo do empreendimento.

7. Em outros casos, todavia, não se reproduz o quadro dantes descrito. Em uma concessão de linhas de ônibus, por exemplo, não há dificuldade alguma em substituir de imediato os veículos que a ela estivessem afetados, por outros, trazidos pelo novo concessionário ou adquiridos pelo Poder Público, se este pretendesse assumir diretamente o serviço ou fazê-lo mediante empresa estatal. Por outro lado, o encerramento de uma concessão deste gênero nem suprime, nem deprime, a serventia ou o significado econômico que os sobreditos bens podem proporcionar ao antigo concessionário.

Descaberia, então, presumir um relevante interesse do concedente em conservá-los vinculados ao serviço (com o conseqüente e desnecessário encarecimento das tarifas), tanto como seria incorreto pressupor desinteresse do concessionário em retê-los consigo, uma vez desinvestido desta qualidade. Logo, careceria de qualquer base lógica sustentar que em situações deste jaez o encerramento da concessão demandaria integração dos bens no patrimônio público. Onde, salvo estipulação em contrário, seria perfeitamente compreensível que o concessionário, ao encerrar-se o vínculo, levasse consigo os

bens dantes vinculados ao serviço. Segue daí, outrossim, que, em tal caso, não se proporia, perante o Poder Público, o tema da amortização deste capital.

Percebe-se com clareza, então, que são temas perfeitamente diversos (a) o da remuneração pela prestação do serviço e o (b) da conservação do capital, mediante sua reposição, quando o acervo nele consubstanciado deva integrar-se definitivamente ao serviço.

8. Ao lume destas considerações sobre o destino dos bens aportados pelo concessionário e aplicados ao serviço já se podem firmar algumas conclusões. A saber:

(a) é inexato supor-se que a chamada "reversão" dos bens, ou seja, sua integração no patrimônio público ao cabo da concessão do serviço, resulta da teoria geral deste instituto, porquanto, salvo explícita prescrição legal ou do ato concessivo, seu cabimento está circunscrito às hipóteses indicadas, sem embargo de serem elas, certamente, as mais comuns — como já foi dito e ora é reafirmado;

(b) também seria inexato supor-se que resulta da teoria geral das concessões de serviço público que os bens nela aplicados sejam, desde sua aplicação, bens pertencentes ao Poder Público, como querem alguns, ou que a propriedade do concessionário sobre eles é uma propriedade resolúvel, como sustentam outros. A falta de lei que ofereça solução genérica para a questão ou de disposição do ato concessivo dilucidando o assunto, quaisquer destas concepções só poderiam propor-se em relação às aludidas concessões, nas quais, consoante averbado, a persistência de sua vinculação ao serviço fosse imprescindível, ante as características do objeto da concessão — o que nem sempre ocorre, conforme visto.

(c) nas concessões de serviço público em que, após seu encerramento (prematuro ou não), os bens devam ficar em poder do concedente, dito evento demanda seja acobertada a parcela do investimento do concessionário ainda pendente de amortização. Com efeito, não fora esta a solução, ninguém se proporia a engajar-se na qualidade de concessionário, inclusive porque os meios que proporcionam a captação necessária para amortizar o investimento **dependem inteiramente do concedente**: é ele que fixa as tarifas e, portanto, é ele que determina as possibilidades

de amortização e o ritmo em que se dará. Acresce que, se não houvera o acobertamento aludido, o concedente teria um enriquecimento sem causa, isto é, ilícito; obtido às expensas do prestador do serviço. Configurar-se-ia um verdadeiro confisco; por implicar absorção autoritária de bens alheios, sem qualquer contrapartida.

9. Fixadas estas primeiras conclusões gerais, podem-se apontar, agora, no que concerne aos tópicos feridos, algumas situações diferentes que se proporão ou, pelo menos, poder-se-ão propor, conforme se trate de encerramento da concessão por mera expiração do prazo ou por extinção prematura decorrente de encampação ou caducidade.

10. Em geral, outorgam-se por prazo longo concessões em que os bens aplicados ao serviço devam, ao final, integrar-se no patrimônio público mediante "reversão". Assim se faz para que os concessionários amortizem os investimentos efetuados, isto é, paguem-se destes dispêndios, ressarcindo-se através das próprias tarifas cobradas dos usuários, pela adscrição de uma parcela delas a tal finalidade. Dessarte, ao expirar-se a concessão, o Poder Público não incorrerá em desembolsos para assenhorear-se do acervo. É lógico que se o prazo fosse curto, as tarifas haveriam de ser altíssimas, sem o que parcela tarifária comprometida neste propósito revelar-se-ia insuficiente para reposição do capital.

Como o Poder Público deve zelar pela ampla acessibilidade do serviço aos usuários e garantir-lhes as condições mais convenientes, as tarifas precisam ser módicas. Segue-se que o prazo de tais concessões haverá de ser longo. Graças a amplitude dele, presume-se, então, ao se expirar normalmente, já terá havido, salvo prova em contrário, amortização do capital invertido pelo concessionário, razão por que em princípio, os bens aplicados ao serviço reverterem ao concedente sem ônus para ele. Este modelo, que é o usual, poderá sofrer algum desconcerto quando, em épocas já avizinhadas da consumação do prazo, o concessionário seja obrigado a efetuar investimentos suplementares, quer para manter a qualidade ou a atualização técnica do serviço, quer para expandi-lo ante o incremento da demanda dos usuários. Aí sim — e só aí — o tempo remanescente será curto para permitir que as tarifas ao longo dele hauridas também atendam a finalidade apontada.

11. É bem de ver, entretanto, que se a concessão extinguir-se prematuramente, seja por encampação, seja por caducidade, ficará convulcionado o supra referido esquema de amortização do capital. Deveras, a antecipação do término do vínculo subverterá a expectativa sobre a qual estavam assentados os cálculos relativos ao acobertamento do capital. Segue-se que se os bens, com esta antecipação, viessem a ser absorvidos pelo concedente sem compensação econômica que cobrisse o remanescente de investimentos ainda não amortizados pelas percepções tarifárias passadas, o concessionário sofreria uma perda patrimonial. É dizer, estaria sendo agravado com a transferência gratuita de uma parcela de seus recursos para o Poder Público: aquela que em prole dele despendeu e não lhe foi repostada.

Note-se que aqui não está em pauta questão atinente a uma eventual compensação econômica pela perda dos proventos (lucro ou remuneração do capital) que — não fora pelo encurtamento do prazo — seriam hauridos pelo concessionário com a cobrança das tarifas ao longo de todo o período em que estava titulado para captá-las. Este já é assunto diverso, a ser tratado em seguida. O de que se cuida neste passo, é, meramente, de reconhecer que se a extinção da concessão efetuar-se antes do prazo, seja por encampação, seja por caducidade, não comparece o referido fundamento jurídico e econômico embasador da absorção gratuita do acervo pelo concedente, a título de reversão.

Como se viu, era ele que servia de causa hábil, em princípio, para supedanear justificamente a absorção definitiva do acervo sem ônus para o concedente. Deveras, o tema "sub examine", o que se vem de firmar é que, ocorrendo extinção prematura da concessão e conseqüente reversão dos bens aplicados ao serviço, se não for versada ao concessionário a contrapartida pelos investimentos ainda descobertos, seguramente ocorrerá apoderamento, pelo concedente de uma parcela do patrimônio de sua contraparte.

Isto posto, examinemos, agora, o segundo tema mencionado, isto é, o da composição patrimonial entre os contraentes quando do encerramento da concessão.

## V — COMPOSIÇÃO PATRIMONIAL NO ENCERRAMENTO DA CONCESSÃO

12. Nos casos em que não deva existir reversão de bens e a relação jurídica haja se encerrado por expiração normal do prazo, é obvio que problema algum se propõe.

Naquel'outros em que o vínculo também venha a se findar pela conclusão do prazo previsto, mas deva existir reversão de bens, em princípio, consoante já referido, esta se processará sem ônus para o concedente. Nada obstante, poderá ocorrer, conforme outrossim se deixou apostilado, que os investimentos, notadamente quando efetuados em época próxima da expiração do prazo, ainda não se tenham podido amortizar com a percepção de tarifas. Em tal caso, haverá um remanescente a descoberto. Como é lógico, o concedente terá de responder por ele, a fim de que, com a absorção do acervo, não esteja a sacar do concessionário bens correspondentes ao capital que este aportou a bem do serviço, e não lhe foi dado ensejo de recuperar. Assim é, em linhas gerais.

Quando, todavia, ocorrer prematura extinção do vínculo por encampação ou por caducidade, a composição patrimonial já não apresentará a mesma simplicidade, sobretudo devendo haver reversão dos bens, que é o que importa aqui considerar.

13. Tratando-se de encampação, isto é, de encerramento suscitado por razões administrativas de mera conveniência ou oportunidade, ou seja, sem que o concessionário haja praticado falta que a justificasse — uma vez que este nada fez de desabonador — o Poder Público deverá indenizá-lo pela antecipação do encerramento do prazo ao longo do qual perceberia, através das tarifas, o proveito econômico em vista do qual travara o vínculo. Deveras, seu ingresso na relação jurídica fora motivado, evidentemente, pela expectativa de um ganho, que teria buscado em outro negócio (mobilizando para est'outro seu capital, aptidão empresarial, experiência e recursos), se não fora pelo l'ame sue travou com o concedente, confiado em que, bem servindo, hauriria durante todo o prazo estipulado os proventos do empreendimento. Embora seja certo que o Poder Público possa, sem violar o direito, retomar o serviço dado em concessão, também é certo que deverá compor o prejuízo econômico dessarte causado.

Além disto, como é óbvio — e esta já é outra questão — terá de acobertar-lhe a parte ainda não amortizada do capital. Nisto estará, pura e simplesmente, cumprindo o elementar dever de respeitar o capital alheio, ou seja, de não apropriar-se do que pertence a outrem.

14. Diversamente, se se tratar de caducidade, vale dizer, extinção decidida pelo Poder Público como decorrência de faltas graves do concessionário, que o fizeram incurso nesta sanção, é claro que a este não será devida qualquer indenização pela perda da exploração do serviço. Pelo contrário, ele é que, em sua qualidade de inadimplente, além de responder pelas multas ou quaisquer outros agravamentos previstos (perda da caução efetuada, por exemplo), terá ainda de arcar com as perdas e danos que haja causado ao concedente pelo fato de havê-lo levado a promover o encerramento prematuro do vínculo.

É claro, entretanto, que nem por isto o concedente poderia assenhorear-se gratuitamente dos bens constitutivos do acervo, se ainda não estiverem, como não deverão estar, integralmente amortizados. Fazê-lo, equivaleria a confiscar investimentos aportados pelo concessionário. Distintas razões concorrem para rejeitar eventual suposição neste sentido.

Desde logo, são questões diversas, como dantes se acentuou, aquela atinente à concessão do serviço, ou seja, à exploração econômica dele (sua continuidade ou cessação) e aquela outra que atina à reversão. É o que se deixou esclarecido ao anotar que pode haver concessão com ou sem reversão de bens. Ou seja, não há porque misturar o tópico atinente à prestação do serviço, e, assim, portanto, o de sua persistência ou cancelamento prematuro, com o tópico relativo ao capital que inverteu e que estará substanciado em bens que reverterão ou não para o concedente ao se encerrar a relação jurídica. Ou seja: a extinção antecipada do vínculo, por si mesma, nada predica com relação à reversão dos bens. Logo, a causa pela qual se antecipa a dissolução do vínculo (encampação ou caducidade) não poderia ser, por si mesma, nem determinante de tal consequência, nem determinante de onerosidade ou gratuidade da reversão. Em suma: por não existir ligação entre a causa de extinção prematura do vínculo e a reversão dos bens, também não existe ligação entre ela e o fato de dever-se efetuar-la com ou sem indenização.

15. Com efeito, nos casos em que a concessão não demande reversão dos bens, como poderia suceder em uma concessão de linhas de ônibus — conforme hipótese dantes figurada — provavelmente a ninguém acudiria supor que, em sendo decretada sua caducidade, o concessionário perderia os veículos ou equipamentos postos à disposição do serviço.

Porque não ocorreria tal suposição?

Simplesmente porque a reversão dos bens não é uma consequência da caducidade; não é uma sanção pela inadimplência do concessionário. Se o fosse, deveria operar — e sem ônus para o concedente — também nos casos em que não estava prevista (explícita ou implicitamente). Em rigor, nada tem a ver com ela. Donde, não haveria porque presumir que a gratuidade da reversão seja uma consequência natural da caducidade, nos casos em que dita reversão (quando pressuposta) vem a ser antecipada por força de prematura extinção do vínculo suscitada por inadimplência do concessionário.

A reversão — cumpre repetir — não é sanção, mas um efeito que se processa com supedâneo em outros fundamentos e na conformidade de outros pressupostos, tudo conforme dantes exposto. Donde, ocorrerá apenas nos termos que a legitimam, isto é, com pleno acobertamento do capital invertido pelo prestador do serviço e nos casos em que é demandada para continuidade dele. Não haveria, então, porque imaginar que a gratuidade da reversão deva ser havida como uma resultante da caducidade.

16. Além disto, seria incabível apropriar-se deste remanescente de capital sem indenizá-lo, porquanto, com tal procedimento, haveria um confisco (o que é constitucionalmente vedado) e um enriquecimento ilícito do concedente sobre o patrimônio alheio. Acresce, ainda, que sobre tratar-se de sanção violentíssima, sua aplicação, salvo previsão expressa em lei ou no próprio ato concessivo, resultaria absurda, porque extraída do nada.

Deveras, os poderes jurídico-administrativos ou resultam da lei ou dimanam de relações constituídas "ex voluntate". Como se sabe, por força do princípio da legalidade (art. 37 da C.F.), a Administração, para impor algo a outrem, neces-



sita estar embasada em lei (art. 5º, II, e 84, IV). Fora daí, somente se estiver calçada em disposição à qual sua contraparte tenha se submetido voluntariamente, como sucederia em relação a cláusulas de uma concessão ou a normas contratuais livremente acordadas entre os contraentes. Se a Administração não estiver embasada em lei que lhe autorize impor a sanção "a" ou "b", ou em cláusula da concessão evidentemente carecerá de fundamento jurídico para impô-la. Logo, presumir, nos casos de caducidade da concessão, que a reversão prevista independe de indenização da parcela do capital ainda não amortizada é literalmente um absurdo.

17. Entre os doutrinadores que se ocuparam da questão é generalizado este entendimento de que a reversão pressupõe indenização do capital ainda não amortizado, nada importando que a causa extintiva da concessão haja sido a caducidade. Assim, no clássico "Traité des Contrats Administratifs" (LGDF, Paris, 2ª edição, 1984, tomo II) de A. DE LAUBADERE, FRANCK MODERNE e PIERRE DEVOLVÉ, após o registro de que se a concessão, por qualquer motivo, findar-se antes de seu prazo normal, resultará evidente que a amortização de capital não se terá podido realizar às completas, fica anotado o esclarecimento de que:

"Muito logicamente, a jurisprudência decide que o princípio da reversão gratuita não deve, então, se aplicar, ainda que o caderno de encargos haja omitido esta derrogação à regra geral e mesmo se a extinção do contrato haja provindo de um comportamento faltoso do concessionário: o concedente beneficiar-se-á do direito de reversão mas deverá indenizar o concessionário" (pags. 752-753 - grifos nossos).

Em seu "Derecho Administrativo", RAMON PARADA, após indicar que a resolução do contrato pode resultar da inadimplência do concessionário, adverte:

"No obstante, la resolución del contrato - y para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración - no priva al concesionario incumplidor del derecho a que se le abone el precio de las obras e instalaciones ejecutadas a su costa que hayan de pasar a propiedad de aquélla, tenido en cuenta su estado y el tiempo que restase para la reversion" (Ed. Marcial Pons, Madrid, tomo I, 2ª ed., 1990, pag. 328).

De equivalente teor são as observações de GUIDO ZANOBINI (op. cit. vol. cit. pág. 403), MANOEL MARIA DIEZ (Derecho Administrativo, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª ed., 1979, tomo III, pags. 449-450) e de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS RAMON FERNANDES (Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Madrid, 4ª ed., 1983, vol. I, pag. 701).

78. Entre nós, AFRANIO DE CARVALHO, reconhecida autoridade em matéria de concessão de serviço público, ao final de valioso e exaustivo estudo, publicado em dois volumes da Revista de Direito Administrativo, sobre a "Propriedade dos Bens da Concessão" (in RDA, vol. 44, pag. 46), indica em sua conclusão de nº 6 que:

"A reversão somente se dá com indenização, quando o vencimento do contrato foi antecipado por encampação ou caducidade".

O ilustre administrativista, CARLOS S. DE BARROS JR., em brilhante artigo sobre a "Concessão de Serviço Público" (RDA, nº 111, pag. 20), esclarece amplamente o tópico ao averbar:

"Declarada a caducidade, rescindindo o contrato, procede-se à sua liquidação, apurando-se as contas de acordo com os termos das estipulações contratuais. Cessa o serviço concedido.

Quanto aos bens do concessionário, cabe a indenização deles. Salvo disposição contratual que exclua, nesse caso, a indenização, terá o concessionário o direito de receber o valor dos bens investidos na concessão. Deverá o concessionário, porém, pagar os prejuízos decorrentes da inexecução das obrigações, fazendo-se a devida apuração".

Assim também, as obras gerais brasileiras que enfocaram o tema — e fizeram-no recentemente — afinam pelo mesmo diapasão. É o caso da eminente profa. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 1990, pag. 220) e de DIÓGENES GASPARINI (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1992, pag. 262), ambos explícitos sobre a questão em apreço. Pode-se depreender que assim também entende SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA. Embora sem endereçar-se especificamente à hipótese de caducidade, enuncia a consideração geral de que, se não fora pelo pagamento dos

bens, a reversão configuraria confisco, o que é vedado pela Constituição. Daí afirmar, em face disto: "... temos que concluir que toda reversão é onerosa" (Direito Administrativo Didático, Ed. Forense, 2ª ed. 1981, pag. 245).

19. Nós mesmos, em monografia sobre "Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta" (Ed. Rev. dos Tribunais, 1ª ed., 1973, pags. 51-52) ao tratarmos da caducidade nas concessões de serviço público, também referimos o dever do concedente indenizar o concessionário pelos bens revertidos e ainda não amortizados. Fizêmo-lo nos seguintes termos:

"No caso, por ter sido o concessionário a dar causa à extinção da concessão, por violador de suas obrigações, o Poder Público não tem que indenizá-lo, senão com relação à parcela não amortizada do capital representada pelos equipamentos necessários ao serviço e que reverterão ao concedente".

19. Note-se, além disto, que seriam até mesmo perigosamente inconvenientes disposições legais ou do ato concessivo que previssessem solução diversa, pois o concessionário ficaria gravemente exposto a riscos enormes, tanto mais graves quanto maiores fossem os investimentos necessários à boa prestação do serviço. Se a caducidade fosse decretada ainda em uma primeira fase da concessão, quando a amortização do capital ainda estivesse se iniciando, o prejuízo a que o concessionário estaria exposto atingiria proporções gigantescas e, evidentemente, abusivas. Dir-se-á que dependeria apenas dele, por sua conduta satisfatória eximir-se de tais riscos, pois a Administração, animada de ponderação, equilíbrio e senso de justiça, coibir-se-ia de adotar tal providência radical, salvo quando absolutamente indispensável. Esta assertiva, particularmente entre nós, ainda estaria por ser demonstrada. Em verdade, nada concorre para poder-se receber com segurança teses que se assentassem no pressuposto de que a Administração prima pela serenidade, imparcialidade, moralidade e equilíbrio. Onde, atribuir ao Poder Público poderes excessivamente amplos e que lhe ensejem ação devastadora sobre o patrimônio da contraparte, longe de concorrer para uma segurança maior na realização do interesse público, pode servir para ensejar situações dele radicalmente divorciadas e até mesmo, desgraçadamente, para alimentar procedimentos inortodoxos, lesivos aos preceitos da moralidade administrativa.

Mesmo prescindindo-se destas razões, mesmo adotando-se o pressuposto de que se pode e deve confiar, ao menos em princípio, na ponderação, equilíbrio e impessoalidade da Administração, ainda assim, seria indesejável cláusula que lhe atribuisse poder tão devastador em relação ao patrimônio do concessionário, pois só os empresários mais imprudentes ou definitivamente imprudentes é que se abalanchariam a engajar-se em vínculo jurídico no qual estivessem expostos a riscos de tanta magnitude — e não são deste feitio os contratantes que convêm ao Poder Público'

20. Com efeito, o direito, as leis e os contratos escritos e formalizados seriam inteiramente despiciendo se as partes de qualquer negócio jurídico pudessem entregar-se, uma nas mãos da outra, confiadas reciprocamente na integral correção, lealdade e sereno senso de justiça com que cada qual agiria. As formalizações do direito existem pela necessidade que os homens têm de precatar-se e de garantir-se uns contra os outros, prevenindo-se do risco de ficarem à mercê da vontade ou decisão alheia quando seus interesses possam se encontrar em contraste. Onde, tirante alguma hipótese invulgar, inapta a servir de paradigma, só um irresponsável ou um panglossiano otimista, se engajaria em vínculo de concessão no qual o concedente pudesse, diante de falta grave do concessionário, apoderar-se, sem indenização, da parcela ainda não amortizada do capital invertido e substanciado no acervo aplicado ao serviço. Logo, cláusula do gênero não teria outro préstimo senão afastar justamente os empreendedores mais confiáveis e equilibrados.

## DIREITO ADQUIRIDO E COISA JULGADA COMO GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

HUGO DE BRITO MACHADO

Juiz do TRF da 5ª Região - Professor Titular de Direito Tributário da UFC - Ex-Procurador da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é direito adquirido. 3. O que é coisa julgada. 4. O direito adquirido e a coisa julgada como questões constitucionais. 4.1. Direito adquirido contra a Constituição. 4.2. Coisa julgada contra a Constituição. 4.3. O direito adquirido como questão constitucional. 5. Direito adquirido, coisa julgada e isonomia. 6. Direito adquirido e isonomia. 7. Segurança e justiça na aplicação do art. 40, § 4º, da CF de 88.

### 1. Introdução

Não obstante antigas, as questões pertinentes ao direito adquirido, e à coisa julgada, estão ainda a exigir elaboração doutrinária. Muitas, até relativamente simples, desafiam juízes e tribunais, precisamente à míngua de esclarecimentos que a doutrina não tem divulgado.

As obras clássicas geralmente são pouco lidas. Os práticos procuram resolver tudo sem teoria alguma, e os teóricos, muitos deles, teorizam sem objetividade.

Temos sustentado que a teoria só encontra razão de ser na possibilidade de sua aplicação. Assim, teoria desligada da realidade é inútil. A prática, por seu turno, há de ter apoio seguro na teoria, posto que nenhuma experiência produzirá bons resultados sem o conhecimento teórico, capaz de lhe emprestar harmonia e segurança.

É certo, também, que na experiência muita vez se constrói, ou se aperfeiçoa a teoria, até porque, a rigor, teoria e prática não são coisas essencialmente diferentes. Teoria e prática na verdade se entrelaçam. A primeira descreve experiências anteriores, harmonizando os seus resultados, explicando as relações de casualidade, ou de imputação. Com a segunda procede-se à verificação do já conhecido. Sua utilização para o atendimento das necessidades humanas. A diferença não se situa entre a teoria e a prática, mas entre a pessoa que busca o atendimento daquelas necessidades com maior, ou

com menor conhecimento dos caminhos que deve trilhar. Usando, como ferramenta de trabalho, o que já é conhecido e explicado teoricamente, e buscando melhorar tal conhecimento. Ou então, desprovida deste, pelos caminhos incertos do empirismo.

No âmbito do Direito, esse "homem prático" é conhecido como rábula. Conhece dispositivos isolados, que conserva na memória e invoca com frequência. Não conhece o sistema. É incapaz de distinguir um princípio jurídico de uma norma. É incapaz de distinguir o significado jurídico de um fato, de seu sentido natural, não jurídico. É incapaz de trabalhar com os conceitos da Ciência do Direito para extrair das normas o que nelas está implícito. No dizer de GERALDO ATALIBA, vê a árvore, mas ignora a floresta.

Não estamos, porém, a fazer a apologia do teórico. Preconizamos, isto sim, a busca de soluções práticas, calcadas em seguros fundamentos que a teoria nos oferece.

É com este espírito que vamos examinar alguns aspectos dos institutos do direito adquirido, e da coisa julgada.

## 2. O que é direito adquirido.

Todo conceito jurídico é problemático, e o de direito adquirido não foge à regra. Há mesmo quem diga que todo direito, ou foi adquirido, ou não existe. A expressão direito adquirido, assim, seria desprovida de significação.

Não é bem assim. As palavras e as expressões albergam significados que ultrapassam aquele resultante de sua expressão literal ou etimológica. Significados que lhes atribuem o uso continuado em determinado contexto. Assim ocorre com o conceito de direito adquirido.

Inicialmente, a idéia de direito limitou-se ao âmbito do direito privado. Depois evoluiu para o direito público. Permanece, porém, ligada à idéia de patrimônio. Direito adquirido é, como todo direito, um efeito da incidência da norma sobre o seu suporte fático. Sua existência, pois, pressupõe consumado esteja o fato que participa de sua formação. Particulariza-se, porém, pelo conteúdo patrimonial que lhe confere especificidade.

O ter conteúdo patrimonial, contudo, não significa que não possa residir em relações de direito público, como as

que se estabelecem entre o contribuinte e o fisco, ou entre o servidor e a Administração. Mas o direito que se pode qualificar como adquirido, nessas relações, é sempre pertinente ao patrimônio do indivíduo. Não se pode, por exemplo, cogitar de direito adquirido ao modo de exercer uma função pública, embora se possa falar de direito adquirido à remuneração do servidor, ou aos proventos de sua aposentadoria.

Não se há de confundir a aquisição do direito, com o seu exercício. A súmula 359 do STF continha, pois, um evidente equívoco, ao dizer que os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários à aposentadoria, inclusive a apresentação do requerimento, quando se trate de aposentadoria voluntária. Por isto sua redação veio a ser alterada, para exclusão da parte final, relativa à apresentação do requerimento. Na verdade o direito à aposentadoria é adquirido no momento em que o servidor reúne os requisitos legais para aposentar-se. O requerimento não diz respeito à formação do direito, mas a seu exercício. Esta é a lição que nos deu, em magnífica sentença, o então Juiz Federal em Minas Gerais, e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mario da Silva Velloso: "se há reunião de todos os requisitos para aposentar-se, opera-se, de imediato, a aquisição de um direito, irrelevante a circunstância de não ter o titular exercido o direito que lhe competia".<sup>1</sup>

## 3. O que é coisa julgada.

Diz-se coisa julgada a situação, juridicamente imutável criada por uma sentença contra a qual não caiba mais recurso. Ou, nas palavras do Professor ALBUQUERQUE ROCHA, "a proibição imposta a todos os juízes de pronunciarem-se sobre situação jurídica substancial já definida por sentença não mais sujeita a recurso".<sup>2</sup>

É resultado de uma opção política do legislador. Entre a permanente possibilidade de revisão dos julgados, e a segurança e estabilidade das relações jurídicas já apreciadas, preferiu o legislador esta última.

Não nos parece que se trate de uma opção pelo valor segurança em detrimento do valor justiça, como assevera CELSO NEVES.<sup>3</sup> Embora se admita que a coisa julgada preserve a segurança, não se pode dizer que o faz em detrimento

1 — RDP vol. 21, p. 175

2 — Teoria Geral do Processo, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 227.

3 — Coisa Julgada Civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, p. 216

da justiça, pois, se em alguns casos, esse valor supremo pode ser sacrificado, é certo que não se pode, em princípio, afirmar que o julgado proferido em reexame da questão seria mais justo que o anterior. Poderia até, em certos casos, ser menos justo. Por outro lado, nos casos de injustiça mais flagrante a ação rescisória funciona com valioso temperamento, ensejando que se busque o restabelecimento da justiça.

A coisa julgada pode ser: (a) **formal**, quando diz respeito apenas a um processo, valendo a imutabilidade apenas no âmbito do processo no qual foi a sentença proferida, e (b) **material**, quando a imutabilidade transcende os limites do processo, prevalecendo relativamente a qualquer outro.

A primeira acontece, por exemplo, quando não caiba mais recurso contra sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Exemplo importante de coisa julgada formal tem-se nas sentenças que extinguem o processo de execução, posto que neste não é posta em juízo questão a ensejar sentença de mérito.

A segunda ocorre quando a sentença tenha apreciado o mérito da controvérsia, e sua imutabilidade, portanto, implique impedimento ao reexame desta, em qualquer processo.

A coisa julgada tem limites subjetivos, e objetivos, cuja definição constitui um dos aspectos mais importantes no estudo do tema, a suscitar interessantes controvérsias, cuja abordagem, porém, não se comportam neste pequeno estudo.

#### **4. O direito adquirido e a coisa julgada como questões constitucionais.**

##### **4.1. Direito adquirido contra a Constituição.**

Tem sido afirmado, com relativa frequência, até por pessoas dotadas de saber jurídico, inexistir direito adquirido contra a Constituição. A assertiva é correta, em termos. Não tem, todavia, o sentido que muitos lhe querem atribuir. Para compreendê-la adequadamente é preciso distinguir a irretroatividade das normas jurídicas em geral, que é preceito de lógica jurídica, da garantia decorrente de preceito de determinado ordenamento jurídico, como o residente no art. 5º, item XXXVI, de nossa Constituição Federal de 1988, segundo o qual a "lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 27/41 — Mar 1988

O princípio da irretroatividade, posto no plano da Teoria Geral do Direito, tem fundamento lógico-jurídico. Na verdade norma nenhuma retroage, pois o tempo é irreversível. O que pode haver é aplicação da lei, no presente, a certos efeitos de fatos ocorridos no passado. Isto, porém, só excepcionalmente se admite. A regra é a aplicação de lei apenas aos fatos posteriores ao início de sua vigência. A não ser assim, ter-se-ia destruído o próprio Direito, pela negação de sua principal finalidade, que é a de assegurar a estabilidade social.

O princípio de lógica jurídica, que nos ordenamentos se expressa nos preceitos indicativos do início da vigência das leis, como de outras normas, não impede que o legislador, em certos casos, determine expressamente a aplicação da norma a certos efeitos de fatos ocorridos anteriormente. É dirigido ao intérprete ou aplicador da norma, não ao legislador, que tem o poder de fazer leis aplicáveis a projeções atuais de fatos do passado. Se deseja fazê-lo, estabelecerá norma expressa neste sentido. Se a norma é silente, quanto a este aspecto, evidentemente só será aplicável a fatos futuros, vale dizer, ocorridos depois do início de sua vigência.

A inscrição do princípio da irretroatividade no texto constitucional tem o objetivo de limitar o poder do legislador. É precaução do constituinte contra o arbítrio. No Brasil, somente a Constituição de 1937, sabidamente autoritária, fruto da ditadura getuliana, omitiu essa garantia. Entretanto, como explicou o notável FRANCISCO CAMPOS, seu principal elaborador e Ministro da Justiça de Getúlio, tal omissão não significou a adoção do princípio contrário, isto é, o princípio da irretroatividade. Teve apenas o objetivo de afastar a limitação ao Poder Legislativo.<sup>4</sup>

A Constituição, sabemos todos, é um conjunto de normas hierarquicamente superiores. Assim, se nela reside norma como a do art. 5º, item XXXVI, de nossa Constituição Federal de 1988, estabelecendo que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", fica limitado o arbítrio do Poder Legislativo, pois a lei ordinária, como as demais normas inferiores, não poderão ser aplicadas a projeções de fatos anteriores ao início da respectiva vigência, ainda que contenham determinação expressa neste sentido. Essa determinação expressa será inconstitucional.

<sup>4</sup> — Cf. CLAUDIO PACHECO, Tratado das Constituições Brasileiras, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, vol. X, p. 43.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 27/41 — Mar 1988

Nada, entretanto, impede que o próprio constituinte, ao fazer a Constituição, ou ao emendá-la, determine expressamente que o preceito novo aplica-se a projeções de fatos anteriores, pois a limitação residente no princípio da irretroatividade, mesmo inscrito na Constituição, a ele não se dirige. Se, todavia, o legislador constituinte estabelece regra nova, e nada diz a respeito de sua aplicação no tempo, essa regra nova somente se aplica a fatos ocorridos depois do início de sua vigência. Não por força do preceito constitucional da irretroatividade, mas por força do preceito de lógica jurídica, que se dirige ao intérprete e ao aplicador do Direito.

É nítida a distinção entre o princípio da irretroatividade das leis, no plano da lógica jurídica, e esse mesmo princípio colocado no Direito Positivo como garantia constitucional. Em qualquer dos casos ele pertence não apenas às leis, em sentido técnico, mas às normas jurídicas em geral, inclusive àquelas residentes da Constituição, entretanto, como princípio de lógica jurídica ele é dirigido apenas ao intérprete ou aplicador dessas normas, e não protege os direitos adquiridos contra o arbítrio do legislador. Já como garantia constitucional, destina-se a limitar o Poder Legislativo, que fica obrigado a respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não estabelecendo norma expressamente aplicável a projeções de fatos do passado.

Diz-se que não existe direito adquirido contra a Constituição porque o legislador constituinte, laborando no plano da Lei Maior, não está submetido aos limites nela estabelecidos, e pode, portanto, dizer expressamente que determinada norma aplica-se a projeções de fatos do passado. Entretanto, se a Constituição nada dispõe a respeito de sua aplicação, a questão de direito intertemporal resolve-se pela irretroatividade, nos termos da lógica jurídica.

#### 4.2. Coisa julgada contra a Constituição

A coisa julgada constitui uma proteção contra o reexame das questões já decididas. Proteção que, em princípio, limita a atividade jurisdicional, mas de certa forma limita também a atividade legislativa. A final, o dispositivo constitucional assevera que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 27/41 — Mar 1993

A nível constitucional, portanto, a proteção se dirige contra o legislador, que não poderá modificar situações de fato consolidadas pelos efeitos da coisa julgada.

Sob este aspecto, tudo o que se disse a respeito do direito adquirido aplica-se também à coisa julgada. Se um dispositivo de lei afeta a coisa julgada, a garantia constitucional é invocável. Pode-se afirmar que o dispositivo legal é inconstitucional. Entretanto, se um dispositivo de própria constituição alcança situação objeto de coisa julgada, a garantia constitucional estará excepcionalmente afastada.

#### 4.3. O direito adquirido como questão constitucional

A questão de saber se uma decisão a respeito da ocorrência, ou não, de lesão a direito adquirido é decisão sobre constitucionalidade de lei, ganhou notável importância prática com o desdobramento, operado pelo constituinte de 1988, do antigo recurso extraordinário. Se a decisão que assegura o direito adquirido declara a inconstitucionalidade da lei, o recurso cabível é o extraordinário, para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.<sup>5</sup> Se a questão não é de inconstitucionalidade, o recurso cabível é o especial, para o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O estudo dessa questão ganhou ainda maior relevo com a divergência instaurada entre os ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que por maioria de votos, não conheceu de ação declaratória de inconstitucionalidade, no ponto em que se alega violação de direito adquirido.<sup>6</sup>

A decisão a respeito da questão de saber se ocorreu, ou não, lesão a um direito adquirido, pode implicar declaração de inconstitucionalidade de lei. E pode não implicar. Não é correta para todos os casos uma solução afirmativa, nem uma solução negativa. Impõe-se uma distinção para a qual geralmente não se tem dado atenção. É preciso, para definir-se a lesão a um direito adquirido como questão constitucional, verificar se a lei determina sua aplicação de sorte a atingir fatos do passado, ou se, diversamente, essa aplicação da lei a fatos do passado, causadora da lesão ao direito adquirido, decorre apenas de uma interpretação da autoridade a quem cabe fazer sua aplicação.

5 — CF art. 102, inciso III, alínea "b"

6 — ADIn nº 613-4. Repertório IOB de Jurisprudência nº 10/93, p. 183/184.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 27/41 — Mar 1993

Se o dispositivo legal nenhuma determinação contém no sentido de sua aplicação a fatos consumados antes de sua entrada em vigor, e se tal aplicação acontece, atingindo direitos adquiridos, é indubitoso que a lesão a esses direitos resultou simplesmente de uma aplicação indevida. Não há, na lei, nenhum elemento que possa considerar contrário à constituição. Não se pode, assim, dizer que a lei é inconstitucional. A rigor, pode-se afirmar que a lei não incidiu sobre nenhum fato passado. Por isto mesmo sua aplicação a estes é indevida. Neste caso, a decisão que assegura o direito adquirido não implica declarar a lei inconstitucional. Incabível, em tal caso, ação declaratória de inconstitucionalidade, posto que não se está questionando a inconstitucionalidade da lei, mas do ato que a aplica.

Entretanto, se a lei determina expressamente que sua aplicação deve alcançar fatos já consumados, a situação é diversa. Aqui, há na própria lei elemento que a torna inconstitucional. Não é possível, pois, neste caso, assegurar o direito adquirido sem declarar essa inconstitucionalidade. Neste caso, portanto, é cabível a ação declaratória de inconstitucionalidade, ao fundamento de haver sido atingido direito adquirido.

Em outras palavras, no primeiro caso, o vício de inconstitucionalidade não reside na lei, mas no ato que a aplica, e por isto a decisão que assegura o direito adquirido apenas a este se reporta. É apenas este que é retirado do mundo jurídico. A invalidade afirmada pela decisão é apenas do ato de concreção, que se tem como indevidamente praticado. No segundo caso, porém, como a própria lei determina expressamente a sua aplicação de sorte a alcançar direitos adquiridos, é impossível deixar de fazer tal aplicação sem ter de declarar que tal lei é inconstitucional. O vício de inconstitucionalidade reside na própria lei, e por isto não pode ser sanado sem a declaração de sua inconstitucionalidade.

Essa questão, que pode parecer simplesmente acadêmica, tem grande importância prática. Não apenas no que pertine ao recurso cabível, especial ou extraordinário, como já de início afirmamos, ou para definir-se o cabimento da ação declaratória de inconstitucionalidade. Também e especialmente, em se tratando de julgamento nos tribunais.

Com efeito, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade das leis.<sup>7</sup> Quando funcionar dividido em Câmaras ou Turmas, somente o plenário do Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade das leis.<sup>8</sup>

A decisão de uma Câmara, ou Turma, que reconhece direito adquirido contra disposição expressa de lei, está declarando a inconstitucionalidade desta, embora não o diga expressamente. E por isto é nula, porque proferida por autoridade incompetente. Não há interpretação capaz de assegurar direito adquirido, se a lei diz expressamente que se aplica àquela situação que se tem como consolidada antes do início de sua vigência. Se a aplicação que se tem como lesiva a um direito adquirido decorre de dispositivo legal expresso que a determina, e o órgão fracionário do Tribunal reconhece que na verdade há lesão a direito adquirido, a questão há de ser submetida ao Plenário do Tribunal.

#### 4.4. A coisa julgada como questão constitucional.

Também a questão de saber se a violência contra a coisa julgada configura uma questão constitucional não pode ser resolvida com uma resposta afirmativa, ou negativa, para todos os casos. Se uma lei disciplina determinada situação de certo modo, e nada diz a respeito da aplicação desse novo disciplinamento a situações amparadas pela coisa julgada, é evidente que a aplicação desse novo disciplinamento àquelas situações é que viola a coisa julgada. Entretanto, se a lei diz expressamente que o seu disciplinamento aplica-se inclusive àquelas situações, é a própria lei que violou a garantia da coisa julgada. Neste último caso, portanto, trata-se de lei inconstitucional.

Tudo quanto se disse, pois, relativamente ao direito adquirido como garantia constitucional, aplica-se também no que pertine à coisa julgada.

Ressalte-se, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade, na denominada via de exceção, ou controle difuso de constitucionalidade, pode ser proferida por qualquer juiz. Entretanto, se o órgão judiciário a manifestar-se sobre tal questão é um Tribunal, vale dizer, um órgão colegiado, a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei há de ser tomada

<sup>7</sup> - CF art. 97

<sup>8</sup> - CPC arts. 480/482.

pela maioria absoluta de seus membros. Por isto, só o plenário do Tribunal é competente para as questões de constitucionalidade.<sup>9</sup>

Assim, uma decisão de Turma, ou uma decisão de Plenário adotada por maioria simples, é contrária à Constituição, ensejando recurso extraordinário pela letra "a", do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal. Tal recurso é cabível, mesmo que a decisão tenha afirmado expressamente que não está examinando questão de constitucionalidade, mas de interpretação da lei, desde que essa interpretação seja flagrantemente descabida em face de dispositivo expresso na lei.

## 5. Direito adquirido, coisa julgada e isonomia.

### 5.1. A questão dos valores

Há quem sustente, com razão, que o jusnaturalismo procurou reduzir a idéia do Direito à do valor do justo, colocando-se em posição exatamente oposta à do positivismo, que considerou fundamentalmente o princípio da segurança.<sup>10</sup>

É claro que não se trata de exclusão, mas de prevalência. Jusnaturalistas não negam a necessidade de segurança, nem positivas negam a necessidade de justiça. "Sem ordem não há como fazer justiça, e sem justiça não há como manter a ordem."<sup>11</sup>

Cuida-se, na verdade, de conceitos que se completam para viabilizar a convivência. Não é possível, sem um mínimo de segurança, equacionar o relacionamento humano de forma justa. Nem é possível, sem a prática de soluções justas para os conflitos, evitar a convulsão social e a desordem.

Mas, se é certo que no plano da abstração as idéias de segurança e de justiça não são excludentes, e sim complementares, é certo também que diante de situações concretas muita vez a solução de um conflito exige que se estabeleça uma preferência, pois diante da situação específica se esta-

9 — Constituição Federal, art. 87.

10 — THEOPHILO CAVALCANTE FILHO, O Problema no Direito, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p. 78.

11 — ARNALDO VASCONCELOS, Teoria da Norma Jurídica, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 11.

belece um conflito. A idéia de justiça conduz a uma solução, enquanto a idéia de segurança conduz a solução oposta.

Para o positivista, há de prevalecer a solução que privilegia a idéia de segurança, enquanto para o jusnaturalista há de prevalecer a solução que privilegia a idéia de justiça. De todo, modo encontra-se na corrente do direito natural de origem divina, uma preocupação com a segurança jurídica. Como anota ALBERTO XAVIER, na doutrina de Pio XII está dito que "da ordem jurídica querida por Deus nasce o inalienável direito do homem à segurança e, por ele, uma esfera concreta do direito protegida contra todo o ataque arbitrário. E João XXIII, depois de repetir a doutrina de seu antecessor, assevera ser a segurança jurídica "um direito fundamental da pessoa."<sup>12</sup>

Há quem sustente que a justiça é um valor subordinante, enquanto a segurança é um valor secundário.<sup>13</sup> Poderia parecer, então, que havendo conflito entre uma e a outra, a primeira deve prevalecer.

Não se conhece, todavia, elemento universalmente válido para resolver essa questão. Nem mesmo o elemento teleológico, tantas vezes invocado, é universalmente válido. Como ensina RADBRUCH, os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a justiça e a segurança. São relativos não somente a idéia do fim, mas também a própria determinação da hierarquia ou das relações de primazia a ser estabelecida entre esses três elementos.<sup>14</sup>

Também não se tem como superar a polêmica em torno da questão de saber se o princípio de justiça, como o da segurança, são princípios jurídicos, ou metajurídicos. Em outras palavras, a questão de saber da necessidade, ou não da inclusão destes na Constituição, ou nas leis. Os positivistas certamente dirão que a justiça, e segurança, são idéias. São cogitações filosóficas, e, portanto, metajurídicas. Em consequência, para que prevaleçam, devem ser acolhidas pelo ordenamento jurídico positivo. Já os jusnaturalistas dirão que se

12 — ALBERTO XAVIER, Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 5.

13 — THEOPHILO CAVALCANTE FILHO, O Problema da Segurança no Direito, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p. 83.

14 — GUSTAV RADBRUCH, Filosofia do Direito, 5ª edição, tradução do Prof. L. Cabral de Menezes, Arménio Amado, Coimbra, 1974, p. 162.



trata de princípios fundamentais do direito natural, cuja prevalência decorre do fato de serem os fundamentos de todo e qualquer ordenamento jurídico.

A polêmica não tem fim.

De todo modo, podemos afirmar que, sem um fundamento que alcance até o âmbito da filosofia, não podem ser resolvidas as questões da aplicação e da interpretação das leis.<sup>15</sup>

Por isto parece-nos que Direito não pode ser objeto apenas da ciência, no sentido positivista. Dele se ocupam a ciência, a sociologia e a filosofia, como bem demonstrou PAULO BONAVIDES.<sup>16</sup>

Para os jusnaturalistas, não há dúvida de que a segurança é um princípio jurídico fundamental. Numa concepção rigorosamente positivista, porém, a segurança é uma *idéia* que o ordenamento jurídico deve realizar. Não se trata de um princípio jurídico, a não ser quando e enquanto encartado no direito positivo.

Para nós, a segurança é um ideal. Não é, em si mesma, um princípio jurídico. Mas sua presença nos ordenamentos jurídicos dos diversos países revela-se em normas as mais diversas, entre as quais estão as que, albergadas pela Constituição, garantem a irretroatividade das leis, vale dizer, protegem o direito adquirido e a coisa julgada.

Já a garantia de tratamento isonômico, vale dizer, a consagração constitucional do princípio da isonomia, destina-se preservação do valor *justiça*.

### 5.2. A posição do STF

O juiz decide segundo o que lhe parece ser o justo. Busca, é certo, fundamentar sua decisão com elementos do direito positivo, mas o rumo de sua decisão é sempre fixado em função desse valor essencial.

Na ementa de um julgado do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, da lavra do eminente Ministro MARCO AURELIO, está expressa essa *idéia*: "Ao examinar a lide, o Magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a

15 — JAN SCHAPP, *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*, trad. de Ernildo Stein, Sérgio Antonio Fabrijs, Porto Alegre, 1986, p. 7.

16 — PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 306/307

respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la."<sup>17</sup>

Indicada está, assim, a prevalência do valor *justiça*. Entretanto, a dificuldade surge quando a decisão que nos parece justa, num determinado caso, conflita com o direito adquirido, ou a coisa julgada. Em outras palavras, a dificuldade surge quando nos deparamos com um conflito entre os princípios nos quais se expressam os valores fundamentais da *justiça* e da *segurança*.

Esse conflito foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, quando teve de resolver se daria prevalência ao princípio da justa indenização nas desapropriações, ou ao da coisa julgada. Na verdade estavam em conflito, naquele caso, os valores *justiça*, e *segurança*. E a Corte Maior, deu prevalência ao primeiro.<sup>18</sup>

### 6. Direito adquirido e isonomia.

Não apenas o conflito entre a *segurança* e a *justiça* impõe o sacrifício de um, com a prevalência do outro. Há situações nas quais, embora inócua o conflito, o respeito ao direito adquirido, expressão do valor *segurança*, e a prática da isonomia, expressão do valor *justiça*, podem inviabilizar as mudanças indispensáveis ao aperfeiçoamento das instituições.

A questão dos currículos universitários já ofertou notável exemplo a demonstrar a procedência desta tese. Alunos matriculados antes de determinada mudança no currículo do curso que estavam freqüentando, impetraram e obtiveram mandado de *segurança* para escapar às novas exigências. Alegaram que, iniciados os seus cursos anteriormente, tinham direito adquirido a neles prosseguir, sem tais mudanças. Em seguida, alunos que ingressaram naqueles cursos depois das alterações curriculares questionadas, impetraram também, e obtiveram, mandado de *segurança* para a estas não se submeterem, com fundamento no princípio da isonomia.

É evidente que, em casos assim, garantir aos antigos proteção contra as mudanças, com fundamento no princípio

17 — RDP, nº 100 p. 175.

18 — RDP, nº 100, p. 175 e seqs.

do direito adquirido, e aos novos garantir também a mesma proteção, com fundamento na isonomia, é inviabilizar toda e qualquer mudança.

#### 7. Segurança e justiça na aplicação do art. 40, § 4º, da CF de 88

Estabelece o § 4º, do art. 40, da vigente Constituição, que "os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei".

A regra tem amplo alcance, que lhe empresta a interpretação teleológica. A finalidade do preceito é eliminar verdadeiras iniquidades, resultantes de táticas adotadas pela Administração, no sentido de viabilizar aumentos de vencimentos do pessoal em atividade, sem o correspondente aumento dos inativos, dos quais já não precisa, e aos quais por isto não precisaria agradecer. Nenhuma forma de aumento da remuneração do pessoal em atividade deixará de ser considerada na revisão imediata, e na mesma proporção, dos proventos dos inativos.

Ainda que o auferimento da vantagem esteja a depender de requisitos que somente os servidores em atividade podem atender, sua concessão implica o dever de reajustar os proventos dos inativos. Admitir o contrário seria abrir caminho largo para a Administração burlar o preceito constitucional.

Ocorre que a mesma Constituição instituiu limites à remuneração de servidores,<sup>19</sup> em razão dos quais se deu, em alguns casos, a redução de vencimentos. Surgiu, então, a questão de saber se essa redução podia alcançar os proventos dos que se haviam aposentado antes do advento da Constituição. Teriam estes direito adquirido aos proventos, nos termos da lei em vigor na data em que reuniram os requisitos para a aposentação.

<sup>19</sup> — Art. 37

O art. 17, do ADCT, entretanto, estabelece que "os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo pagos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título."

Mesmo assim há quem desenvolva, com muita argúcia, argumento no sentido de preservar o valor de antigas aposentadorias.

Parece-nos, porém, que deve prevalecer o princípio da justiça, expresso, aqui, na equiparação entre os proventos e a remuneração dos que estão em atividade. A interpretação contextual da Constituição conduz inexoravelmente à conclusão de que se deve assegurar, aos que se aposentaram e estão recebendo menos do que perceberiam se estivessem ainda em atividade, o direito à revisão e conseqüente equiparação enquanto em contrapartida se impõe, aos que estão recebendo proventos maiores a redução destes, com a conseqüente equiparação.

É a clara opção feita pelo constituinte de 1988, no sentido da prevalência do princípio da justiça, a garantir a isonomia. E esta na verdade se impõe, por ser o mais fundamental de todos os princípios jurídicos.

## **DISTINÇÃO ENTRE "CONTROLE SOCIAL DO PODER" E "PARTICIPAÇÃO POPULAR"**

**CARLOS AYRES BRITO**

Mestre em Direito Constitucional - PUC-SP,  
Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe.

**SUMÁRIO:** 1. O Controle Social do Poder, Como Forma de Exercício dos Direitos de Liberdade e de Cidadania; 2. O Controle Social do Poder, Como Expressão de Direito Público Subjetivo, e Não Como Expressão de Poder Político; 3. O Poder Político e Sua Essência Normante; 4. A Participação Popular, Como Expressão de Poder Político, e Não Como Expressão de Direito Público Subjetivo; 5. A Participação Popular e o Advento da Democracia Participativa.

### **1. O Controle Social do Poder, Como Forma de Exercício dos Direitos de Liberdade e de Cidadania**

1.1. Nos dicionários da língua portuguesa, controle é verificação, investigação, fiscalização. Ato de penetrar na intimidade de algo ou de alguém, com "animus sindicandi". Pois com esse mesmo sentido é que o vocábulo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, ao dispor sobre o controle externo o controle interno da União, o fez debaixo de seção normativa que começa com o nome "fiscalização" ("Da fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária", conforme se vê da seção IX do capítulo I do título IV). Um pouco antes, a Carta de Outubro já havia associado os termos "controle" e "fiscalização", enquanto atribuição do Congresso Nacional que tem por objeto os atos do Poder Executivo (inciso X do art. 49). Enfim, insistiu na preservação do sentido fiscalizatório da palavra, já agora a propósito das funções institucionais do Ministério Público, por ela, a Constituição, encarregado de exercer "o controle externo da atividade policial" (inciso VII do art. 129).

1.2. Essa fiscalização constitucional opera no interior da própria máquina estatal (já o vimos), como opera de fora dessa máquina para dentro dela (já veremos). É uma fisca-

lização que recai sobre o poder, sobre o governo, para se saber até que ponto as autoridades públicas são cumpridoras dos seus deveres para com as pessoas humanas, as associações e a coletividade em geral.

1.3. Pois bem, a fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, a exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil. A ela é que se aplica a expressão "controle popular" ou "controle social do poder", para evidenciar o fato de que a população tem satisfação a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos.

1.4. E por onde começa a Lei Maior o disciplinamento desse controle social do poder? Começa, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do título do título II). Ora para habilitar o particular a saber das coisas do Estado com vista à defesa de direito ou de interesse pessoal, ora para habilitar o particular a saber das coisas do Estado com vista à defesa de direito ou de interesse geral: ou seja, a Constituição tanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que só repercutem no universo particular do sindicante, quanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que repercutem no universo social por inteiro.

1.4. Assim, quando o Código Supremo reza que todos têm direito "a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal" (alínea "b" do inciso XXXIV do art. 5º), ela está protegendo o particular enquanto particular; quer dizer, o indivíduo tomado como um universo em si mesmo, um mundo inteiramente à parte, pelo fato exclusivo da humanidade que "mora" nesse indivíduo. Quando, porém, a Lei Fundamental prescreve que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural..." (inciso LXXIII do art. 5º), ela está protegendo o indivíduo enquanto membro da "polis", habitante da "civitas", sócio do Estado ou parte de um todo que o abarca e o supera, enfim, que é o cidadão.

1.5. Na primeira hipótese, a Constituição homenageia valores da individualidade, ou "bens de personalidade individual". Na segunda, valores da sociabilidade, ou "bens de personalidade social". Aqui o controle do poder assume a forma de exercício dos direitos de cidadania. Ali, torna-se expressão dos direitos de liberdade (\*). Mas numa como noutra suposição, a finalidade e os efeitos do controle têm as mesmas características centrais, como passamos a demonstrar.

## 2. O Controle Social do Poder, Como Expressão de Direito Público Subjetivo, e Não Como Expressão de Poder Político.

2.1. Ora, proclamar que o controle popular do poder é forma de exercício dos direitos de liberdade, ou de cidadania, é considerá-lo enquanto direito público subjetivo; isto é, um direito referido a um sujeito privado, expressamente adjetivado como indivíduo, cidadão, nacional, trabalhador, adolescente, criança (quem faz a adjetivação é a Constituição mesma), porém com a particularidade de que o seu exercício opera às custas do Poder Público. É exprimir, direito subjetivo que tem por contraponto um específico dever estatal, uma ação ou omissão (conforme o caso) diretamente cobrável do Estado.

2.2. Assim entendidas as coisas, é de se perguntar: qual a finalidade do controle social do poder, enquanto direito público subjetivo? Esta: forçar o Estado a acatar a conduta do particular perante ele, Estado, porque o gozo do direito subjetivo implica o assunção de uma conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público. Por exemplo, se o direito

(\*) A distinção que estamos a fazer, no interior do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, é simplesmente esta: chamamos de "direitos de liberdade" os direitos individuais e os coletivos oponíveis ao poder político, ou, em certa medida, CONTRA ESSE PODER, tendo por beneficiário o indivíduo ou, então, o grupo que exerce tais direitos; e chamamos de "direitos de cidadania" aqueles igualmente oponíveis ao poder político, ou, em certa medida, CONTRA ESSE PODER, mas tendo por beneficiário o conjunto da sociedade (e não a pessoa isolada que aciona tais direitos). Equivale a reconhecer, por conseguinte, que a cidadania está presente no capítulo em foco, e não apenas no subconjunto normativo que a Lei Fundamental designa por "Direitos Políticos". Aliás, os direitos de cidadania também circulam para além do próprio capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, bastando lembrar a seguinte passagem do título aberto ao Poder Legislativo: "Qualquer cidadão (...) é parte legítima para na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União" (§ 2º do art. 74). Mais ainda, entendemos que cidadão é o indivíduo habilitado a atuar em prol de toda a coletividade, seja ou não seja eleitor, como se dá na imputação a mandato eletivo (§ 10 do art. 14) e no questionamento da legitimidade das contas dos Municípios (§ 3º do art. 31).

consiste no recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 5º, inciso XXXIII, da C. F.), o conteúdo desse direito é a obtenção dessas informações. Se ele é traduzível na apresentação de reclamações quanto à prestação dos serviços públicos, a apuração da veracidade de tais reclamações é o modo pelo qual se atua o comando constitucional respectivo (§ 3º do art. 37). Logo, o que se busca não é exatamente traçar uma conduta futura para o Estado, mas obrigar o Estado a submeter-se às conseqüências todas da conduta já assumida pelo particular perante ele.

2.3. Com efeito, seja qual for a maneira pela qual o controle se manifeste (denúncia, representação, reclamação...), o objetivo do particular é simplesmente desfrutar de uma situação jurídica ativa CONTRA o Poder Público. Ele não quer formar propriamente a vontade do Estado, mas impor ao Estado a vontade dele, particular, que é a de penetrar na intimidade das repartições públicas para reconstruir fatos ou apurar responsabilidades(\*).

2.4. Do ângulo do Estado, então, os efeitos do controle social implicam uma posição de subalternidade ou "capitis deminutio". Qualquer que seja a forma de uso do direito ao controle o Estado é obrigado a "baixar a crista", passando a figurar numa relação jurídica concreta em que o direito subjetivo (alheio) passa a falar mais alto do que o poder político (próprio).

2.5. Não se pense, porém, que o poder político (que é um poder de mando, e, portanto, normante) sai das mãos do Estado e vai para as mãos do sujeito privado. Não! Para que o particular passe a deter o poder governativo, ele há-de estar habilitado a produzir normas jurídicas que expressem aquela "vontade geral" a que se referia ROUSSEAU, e não é bem isso que acontece. Em realidade, a regra condutora do direito subjetivo ao controle preexiste à manifestação da vontade individual e não aporta consigo uma autorização para o

(\*) Essa penetração da parte privada na intimidade das repartições públicas se faz, todavia, por intermédio do próprio Estado, pela circunstância de que "não existe liberdade que não seja garantida pelo Estado e, ao inverso, só um Estado controlado por cidadãos livres pode oferecer-lhes alguma dose razoável de segurança" (KARL POPPER, em THE OPEN SOCIETY AN ITS ENEMIES, 5ª edição, Revista LONDRES, 1986, 50/51).

seu titular agir enquanto editor normativo. A regra já está na Constituição, como na Constituição já estão as normas a ser observadas pelo Poder Público, em função da provocação controladora que lhe faz o particular.

2.6. Realmente, ao exercitar a faculdade do controle, a pessoa privada apenas peticiona ao Poder Público, encaminhando-lhe uma representação, uma reclamação, uma requisição de certidão, uma denúncia, enfim, como nesta hipótese: "Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União" (§ 2º do art. 74, há pouco transcrito em nota de rodapé). Mas sem expedir normas consubstanciadoras de comandos impositivos, à falta, justamente, da posse do poder político. Um poder, que se expressa pela edição de "um Direito Comum a todas as sociedades primárias englobadas na sociedade política", segundo o magistério do publicista MARCELO CAETANO, no seu DIREITO CONSTITUCIONAL, Vol. I, Forense, p. 20.

2.7. Para concluirmos este segmento temático, seja-nos permitido aduzir que o direito ao controle social do poder é tão direito público subjetivo quanto a liberdade de locomoção, o respeito à integridade física e moral do preso, a inviolabilidade domiciliar e tantos outros modelos constitucionais de direito público subjetivo, com a particularidade de pertencer ao rol dos direitos POLÍTICOS; quer dizer, direitos que exigem uma atuação comissiva (não a simples inação) do Estado-autoridade. Mas tal interferência nos negócios políticos do Estado não altera o fato de que o gozo do Direito subjetivo é tão-somente uma aplicação da Constituição, e não uma aplicação a que se segue a elaboração de uma nova regra jurídica estatal, com a participação obrigatória do setor privado. O controle é direito, e não poder, e fora do exercício do poder não há como o setor privado irrogar-se a prática de ações governamentais.

### 3. O Poder Político e Sua Essência Normante

3.1. Os politicólogos todos dizem que o poder político é o poder de definir e gerir os interesses gerais. Na sobredita lição do publicista luso MARCELO CAETANO, cuida-se de

"autoridade da coletividade sobre cada um dos seus membros, traduzida pela imposição de um Direito Comum a que todos, quer queiram quer não, têm de se submeter" (ob. cit., p. 20). Donde o vínculo funcional "Poder Político/Essência Normante", com que batizamos o presente tópico de estudo.

3.2. Muito bem! Mas será que a nossa Constituição faz do poder político um poder governamental que se exprime na criação de um Direito Objetivo que a todos se aplica? A resposta é positiva, bastando observar: primeiro, que os órgãos elementares do Estado são chamados de "Poderes"; segundo, que a cada um desses "Poderes" foi atribuída a competência de expedir atos realizadores das funções legislativa, executiva e judicante do Estado, chamados, conforme o caso, de "leis", "decretos" e "setenças"; ou seja, leis, decretos e sentenças que são os modos próprios de formação da vontade jurídica do Estado e, portanto, do Direito Objetivo que sobre todos recai, imperativamente.

3.3. Isto assente, fácil é deduzir que o controle social do poder não é forma de exercício do poder político. O agente privado a que assiste qualquer das vias de controle do Poder Público não se assume enquanto autoridade normante. Não produz uma regra nova de Direito, mas, simplesmente, aplica norma constitucional preexistente. Numa palavra, NÃO PARTICIPA do processo de elaboração jurídica, e, portanto, de participação popular não se cuida. Se, por acaso, da sua iniciativa controladora, vier a ser gestada uma regra de direito (até para desfazer uma outra insanavelmente viciada), a autoria do espécime jurídico novo será exclusivamente do Estado.

3.4. Participação popular, então, somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual a dizer: com a pessoa privada infundando CONSTITUTIVAMENTE na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político.

3.5. Enfim, a parêntese temática "poder político/essência normante" puxa outra, que é "participação popular/poder político", no sentido de que a participação do povo nos negócios do Estado só se dá pela via do exercício do poder governativo.

Servem de amostra os institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, que introduzem na produção do Direito do Estado um regime - digamos - de "economia mista".

#### 4. A Participação Popular, Como Expressão de Poder Político, e Não Como Expressão de Direito Público Subjetivo

4.1. O primeiro sinal de que participação popular é exercício do poder político já está no artigo introdutório da Constituição, que rotula a pessoa política total do Brasil (que é a Federação) como constitutiva de um "Estado Democrático de Direito"; isto é, um Estado cujo Direito se forma por necessária via popular, "democrática", de logo explicitada como a que se realiza pelo povo, "diretamente", ou por seus "representantes eleitos" (RAYMUNDO FAORO vê no fraseado "Estado Democrático de Direito" a significação de um "estado social, baseado em liberdades positivas, não só as liberdades negativas do estado liberal de direito", que não briga com o sentido técnico agora defendido).

4.2. E que significa exercer "diretamente" o poder político? Significa o povo assumindo-se enquanto instância deliberativa, tanto quanto se assumem como instância deliberativa os "representantes eleitos" por esse mesmo povo. Por isso mesmo é que a Lei Maior fala do voto direto e secreto, e mais do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, como formas de exercício da "soberania"; quer dizer, poder político máximo. Não importando para a teoria jurídica o nome de "Direitos Políticos" com que a Constituição rotula o capítulo respeitante à matéria, pois o que revela, para o hermeneuta, é o regime jurídico de cada qual daqueles institutos (voto, plebiscito, etc.).

4.3. Pois bem, outras modalidades há de ereção da sociedade civil a corpo deliberativo, em matéria de norma jurídica estatal, e a primeira delas é a que faz do simples cidadão um membro do Tribunal do Júri; ou seja, um particular que passa à condição de co-editor da norma concreta da sentença de condenação ou de absolvição do réu. É que a regra constitucional sobre a instituição do júri só é expressão de um direito público subjetivo, do ponto de vista do pronunciado; porque, para o cidadão transformado em juiz popular, ela materializa um genuíno poder político.

4.4. Já no campo da produção de atos administrativos, tudo começa com o seguinte versículo: "É assegurada a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação" (art. 10)). Sendo importante observar, nesta passagem, algo que se vai repetir algumas vezes: a Constituição enlaça o vocábulo "participação" a um termo detonador de ingerência decisória da parte privada, como "deliberação", "gestão", "soberania", "diretrizes", "formulação das políticas e no controle" (\*), de que servem de ancoradouro os artigos 7º (inciso XI), 14 ("caput"), 194 (inciso VII), 198 ("caput"), 204 (inciso II) e 206 (inciso VI).

4.5. Não é tudo, porque a prática direta de ações de governo também marca presença no campo da legislação, especificamente, como sucede nos casos de plebiscito para o reordenamento do quadro numérico das pessoas federadas dos Estados e dos Municípios (§§ 3º e 4º do art. 18). E tanto neste passo como nos demais, a interferência dos particulares não é para saber das coisas passadas do Estado, não é questionar atos oficiais já praticados, mas, isto sim, para formar um novo querer normativo de índole pública.

4.6. Por conseqüência, não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando constitucional que força o Estado a olhar para trás. A parte privada, o grupo, ou o conjunto da sociedade, nenhum deles pretende fazer da liberdade ou da cidadania um elemento de anulação do poder político, à base do "cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta" (CAMÕES). O objetivo colimado não é fazer "oposição" ao Governo — convenhamos —, mas "negociar" com ele a produção de uma nova regra jurídica pública. Aqui, uma emanação da soberania popular, e, deste, poder. Ali, uma emanação da cidadania, ou da liberdade, e, portanto, direito.

(\*) Aqui, no inc. II do art. 204, pela única vez a C. F. atrelou a palavra "participação" ao vocábulo "controle". Mas o fez, no claro sentido de que, quem tem o poder de formular a política administrativa da repartição pública, tem também o de controlar a respectiva execução. Tal como se dá com o Congresso Nacional, que, por titularizar a função de procriar as leis, tem a competência de fiscalizar sua execução. A lei é o dado primário, e a fiscalização, o dado secundário.

## 5. A Participação Popular e o Advento da Democracia Participativa

5.1. A título de ilustração do nosso pensamento, trabalhe-mos com a norma constitucional do inciso I do art. 93, assim verbaliza o seu comando:

"ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação" (sem os traços).

Pois bem, na parte que nos interessa, que diz a Lei Maior em suas linhas e entrelinhas? Diz o seguinte: 1º) que uma instituição da sociedade civil, por ela nominada, tem o poder de participar de todas as fases de um procedimento oficial necessário à expedição de um ato de nomeação que realiza a função administrativa do Estado; 2º) que essa instituição da sociedade civil permanece um segmento da sociedade civil (não se transmudando em órgão da sociedade estatal), ao interferir constitutivamente no processo de elaboração do ato de nomeação de um juiz togado; 3º) que o comparecimento da mesmíssima instituição privada é obrigatório, indescartável, ficando a salvo de condescendências ou da "boa vontade" do Poder Público (\*).

5.2. Pronto! São estas as características proeminentes da participação popular, que introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou "participativa". Tal como ocorre nas hipóteses do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, do júri e daquelas ordenações constitucionais em que setores privados têm sua presença assegurada nos colegiados dos órgãos e entidades da Administração Pública.

5.3. Numa palavra, a participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com

(\*) Embora tida por "autarquia especial" (logo, pessoa jurídica de direito público), a O.A.B. é versada pela Constituição de 1988 enquanto instituição da sociedade civil, congregadora dos advogados privados. A instituição rigorosamente pública, estatal, congregadora dos advogados públicos, é a "Advocacia Geral da União", conforme inteligência do art. 131, "caput", da Lei Fundamental.

os particulares (individual, ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução "Estado Democrático" (figurante no preâmbulo da Carta de Outubro) como sinônimo perfeito de "Estado Participativo".

5.4. A democracia brasileira já não é exclusivamente representativa, diz o parágrafo único do art. 19, resgatando o componente que faltava no célebre conceito lincolniano de que ela é o regime que realiza o governo do povo, PELO povo e para o povo (o regime exclusivamente representativo se traduz no governo do povo, mas sem o povo). Agora, como que se dá uma satisfação parcial a JEAN-JACQUES ROUSSEAU, para quem "a soberania não pode ser representada".

5.5. Em suma, os novos institutos da democracia direta redimensionam o princípio constitucional da soberania popular, permitindo-nos falar de uma democracia participativa. Pena que tais institutos ainda sejam de reduzido número e com baixo teor de eficacidae, a patentear o abismo que se rasga entre as promessas de arejamento político da Carta em vigor e os efeitos práticos que ela pode deflagrar por si mesma. Não assim quanto ao regramento dispensado ao controle social do poder, anote-se cujos mecanismos são mais numerosos e dotados de maior teor de operacionalidade. A liberdade e a cidadania à frente da soberania.

Aracaju, 1º de maio de 1992.

(\*) CARLOS AYRES BRITTO é mestre em Direito Constitucional pela PUC de São Paulo e Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe.



## O PAPEL DO MAGISTRADO BRASILEIRO NO ÂMBIO PENAL

AGAPITO MACHADO

Juiz Federal da 4ª Vara do Ceará

### I. AS FUNÇÕES DO ESTADO. A UNICIDADE DO PODER

1. A bem da verdade, não são três (3) os poderes, mas sim as funções do Estado. O poder é uno. As funções, harmônicas e independentes entre si (CF/88, art. 2º), é que são três (3), a saber: EXECUTIVA, LEGISLATIVA E JUDICIÁRIA.

2. As atribuições próprias e específicas de cada uma são: a) LEGISLATIVA — criar o direito positivo, portanto, dar nascimento à norma jurídica; b) EXECUTIVA — administrar e c) JUDICIÁRIA — aplicar a norma jurídico-constitucional aos casos concretos.

3. O poder Judiciário, portanto, não age de ofício, necessitando de ser provocado por aquele que se julga lesado, em seu direito por ato de terceiro, ainda que esse terceiro seja o próprio Estado, em nome de quem é elaborada a norma jurídica. A lei, como norma jurídica, é impessoal, geral e abstrata. O Judiciário, então, através de seus órgãos, realiza o controle da constitucionalidade da norma jurídica, tanto no âmbito concentrado como no difuso. Salvo em caso de Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88), o Poder Judiciário só pode agir como legislador negativo, vale dizer, abstando-se de aplicar uma lei que padece de vícios de inconstitucionalidade. Não podemos esquecer, todavia, que a lei traz em si a presunção "juris tantum" de constitucionalidade. Se pudesse o Judiciário sempre criar normas, estaria havendo invasão na esfera do Poder Legislativo, o que é vedado pela Constituição (art. 2º, da CF/88).

### II. DA JURISDIÇÃO PENAL E EXTRAPENAL

#### II.1. DA JURISDIÇÃO EXTRAPENAL

4. Jurisdição é o poder que tem o Juiz de dizer o direito no caso concreto, em determinado local e com força de definitividade (coisa julgada), quando acionado pelo lesado.

5. Os estudiosos dividem a jurisdição em duas: a penal e a extrapenal. Pelo critério da exclusão, tudo o que não for

penal, será extrapenal, (civil, constitucional, administrativo, processual civil, comercial, etc.)

6. Na chamada jurisdição extrapenal, é possível juridicamente que o Juiz funcione como legislador positivo, vale dizer, criando a norma (lei) para o caso concreto. Mas isto só lhe é possível na ausência da lei. É o processo conhecido por integração do Direito, previsto no art. 4º, da LINC e art. 126, do Código de Processo Civil, **verbis**: "O Juiz não se exime de setenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".

7. A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI) trouxe outra novidade: o **Mandado de Injunção**, cabível "sempre que a falta de normas regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Quanto à jurisdição eleitoral, o § 2º, do art. 5º, do ADCT da CF/88 dispôs que "na ausência de norma legal específica, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente."

## II.2. DA JURISDIÇÃO PENAL

8. Mesmo para os defensores do chamado **direito ou justiça alternativa** há consenso de que não há respaldo legal para a criação, pelo Juiz, de norma penal (incriminadora), por tanto, em matéria punitiva.

9. Como bem demonstra José Eduardo Faria, em seu livro **JUSTIÇA E CONFLITO** (Os Juizes em face dos novos movimentos sociais, RT), o Poder Judiciário se sente impotente ante os novos conflitos sociais. Se o Juiz monocrático — de primeiro grau — despreza a norma existente para criar a que melhor lhe aprouver no caso concreto, fazemos uma verdadeira **justiça alternativa**, atende sem dúvida, aos anseios populares mas sua decisão não se sustentará em grau de recurso. É que os Tribunais são muito conservadores. Se, todavia, o Juiz monocrático aplica a lei existente, vinda do Legislativo, verá sua decisão confirmada em grau de recurso, mas descumprida por aquele a quem se destina a ter efetividade (o jurisdicionado).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2(2) 53/79 — Mar 1983

Esse o dilema. Temos aí o exemplo típico no caso dos 147% da Previdência Social, o que acarreta conflito entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, o que é lamentável em um estado de direito.

10. Se pudesse o Juiz criar a norma que melhor lhe aprouvesse ante o reclamo social, a pena por descumprimento à decisão judicial seria realmente apta a fazê-la respeitar. Não haveria, como há, uma pena acanhada para o crime de desobediência (art. 330, do C. Penal), que varia de 15 dias a 6 meses de detenção, delito esse afiançável e facilmente prescritível retroativamente. Como se não bastasse, há quem entenda que o descumprimento à decisão judicial não constitui crime de desobediência (art. 330, do C.P.) nem de prevaricação (art. 319, do C.P.). É simplesmente uma situação atípica (Milton Flakes). O descumprimento à decisão judicial, quando muito, é um crime de responsabilidade, cuja Lei (4.898/65) não contempla todas as autoridades que são obrigadas a cumpri-la. É o caso de se perguntar: a quem interessa um Poder Judiciário forte? Por que não se cria um tipo penal próprio dentro do Capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a administração da justiça, com a pena mínima superior a dois (2) anos, tornando-o inafiançável e difícil de acarretar a famigerada prescrição retroativa, como já sugeri ao Ministro da Justiça e até ao Presidente do Supremo Tribunal, conforme trabalho publicado na RT e na Revista da Associação dos Juizes Federais (AJUFE)?

11. Portanto, no tocante à jurisdição penal, não há possibilidade alguma de aplicação do chamado processo de **integração do direito** por parte do Juiz. Não há campo para aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito quando se trata da liberdade individual, face aos rígidos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal.

12. Pelos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal, ninguém pode ser punido ou ter exacerbada sua conduta se, antes do fato, não existir lei disposta sobre a punição da conduta proibida. A legalidade e a anterioridade da lei penal são hoje princípios constitucionais (CF/88, art. 5º, XXXIX). Somente uma nova Assembléia Nacional Constituinte poderá revogar tais regras, que são fixas (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

13. Em matéria punitiva (jurisdição penal), o juiz só poderá funcionar como legislador **negativo**. Jamais positivamente, para

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2) 53/79 — Mar 1983

criar um tipo penal ou exacerbar a situação do réu, mesmo que ausente a lei. Só tem cabimento a analogia "in bona parte".

14. Para os leigos e aqueles da área jurídica que não conhecem a Constituição ou não querem aceitá-la e acham que o Juiz, em matéria penal, pode fazer tudo, só porque é o desejo da sociedade, seria o caso de se indagar: então, o Juiz pode aplicar a pena de morte a um cidadão porque o povo quer, fora da hipótese do inciso XIX do art. 84 da CF/88? Numa causa trabalhista, por exemplo, um Juiz pode acatar pedidos de reajuste de 1000% porque o povo quer? Quanta ingenuidade de quem pensa assim. Tais pessoas ou não querem aceitar a Constituição ou querem fazer média com o povo. O juiz é a lei e não a lei é o juiz. Se o juiz não fosse a lei, teríamos a pior ditadura, que é a do Judiciário. Não queiram experimentá-la, já que o Judiciário dá a palavra final. Para que a lei fosse o Juiz era preciso que a Constituição tivesse eliminado as funções do LEGISLATIVO, passando a existir apenas o EXECUTIVO e o JUDICIÁRIO. (art. 2º).

### III. O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

15. Aqueles que se dedicam ao estudo do Direito Penal sabem muito bem que a Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras vantagens aos cidadãos, acusados ou não, a saber:

a) "Art. 1º — A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos:

III — a dignidade da pessoa humana";

b) "Art. 4º — A República Federativa do Brasil, rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II — prevalência dos direitos humanos";

c) "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, nos termos seguintes:

I —

II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV —

V — É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X — São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI — A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII — É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XXXV — A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI —

XXXVII — Não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII — É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados;

a) a plenitude da defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX — Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL — A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

**XLII** — A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

**XLX** — Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

**XLVI** — A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

**XLVII** — Não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

**XLVIII** — A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

**XLIX** — É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

**L** — As presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

**LI** — Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

**LII** — Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

**LIII** — Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

**LIV** — Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

**LV** — Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

**LVI** — São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

**LVII** — Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

**LVIII** — O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

**LXI** — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

**LXII** — A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

**LXIII** — O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

**LXIV** — O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

**LXV** — A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

**LXVI** — Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

**LXVII** — Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário fiel;

**LXVIII** — Conceder-se-á "habeas corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXXIV — O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV — O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

16. O inquérito policial, por ser uma peça sigilosa e inquisitorial, não havendo acusado mas sim indiciado, tem sua importância apenas quanto à materialidade do delito, porque traz o exame de corpo de delito. Quanto à autoria, não tem valor senão quando, em juízo, o réu confirma sua confissão policial e tal se junta a outras provas. Fora daí, a autoria, segundo o próprio STF (AC 1143, DJ 14-09-73, pág. 6738, Min. Aliomar Baleeiro, HC 43042 - Rel. Min. Pedro Chaves, e outros AC 40.727, Rel. Min. Lima Torres, in RTJ 540/44), é aferível somente perante o Juiz, onde são assegurados ao réu ampla defesa e o contraditório. Todavia, para que o inquérito policial possa ter importância também quanto à autoria é necessário que o Delegado que o preside cumpra criteriosamente, dentre outros, o inciso LXIII, do art. 5º da CF/88, não só informando o preso de seus genéricos direitos, entre os quais o de permanecer calado, mas assegurando-lhe a assistência da família e principalmente de **advogado**. Evidentemente que tal assistência não será a ponto de já ali, na fase policial, ser exercida a ampla defesa, apesar, do inciso LV deixar transparecer isso aos acusados em geral. A assistência de advogado inibe a possível intimidação que o réu possa sofrer da autoridade policial. É que seria incrível o preso ter o direito constitucional de calar e depor contra si mesmo. A propósito do direito que tem o réu/preso de calar em seu depoimento, a doutrina entende que tal direito pode ser exercido inclusive durante o interrogatório judicial, estando, portanto, revogados os arts. 186 e 198, do CPP, não prevalecendo mais o aspecto demoníaco da lei de que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em seu prejuízo. No momento em que o acusado/preso/réu tem o direito de se calar, o seu interrogatório não mais se constitui um meio de prova mas sim um meio de defesa. Dirá ele (interrogando) apenas o que lhe interessar. Autores como Paulo Cláudio e João Batista Toto, in "Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição", editora Sergio Antonio Fabris, 1989, pág. 22/23, afirmam que: "Deste inciso, combinado com o de número LXIII ("o preso será infor-

mado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"), se extrai que, doravante, o indiciado e o acusado não mais serão o ponto central da investigação da verdade, não mais serão o sustentáculo da prova. Delegados de Polícia, Promotores e Juizes criminais vão ter que se esmerar na pesquisa da verdade mercê de outras provas, como as periciais, testemunhais, indiciárias, documentais etc., o que, convenhamos, significa notável progresso ante a postura anacrônica e um tanto medievalesca de enfoque do imputado como a fonte de prova por excelência. Nenhum prejuízo sofrerá a investigação da verdade com as mais expressas garantias. Ao contrário, a atividade probatória tornar-se-á muito mais perfeita e, por isso mesmo, muito mais eficaz no combate à delinquência. Os últimos resquícios da pesquisa ocasionalmente despótica cederão lugar à busca inteligente da verdade. Outra será a imagem da polícia judiciária e da própria justiça criminal. A investigação da verdade com o propósito de fazer justiça será verdadeiramente científica. É o que se espera. De outro lado, nenhuma dúvida pode mais restar à derrogação do art. 186 do CPP, advertência ao réu de que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Espécie de cillada demoníaca da lei e na qual caíam geralmente os carentes. Outra norma draconiana que também jamais poderá ser invocada é a do artigo 198 (o silêncio do acusado como elemento de convicção do juiz), complementar na primeira. Isto sem prejuízo do nosso ponto de vista reiteradamente sustentado de que tais normas por atentatórias ao direito natural, nunca poderiam ter tido vigência num Estado de direito. Outras consequências do inciso LV em análise é a obrigatoriedade da presença do defensor ao ato interrogatório. Posto que... aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não pode mais haver dúvida de que, a partir da ciência da acusação, desencadeia-se a dialética probatória. Este, aliás, o ponto de vista enfocado pelo eminente professor Alair Terra na Semana de Estudos Jurídicos da PUC. Continuamos sustentando, no entanto, que se há de observar, não o contraditório pleno, no interrogatório do imputado, mas, sim, o contraditório restrito, em obediência a um princípio ainda maior e também de direito natural, que é a inviolabilidade do sacrário íntimo da consciência do imputado. Pois, de outro modo haveria possibilidade de devassa nesse recinto impenetrável da alma humana.

Somente o terceiro imparcial deverá interrogá-lo, observando-se o contraditório restrito, pela presença fiscalizante da acusação e da defesa. Evidente que esta questão se torna menos relevante na medida em que o acusado pode usar do direito de calar sem sofrer nenhum prejuízo.

17. As provas obtidas por meios ilícitos sequer deverão ingressar no processo (cfe. a CF/88, art. 5º, LVI). Todavia, face ao princípio constitucional da presunção de inocência do cidadão (LVII), penso que o Magistrado deverá deixar admitir os seus ingressos, para aferi-las apenas no tocante à **absolvição** do acusado. Jamais uma prova obtida ilícitamente conduzirá a uma condenação.

18. Se a prisão preventiva, quando já há início de um devido processo legal (LIV, art. 5º, CF/88) é de difícil decretação pelo Juiz, conforme entendem os Tribunais, é de duvidosa constitucionalidade a Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, em face dos incisos LIV, LV, LVII e LXVI, da CF/88. Daí porque a OAB já propôs junto ao STF ação de inconstitucionalidade questionando a referida lei.

19. Enquanto não for editada pelo Legislativo a lei a que se refere o inciso LVIII, do art. 5º, CF/88, ninguém poderá ser identificado criminalmente. Igualmente, enquanto não editada Lei pelo Legislativo, nenhum Juiz poderá autorizar a chamada **escuta telefônica** (XII, do art. 5º, CF/88). É que, segundo a doutrina e a jurisprudência, o art. 57, do Código de Telecomunicações, não resolve o problema. Quem determina a escuta do aparelho telefônico dos Presidentes da República, do Senado e da Câmara? Um Juiz singular? Quem autorizaria a escuta telefônica de um Delegado da Polícia Federal? Um juiz estadual! Por essas razões, é necessária a elaboração de Lei pelo Legislativo para, posteriormente, permitir a um juiz determinar o bloqueio de telefone para fins de investigação criminal ou instrução penal.

20. A responsabilidade penal objetiva foi definitivamente eliminada do nosso direito, na medida em que o inciso XLV, do art. 5º, da CF/88, dispõe que a lei regulará a individualização da pena enquanto que o inciso XLV diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado e, principalmente em face da "medida da culpabilidade" a que se refere o art. 29 do Código Penal, após a Lei nº 7.208/84. Ressalva-se apenas a "actio libera in causa", as contravenções e o preterdolo, segundo Magalhães Noronha.

21. Diante de tantos direitos conferidos constitucionalmente ao cidadão, seja ele de bem ou não, o Magistrado é obrigado a ter redobrada cautela para não condenar um inocente só à base de presunções ou desejo da imprensa e do povo leigo. "É melhor absolver um culpado do que condenar um inocente" (Roberto Lyra). "Condenar um possível delinqüente é condenar um possível inocente" (Nelson Hungria). A condenação exige certeza absoluta, não bastando sequer a alta probabilidade. A condenação de pessoas inocentes, fato que já ocorreu no Brasil em várias oportunidades, tem levado o Estado, por ato do Juiz que não cumpre a Lei e a CF/88 para atender aos anseios populares, a indenizar o condenado, seja por ter havido erro judiciário, seja porque o réu ficou preso além do tempo fixado na sentença. (LXXV, do art. 5º, CF/88). E por essa indenização quem paga é o povo, que contribui através dos tributos e não propriamente o juiz.

22. Se a Constituição Federal é liberal, generosa, iníqua e conduz à impunidade dos poderosos, aqueles que a elaboraram (os Juizes não a elaboraram) a revoguem, mas não se exija que o Juiz não lhe dê aplicabilidade. Afinal de contas, foi com sua promulgação que o Brasil teve restabelecido o **Estado de Direito** pelo qual muitos lutaram e morreram e, até hoje, as famílias procuram pelo menos as ossadas de seus entes queridos.

23. Já se disse que o Poder Judiciário não age de ofício, mormente após a CF/88. Destarte, para realizar um trabalho eficaz no combate à criminalidade é necessário:

1º) Que existam leis realmente eficazes, oriundas do Poder Legislativo. Conforme se demonstrará a seguir, é a lei brasileira a principal causadora da impunidade no Brasil;

2º) Que a Constituição Federal seja realmente regulamentada, pelo menos naquilo que propicie o combate efetivo a criminalidade. A escuta telefônica, por exemplo, na situação descrita pelo art. 5º, XII, da CF/88, bem que já poderia ter sido regulamentada para combater os **crimes hediondos**. Afinal de contas, já estamos em 1994;

3º) O Inquérito Policial precisa ser bem elaborado, com observância já nessa fase das regras constitu-

cionais antes referidas, para então ter ele, quanto à autoria, algum valor. A presença do MP já nessa fase é também indispensável como fiscal da lei (CF, art. 129, II).

49) A Denúncia não só deve ser bem elaborada, como acompanhada pelo MP, não ficando o juiz sozinho à busca da verdade real. Afinal de contas, o MP é parte tanto quanto o réu, incidindo a regra do art. 5º caput, da CF/88.

24. Bem se vê que, somente funcionando essas quatro (4) primeiras etapas, o judiciário terá nas mãos instrumentos realmente capazes de dirigir um processo para condenar os verdadeiros culpados. Fora daí é querer apenas que o Judiciário seja a palmatória do mundo, somente porque é o órgão que dá a última palavra sobre a liberdade humana.

25. Tem sido muito fácil as autoridades policiais realizarem os inquéritos sem observância da Constituição e dizerem que tudo está entregue à Justiça e que a Polícia prende e a Justiça solta. Isso é simplesmente querer expor o Poder Judiciário, que não deve ser responsabilizado pelos atos anteriores (existência de leis ineficazes, falta de regulamentação da Constituição, inquérito policial mal elaborado e denúncia não acompanhada pelo Ministério Público). Quem solta o preso é a LEI. O Juiz é apenas o instrumento para fazer cumprir a lei, como guardião maior dos direitos e garantias individuais. Se a lei é anacrônica e inflexível, que então o legislador a revogue.

26. Ao contrário da jurisdição extrapenal, o juiz, na penal, procura a verdade real, vale dizer, não fica à espera apenas do que possam produzir as partes. Mas é preciso entender que o juiz não pode se substituir ao Ministério Público que se mostrar inerte, porque então estaria tratando desigualmente o réu que é a outra parte, o que é vedado pelo art. 5º, caput, da CF/88. O MP é parte tanto quanto o réu. O juiz não pode ouvir testemunhas referidas apenas pelo cognome, sem endereço correto e atualizado, mormente quanto o réu responde ao processo preso, sob pena de dilatar a instrução criminal e propiciar a impetração de habeas corpus por excesso de prazo.

27. A impunidade, no Brasil, está muito ligada à ineficácia das Leis brasileiras. Vejamos apenas alguns casos:

a) A Lei Fleury, elaborada muito antes da CF/88, diz que o réu absolvido será logo posto em liberdade. É verdade que essa lei hoje está compatibilizada com a presunção de inocência do cidadão (art. 5º, LVII, da CF/88). Diz-se que, na época, referida lei surgiu apenas para beneficiar o antigo Delegado Fleury e, portanto, teria sido uma lei dirigida, o que terminou beneficiando vários bandidos;

b) O crime de estelionato (art. 171, do C.P.), o que mais tem causado prejuízo ao povo, tem a pena mínima fixada em 1 (um) ano de reclusão. Isso implica dizer que se o réu for primário e de bons antecedentes e inexistindo outro óbice (art. 59 c/c 68 do CP), normalmente, segundo o STF, será apenado, se condenado, nessa pena mínima de 1 (um) ano, o que equivale a dizer, não foi nem vai para a cadeia, seja porque o crime é afiançável, seja porque será beneficiário do Sursis. Portanto, a regra no Brasil é que 90% dos crimes são AFIANÇÁVEIS porque com pena mínima abstrata menor de 2 (dois) anos. E mesmo que haja condenação, CABERÁ O Sursis e a prescrição retroativa, que só existe no Brasil, termina inclusive por afastar o próprio direito punitivo (de ação) do Estado, em benefício dos delinquentes;

c) A Lei 8.072/90, por incrível que pareça, veio melhorar duplamente a situação dos traficantes de drogas. Primeiro, permitiu-lhes recorrer em liberdade, caso tenham respondido a processo solto e venham a ser condenados. Segundo, revogou o art. 14, da Lei 6.368/76. Hoje, a quadrilha só será considerada criminosa se tiver, no mínimo, quatro pessoas (antes, eram apenas duas) e a pena, que era de 3 a 10 anos de reclusão, ficou de 3 a 6 anos. Os aventureiros que dizem combater o tráfico de tóxico às custas de votos fáceis, não explicam com coerência por que aprovaram a revogação do art. 14, da Lei Antitóxico (Lei 6.368/76), que era muito mais rigorosa para os quadrilheiros;

d) Com raríssimas exceções, o condenado por crime previsto no C. Penal só cumprirá pena em regime fechado se apenado com mais de 08 (oito) anos de cadeia, o que, convenhamos, é bastante difícil.

## JUIZ, UM SACERDÓCIO

Na revista AJUFE, nº 30, um artigo do Ministro Sidney Sanches, Presidente do STF, sobre o tema O JUIZ E OS VALORES DOMINANTES (o desempenho da função jurisdicional em face dos anseios por justiça) lembra, *verbis*:

"O JUIZ E OS VALORES DOMINANTES, já suscita algumas questões.

Que são valores dominantes? A moral? A ética? A verdade? O trabalho? A busca do conhecimento e da perfeição? Sem dúvida todos são valores sempre dominantes. Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu, são lemas do direito e da justiça. E tem muito a ver com a moral, com a ética, com a verdade.

O trabalho e a busca do saber e do aperfeiçoamento são o instrumento e o meio, pelos quais se pode chegar à prática desses valores. O direito positivo e a moral nem sempre caminham juntos. Às vezes se afastam muito. O direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente. A interpretação, deve o juiz entender a moral da época em que elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta. Bom caminho para o juiz é o do culto profundo do direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de justiça, a preocupação com os direitos e faculdades, deveres e obrigações das partes em conflito e com a solução adequada das lides.

Tudo sem menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social. Num país de enormes conflitos sociais, políticos, jurídicos, econômicos e morais, como é o Brasil, ganha enorme relevo o poder daquele a quem se confere, em nome da Nação, a missão de dirimi-los. Cresce, em proporção geométrica, sua responsabilidade, para evitar que, mediante decisões temerárias, arbitrarias e injustas, ao invés de dirimi-los, os amplie ou perpetue.

O juiz deve ser estudioso dos autos e do direito, trabalhador infatigável, corajoso, independente, enérgico,

equilibrado. O juiz tem um poder tão grande, dentro dos limites constitucionais e legais, que deve cuidar sempre e sempre de não incidir em abuso.

A independência do juiz mede-se pelo perfeito ajustamento entre as soluções que encontra, as decisões que profere, e só ditames de sua consciência jurídica.

A consciência jurídica de cada juiz depende de sua formação técnica e filosófica, no sentido mais amplo, abrangendo-lhe a cultura jurídica, a visão política, econômica, social, moral e até, eventualmente religiosa (se professar religião).

E como essa formação se dá com enorme diversidade entre as pessoas, oriundas das mais distintas classes econômicas e sociais, é inevitável que, mesmo juizes independentes, isto é, que só decidem de acordo com sua consciência jurídica, cheguem, apesar disso, a conclusões parcial ou totalmente divergentes.

Isso também explica porque juizes da mesma comarca, do mesmo Estado, da mesma região, encontram soluções nem sempre convergentes para as mesmas questões:

Isso igualmente explica as discrepâncias nos órgãos colegiados de jurisdição ordinária ou extraordinária. Mas a constatação leva também à necessidade de cultivar o respeito pelo entendimento alheio, sempre que ditado pela consciência jurídica.

Não deve o juiz ceder à tentação de proferir decisões simpáticas, só por serem simpáticas, se não forem justas. Não deve ceder à tentação de ganhar notoriedade, à custa de decisões temerárias, arbitrarias e injustas. Ou apenas para suscitar polêmica e obter destaque pessoal. Mas também não deve se intimidar diante da possibilidade de decisões que, tomadas de acordo com sua consciência jurídica, possam repercutir negativamente na chamada "opinião pública". Até porque nem sempre ela se forma pelo caminho da verdade, mas, freqüentemente, da versão, mediante deturpação de fatos, desinformação e manipulação maliciosa e interesseira de dados reais. E até de informes irreais. A isenção do juiz, em face das partes e dos interesses em jogo, quando voltada para o estudo cuidadoso dos autos e do direito, é indispensável ao



encontro de soluções corretas. E a tudo se soma o senso do justo. Quando a lei não favorece uma interpretação justa para o caso concreto, busque o juiz interpretá-la com justiça. Não lhe é dado, porém, recusar-lhe a aplicação, como revogador de lei ou como legislador.

A 2ª parte da exposição concerne ao DESEMPENHO DA FUNÇÃO JURISDIÇÃOAL EM FACE DOS ANSEIOS SOCIAIS POR JUSTIÇA. Aqui não devemos ficar apenas no enfoque do posicionamento técnico e filosófico do juiz. É preciso descer também ao exame de sua conduta funcional e pessoal. Essa colocação põe em evidência a necessidade do exame dos deveres dos magistrados. Como sabem os senhores, o Supremo Tribunal Federal está concluindo o exame de um esboço de anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, a ser enviado brevemente ao Congresso Nacional. Nele, até aqui, foram arrolados como deveres dos magistrados:

I — manter conduta irrepreensível na vida pública e particular; II — zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função; III — praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão; IV — comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes do seu término; V — não exceder, sem justo motivo, os prazos para decidir ou despachar; VI — determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; VII — não manifestar opinião, por qualquer meio de comunicação, sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despacho, votos ou decisões de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério; VIII — exercer permanente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere a cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados; IX — tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça e atender aos que o procurarem, a qualquer

momento, quando se trate de providência, que reclame e possibilite solução de urgência; X — residir na sede de sua jurisdição.

Aos desavisados e principalmente aos não vocacionados, pode parecer que se pretende impor um regime colegial ou até militar.

Na verdade, o que se pretende é a formação de juízes (homens e mulheres), em cujo exemplo a sociedade, a quem servem, deve se mirar. E do qual pode se orgulhar.

Precisa o juiz manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, para que possa ter condições de julgar as partes e seus conflitos, sem constrangimentos pessoais, com sentimentos limpos e avaliações seguras. Deve o juiz zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função, não para ostentar força e posição social, mas para mostrar que a Justiça é instituição séria e que merece respeito e confiança.

Deve o juiz praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão, porque só assim terá autoridade para exigir que todos o façam.

Deve comparecer pontualmente a hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente de seu término, não para parecer um burocrata disciplinado, mas, sim, uma autoridade, que cumpre seus deveres e por isso exerce seus poderes. Para que os seus subordinados não se valham de seu mau exemplo e se animem a insubordinações, que tenham, por isso mesmo, de ser toleradas.

Sem justo motivo, não deve exceder os prazos para decidir ou despachar. Como se sabe, nem sempre é possível cumprir os prazos, diante do volume de processos e de responsabilidades concomitantes. Mas sempre se há de poder demonstrar a existência de justo motivo para eventual retardamento.

Para que os atos processuais se realizem nos prazos deve o juiz determinar providências necessárias. Sobretudo preventivas. E quando justificáveis, também repressivas.

O juiz não opina. Decide. E só decide causas que lhe estejam afetas, na oportunidade própria e nos autos. Não antecipa seus pontos de vista nem faz pre-julga-

mentos. Não se manifesta sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem. Não emite juízo depreciativo sobre votos ou decisões de órgãos judiciais. Apenas se lhe ressalva a possibilidade de crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Tudo isso se justifica: a instituição, para ser respeitada, precisa estar composta por pessoas que se respeitam. E o direito à crítica, apesar disso, subsiste nos limites e circunstâncias já referidos.

Exercer permanentemente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados.

Isso para que, com sua missão ou negligência, não acabe o juiz contribuindo para os abusos e para a corrupção.

Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, enfim, todas as pessoas que o procurem, é dever funcional do juiz, ditado pelas regras de educação e de convivência humana.

Atender aos que o procurem, a qualquer momento, quando se trate de providência, que reclame e possibilite solução de urgência, nos limites de sua competência, é dever que, ao invés de aviltar, enobrece a função do juiz e que alcança enorme repercussão na verdadeira opinião pública. Naturalmente também saberá avaliar quando está sendo molestado ou procurado desnecessária ou abusivamente.

Residir na sede de sua jurisdição é dever que se justifica, pela necessidade permanente do magistrado no local do exercício da função.

Quando não for possível a residência por razões justificáveis e compreensíveis, devem ser submetidas ao órgão judiciário competente

O esboço ainda estabelece, para o juiz, o dever de remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente, informação sobre os feitos distribuídos, julgados ou em andamento, no mês anterior.

E veda ao magistrado:

I — exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério:

II — receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III — exercer atividade político-partidária;

IV — exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista;

V — exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe de magistrados e sem remuneração.

Não se incluem, entre as vedações referidas em alguns desses itens, as atividades exercidas em curso ou escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário.

Permite-se ao magistrado o exercício de um cargo ou função de magistério, porque isso propicia a atualização e aperfeiçoamento de seus conhecimentos, no interesse de bom exercício da missão de julgar. E não mais que um cargo, para que não se exceda em aulas e descure dos deveres de juiz.

Repugna à Constituição tolerar que o juiz, a qualquer título ou pretexto, receba custas ou participação em processo.

A tolerância, como é óbvio, poderia incentivá-lo a interesses menos nobres, com a procriação de feitos, seu retardamento e encarecimento.

A militância na política partidária retiraria do juiz a indispensável imparcialidade e impregnaria seus atos de suspeição. Sobretudo durante processos eleitorais. Praticar o comércio ou participar de sociedade comercial é ato que se não deve permitir ao juiz, para que não desvie suas atenções e não passe a competir com setores cujos interesses ele próprio tem de julgar com isenção.

Tolera-se, porém, que figure como acionista ou cotista de sociedade de economia mista, ficando, porém, impedido de atuar em causas de seu interesse.

A proibição de exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, também busca evitar que o magistrado diversifique demais seu campo de atuação, descuidando do que lhe é próprio.

Permite-se, porém, a direção de associação de classe,

porque não é atividade desprimorosa e, bem exercida, pode trazer proveito à instituição, que não se inspira em interesses pessoais e fisiológicos, mas no idealismo dos homens de bem. Não pode, porém, tal atividade ser remunerada, pois, então, a nobreza da atuação poderia ser ao menos questionada.

E as vedações, contidas em alguns desses pontos, não se aplicam às hipóteses em que as atividades do juiz são exercidas em curso ou escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário, porque tal atividade, quando criteriosamente exercida, favorece sua cultura e a própria instituição.

Como é sabido, o futuro Estatuto da Magistratura Nacional apenas fixará normas relativas à organização e funcionamento do Poder Judiciário e ao regime jurídico da magistratura nacional, observados os princípios da Constituição Federal.

Mas as leis de organização judiciária, desde que respeitem a Constituição e o Estatuto Nacional, poderão impor outros deveres aos magistrados, segundo as peculiaridades locais, sem lhes afetar as garantias, prerrogativas e direitos, como é óbvio.

O esboço, como cuidou de deveres de magistrados, precisou cuidar também de sua responsabilidade disciplinar, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal.

E naturalmente teve de regular também as penas disciplinares.

Estabeleceu que a atividade censória dos Tribunais e seus órgãos disciplinares será exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado, a este sempre assegurada ampla defesa. Esclareceu ainda: salvo os casos de grave incontinência de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Quanto a esse ponto, devo destacar que o juiz, mesmo quando provocado por incontinência de linguagem de uma das partes ou de seus representantes, deve manter a linguagem adequada à seriedade do processo e da Justiça, ainda que intimamente se sinta tentado a expressões de desabafo e de revolta.

Sem prejuízo, é claro, de eventual exercício do direito de provocar a instauração de processo, por crime de injúria, calúnia e difamação, quando for o caso.

Teve o esboço de cuidar, também, das penas disciplinares, quais sejam a de advertência, censura, disponibilidade e demissão.

As penas de advertências e censura aplicáveis a qualquer magistrado, a de disponibilidade exclusivamente a juiz vitalício e a de demissão apenas o juiz não vitalício.

As penas de advertência, censura e demissão somente imponíveis pelo voto da maioria absoluta do respectivo Tribunal e a de disponibilidade, por voto de dois terços, assegurado, em qualquer caso, ampla defesa.

A de advertência aplicável reservadamente, por escrito, em caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Prevê-se ainda, que na hipótese de disponibilidade punitiva, o Tribunal, a requerimento do interessado, passados cinco anos do termo inicial, examinará a ocorrência, ou não, de cessação do motivo de interesse público, que a determinou.

A pena de censura é de se aplicar, reservadamente, por escrito, em caso de reiterado descumprimento dos deveres do magistrado, se a infração não justificar pena mais grave.

Estatui-se, ainda, que o juiz punido com censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena. A pena de demissão, a juiz não vitalício, é prevista para as seguintes hipóteses:

- I — negligência contumaz no cumprimento dos deveres do cargo;
- II — procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;
- III — escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou procedimento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário;
- IV — prática de atos vedados pelo estatuto.

Já o magistrado vitalício, segundo o esboço, só perderá o cargo, em virtude de sentença judicial transitada em julgado:

I — em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II — em ação cível para a perda do cargo, nas hipóteses de exercício de atividades vedadas pelo esboço de anteprojeto de estatuto.

Estuda-se, ainda, no Supremo Tribunal Federal a questão relativa à legitimação ativa para a ação cível de perda do cargo de juiz vitalício e sobre órgão judiciário competente para seu processo e julgamento. Todas essas considerações, a respeito de regime disciplinar, estão sendo feitas, por mim, obviamente com certo desconforto.

Mas é que o tema proposto, ligado a deveres do juiz, em sua conduta pública e privada, exige que elas sejam enfrentadas.

Na verdade, porém, o que mais importa é que o juiz possa ter tido como exemplo de bom comportamento, em sua vida funcional, social e familiar.

E para isso muito influirão os valores dominantes de sua formação.

É de se lembrar, ainda, que qualquer que seja a conduta pessoal e funcional do juiz, ela se refletirá em imagem positiva ou negativa da Justiça, do Poder Judiciário, para o cidadão que o observa, para a sociedade em que vive".

Na Editora Juríd Vellenich Ltda. publiquei "A Sentença Penal e o Código Penal Brasileiro de 1984", mencionando

### III — ASPECTOS A SEREM CONSIDERADOS NA SENTENÇA

Sendo a sentença ato do juiz, é necessário se traçar o seu verdadeiro perfil.

Embora para alguns sejam difíceis, considero como fáceis os seguintes aspectos:

a) o juiz deve dar o direito a quem efetivamente tem, motivo pelo qual não deve atender a pedidos, extra-autos, nem de George Bush nem de Sadam Hussein, Pedido de político, nem pensar. Quando a política entra pela porta a justiça deve sair rapidamente pela janela. É que pedidos extra-autos sempre encerram uma grande injustiça. Pedir para o juiz decidir, contra o Direito, em favor de uma parte, é vislumbrar prejuízo para a outra. Várias foram as pesquisas realizadas e,

embora não se reconheça o seu caráter científico, ficou afirmado que, no Brasil, o povo não acredita no Judiciário. E até faz grande confusão entre Justiça e Ministério da Justiça. Temos que reverter esse quadro. Lembremo-nos daquele moleiro que acreditou na Justiça Alemã e não se intimidou com o Rei que queria se apropriar de suas terras. A justiça é coisa séria não existe para proteger amigos ou prejudicar inimigos. O juiz, na sua função jurisdicional, não deve ter amigos nem inimigos, até porque está, em tais casos, obrigado a declarar-se suspeito. Poucos são os que compreendem porque só para o ingresso na magistratura de 1º grau, se exige aprovação em concurso de provas e títulos;

b) o juiz não julga a lei, julga com a lei, aplica-a, mesmo dela discordando, salvo se contrária a Constituição;

c) o juiz não deve ser risonho nem sisudo, e muito menos decidir fazendo média com as partes e a sociedade. O juiz de 1º grau não está adstrito nem mesmo à opinião do STF. O juiz que não tem decisões reformadas pela instância superior, não tem opinião própria e, de repente, pode ser um grande subserviente, de quem não precisam os jurisdicionados. Eliezer Rosa, in "A Voz da Toga", Barrister's Editora Ltda., RJ, pag. 49, nos dá a seguinte lição, "verbis": "E aqui vai um conselho da experiência: não tenha o juiz a lei de cor. Se à força de manejar o Código chegar a decorar seus textos, busque esquecer. Sempre que tiver de aplicar uma lei, abra o Código e leia o texto que entende aplicável. Leia-o, em momentos diversos, em horas diferentes. Dessa leitura pode surgir inesperadamente uma nova interpretação benéfica. Durante mais de meio século os tribunais franceses leram o art. 1382 do Código de Napoleão e o aplicavam tal como lhes soava sua letra. Um grave acidente que vitimou um grande número de operários, que ficariam ao desamparo de uma necessária indenização, segundo a doutrina tirada do dito texto, levou um juiz estudioso a uma leitura do referido artigo. E sem mudar uma só palavra no anoso texto, levou ao seu tribunal uma leitura nova, uma inteligência nova daquele versículo legal. Nesse dia, nasceu para o mundo ocidental a teoria da responsabilidade sem culpa;

c) Hugo de Brito Machado, Juiz do TRF da 5ª Região, em trabalho a ser publicado, assevera que entre as qualidades do bom juiz estão a honradez, dedicação ao trabalho, inteligência, independência, equilíbrio e a coragem. Permito-me acrescentar mais um: a atualização. É que, no Brasil, país de muitas leis, ineficazes, o Presidente da República, todos os dias, expede Medidas Provisórias até porque o Poder Legislativo se omite na iniciativa das leis. Lembra Hugo Machado que um Ministro do extinto TFR já dizia "nada causa maior repulsa do que um juiz fraco, bajulador, covarde, medroso e rastejante. Firmeza, altivez, coragem e independência são qualidades para que um juiz possa ser justo. O juiz só deve ajoelhar-se diante de Deus".

O mesmo Juiz Hugo de Brito Machado, hoje Presidente do eg. TRF da 5ª Região, publicou na Revista AJUFE nº 31, "verbis":

#### JULGANDO O JUIZ

A parte vencida em qualquer demanda jamais admite esteja correto o julgado.

O juiz que lhe denegou a pretensão estava desinformado, não examinou a prova com o necessário cuidado, ou não conhece a lei, ou então estava comprometido, seja pelo receio de desagradar alguém, seja pelas ligações que tem com a parte contrária, ou seu advogado, ou por motivos moralmente ainda mais reprováveis. Na melhor das hipóteses, a parte vencida argumentará com o velho conflito entre o legal e o justo. Dirá que o julgado até pode estar de acordo com a interpretação literal da lei, mas é extremamente injusto, e o juiz tem o dever de fazer justiça, havendo de colocá-lo acima de qualquer outro. Ou então, em sentido oposto, dirá que o juiz valeu-se de argumentos subjetivos, a pretexto de fazer justiça, quando o seu dever essencial é o de aplicar a Lei.

Quando a parte vencida é capaz de adotar comportamento moralmente reprovável tenderá ela a imputar ao juiz tal comportamento.

Seja como for, o juiz não escapa à condenação, quando é julgado por quem teve alguma pretensão indeferida e tal julgamento é na verdade facilmente explicável: a

parte é diretamente interpretada na causa e por isto sempre entende que a razão está do seu lado. Quem perde a questão, portanto, jamais aceita que o julgamento estava correto.

Ninguém pode ser juiz da causa em que é parte. Pela mesma razão, o julgamento que a parte faz do juiz que julgou sua causa é sempre desvalioso, porque eivado de evidente suspeição.

Disto não se pode deslembrar quem ouve alguém acusar um juiz de parcialidade. Deve o ouvinte, neste caso procurar saber se o acusador teve algum interesse desatendido pelo juiz a quem está acusando. E mais ainda, deve avaliar a acusação tendo em vista a credibilidade do acusador.

A posição do juiz por tudo isto, é sempre muito delicada, pois em todo o processo há de haver alguém vencido, alguém com interesses contrariados.

Mais difícil ainda é a posição do juiz quando aprecia questão de quem sabe já haver dado demonstrações concretas de sua capacidade difamatória e de sua predisposição para fazer acusações contra ele. O juiz, temeroso de sofrer agressões morais, pode: a) afirmar suspeição por motivo de foro íntimo ou encontrar outra forma de afastar-se do caso, ou ainda, b) julgar a causa a favor da parte que se revele com maior potencial agressivo.

Se a primeira dessas alternativas não pode ser inteiramente descabida a segunda consubstancia conduta indigna, reveladora de fraqueza incompatível com a judicatura, desprezível sob todos os aspectos. A rigor, porém, o verdadeiro juiz não adota aquelas atitudes, não se demite de sua função, nem a exerce em detrimento de sua verdade jurídica, ainda que isso lhe custe toda a sorte de constrangimento.

Admitir o contrário seria esquecer o princípio do juiz natural, vale dizer, do juiz preestabelecido pelo ordenamento jurídico. Segundo esse princípio, o juiz não deve ser escolhido por critérios subjetivos para julgar determinado caso. A definição da competência jurisdicional há de ser decorrente de critérios objetivos fixados antes do surgimento do conflito a ser apreciado e resolvido. A parte, por razões óbvias, não pode escolher o juiz que vai apreciar as questões de seu

interesse. Assim, não se pode demitir da causa o juiz em face de ameaças da parte, pois estaria dando a esta o poder de, excluindo-o, escolher o juiz de sua conveniência.

Finalmente, não se deve o juiz magoar com as ofensas a ele e irrogadas pela parte cujo interesse tenha contrariado. Ela muitas vezes acredita, sinceramente, que tem razão. Julgando o juiz, a parte vencida tende sempre a condená-lo, porque, afinal, como parte que é, com interesses contrariados, não pode ter a isenção exigível de quem julga.

Menos magoado deve ficar o juiz quando as ofensas partem de quem já deu sinal de ser portador de paranóia querelante. "O litigante paranóico geralmente perdeu um processo, ou não lhe deram a devida razão ou pelo menos na forma em que esperava. Recorre sempre, torna a perder, vai a todas as instâncias, mas não se conforma nunca e busca sempre novos caminhos. A princípio apela para questões de Direito Ordinário, mas logo transcende a motivos de ordem moral e filosófica, desenvolve intensa atividade, acumula provas, vai aos pedidos dos jornais, onde deixa transparecer idéias de grandeza, de misticismo e de civismo" (J Alves Garcia, Psicologia Forense, 2ª Edição, Irmãos Pongetti — Editores, Rio de Janeiro, 1958, pag. 330).

A respeito dos portadores de paranóia querelante, escreve Altavila: "Estes enfermos ostentam, muitas vezes, um certo saber jurídico, mas é uma simples aparência, porque eles conhecem artigos e parágrafos sem lhes ter compreendido exatamente o conteúdo".

Os querelômenos surpreendem muitas vezes pela limpidez de sua consciência, pela memória intacta, por uma lógica aparentemente impecável, pelo conhecimento da lei, de maneira que podem enganar advogados e juizes, o que, fomentando o seu delírio, cria ao mesmo tempo graves perigos à Justiça. Mas à medida em que o mal se agrava, revelam-se também pelo seu comportamento.

"Efetivamente, ao expor as razões em que estejam as suas idéias estes indivíduos não raro entram numa fase emotiva e de excitação mais ou menos viva que tem sido chamada hipomaníaca, logorréica e graforréi-

ca, mas que, no entanto, na maior parte dos casos, conseguem dominar, enquanto não explodem em manifestações clamorosas, apelando para a opinião pública, tornando-se freqüentadores das ante-câmaras dos magistrados e diretores de jornais, chegando a exaltações perigosas (Enrico Altavila, Psicologia Judiciária, 3ª Edição, Tradução de Fernando de Miranda, Armênio Amado, Coimbra, 1982, vol. II, 237/238).

Seja como for, e por mais que sinta injustiçado, deve o juiz permanecer sereno. No dizer de Hermógenes, "quando é grande a nossa fé, Deus faz o milagre de transformar em flores os punhais que nos atiram (Mergulho da Paz, 20ª Edição, Record, p. 121)".

Em um país como o Brasil atual, de profunda injustiça social, todos vêem todos como desonestos e incompetentes e parte da imprensa (4º poder) não está preocupada em informar corretamente. Destarte, fica muito fácil um Juiz honrado ser execrado publicamente, ainda que tenha cumprido fielmente a Constituição Federal, que ele não elaborou.

"No exercício do poder jurisdicional, o juiz tem ampla liberdade de decidir. Sujeita-se apenas à Constituição, às leis e à sua consciência. É absolutamente autônomo e livre de quaisquer vínculos hierárquicos. ... No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem deles as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado". (Ministro PÁDUA RIBEIRO, in Soberania do Poder Judiciário, publicado no Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Tribunal Superior de Justiça, vol. 3, nº 2, 1991).

Em sua famosa monografia sobre "O Juiz, a Função Jurisdicional", após examinar em profundidade o tema sobre a **autonomia do Judiciário**, o Ministro Mário Guimarães conclui com estas palavras: "A admissão do judiciário como poder autônomo representa, por conseguinte, indeclinável garantia dos direitos dos cidadãos, sem o qual não é possível o florescimento da vida democrática e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos".

## A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO CRIADA EM FAVOR DAS BOLSAS DE VALORES

LINO EDMAR DE MENEZES

Procurador da República  
Mestre em Direito Público - UFC  
Professor de Direito Penal da Unifor e UFC

Algumas empresas cearenses estão sendo coagidas a pagarem uma anuidade à Bolsa de Valores Regional do Ceará, denominada "contribuição", que é exigida das empresas que recebem incentivos fiscais e têm seus valores mobiliários negociados em bolsas de valores.

A referida contribuição foi criada pela Instrução CVM nº 136/90, e como as empresas entendem que a mesma tem caráter tributário, elencam os seguintes vícios que tornam indevida a citada contribuição: (1) foi violado o princípio da legalidade (2) embora tenha aparência de uma taxa de serviço, a contribuição não pode ser exigida, pois tem base de cálculo em função do capital das empresas; (3) cuida-se de verdadeiro imposto, mas somente a União Federal podia instituí-lo com base na competência residual, através de Lei Complementar.

O ponto central da discussão jurídica é o de saber qual a natureza do serviço prestado pelas bolsas de valores, ao qual se conectará uma remuneração a título de preço público ou de taxa.

A denominada contribuição anual criada pela Resolução CVM nº 136/91, em favor das bolsas de valores, tem fundamento no artigo 18, I "f", da Lei nº 6.385/76, que diz competir à comissão de valores mobiliários a administração das bolsas; emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas bolsas.

Com base nessa autorização legal, e tendo em conta que somente os valores imobiliários emitidos por companhia registrada na CVM podem ser negociados nas bolsas de valores (Lei nº 6.385/76, art. 21, § 1º), foi editada a Instrução nº 133/90, revogada pela de nº 136/90, dispondo sobre as anuidades a serem pagas pelas sociedades beneficiárias de recursos oriundos de incentivos fiscais, em favor das bolsas de valores que admitiu seus valores mobiliários à negociação.

Alguns enxergam nessa exigência uma verdadeira taxa, pois instituída numa relação de direito público, que não pode dar margem a cobrança de um preço público.

Sabe-se que, longa e penosa têm sido às pesquisas doutrinárias para se extremar a diferença entre a taxa e preço público, sendo atualmente mais aceito o critério do regime jurídico a que está submetido o serviço que é objeto da remuneração contraprestacional.

Dentre os vários autores, destaco a opinião a que me filio, de Gilberto de Uihôa Canto, quando conclui:

"Portanto, parece-me necessário admitir que pode haver, no nosso sistema de direito positivo, "serviços públicos" cuja contrapartida será uma taxa, e "serviços públicos" remunerados mediante preço. A distinção se faz pela determinação do caráter da inerência absoluta dos primeiros como emanção necessária do poder soberano do Estado, e a accidentalidade da prestação dos segundos pelo próprio Estado. A compulsoriedade ou a faculdade do pagamento é uma consequência, e não uma determinante da qualificação dos serviços segundo a sua natureza."

Na mesma esteira de entendimento, filiam-se Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, em trabalho conjunto sobre a matéria:

"Portanto, em conclusão, existe um critério jurídico para distinguir as taxas dos preços públicos. Este critério encontra-se na identificação da natureza do serviço prestado pelo Poder Público. Sempre que se tratar de serviço público a remuneração que daí advirá será necessariamente uma taxa.

O critério jurídico, portanto, encontra-se no regime da prestação do serviço e não mais no regime do pagamento".

Acrescentam, mais adiante:

"Vale dizer, se a legislação ordinária dispuser no sentido de que tais serviços serão prestados com continuidade, uniformidade e demais princípios que delinham

o regime jurídico do serviço público, bem como se não for assegurado ao usuário um outro meio lícito de satisfazer seu interesse a não ser mediante a utilização do aparato estatal, então estaremos perante uma prestação de serviço público mas apenas serviço. Caso contrário, não haverá serviço público mas apenas serviço e eventualmente prestado pelo Poder Público."

Tenho para mim, que o serviço prestado pela bolsa de valores às sociedades que negociam seus títulos mobiliários não constitui típico serviço público a ensejar a cobrança de taxa.

E a conclusão extraída do texto constitucional, que diz:

Art. 175 incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

Ora não consta da Constituição Federal qualquer norma específica dando exclusividade à União Federal para explorar, direta ou indiretamente, os serviços prestados pelas bolsas de valores.

Não consta, também, qualquer lei ordinária dispendo competir à União Federal prestar serviços inerentes às bolsas de valores, muito menos, que tal serviço será desempenhado pelos particulares, através de concessão ou permissão.

O que existe, na verdade, é a lei 6.385/76, que ao criar a comissão de valores mobiliários (art. 5º), ente de personalidade autárquica, disciplinou o sistema de distribuição de valores mobiliários, incumbindo à bolsa de valores fiscalizar as operações nelas realizadas (art. 17). A resolução nº 1.659/89, do Banco Central do Brasil, baixou o regulamento das bolsas de valores, já sendo dito que as mesmas são instituídas como associações civis (art. 1º), e que dependem para funcionamento de autorização prévia da Comissão de Valores Mobiliários (art. 2º).

A partir dessa exigência de autorização do poder público para o funcionamento das bolsas pode-se desvendar a natureza do serviço por elas prestado.



A **autorização**, figura do direito administrativo, é assim conceituada por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO:

"... ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada." (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "Princípios gerais de dir. adm.", vol. I, pág. 493)."

Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, analisando esse instituto, dizem qual o seu alcance:

"Como se vê na autorização há uma conjugação de interesses públicos e privados de modo a que a satisfação destes não prejudique aqueles. Aqui, porém, encontra-se o intérprete diante de atividade que, em essência, está regida pelo direito privado, sofrendo a refração de normas públicas apenas naquilo em que atine a um interesse público correlato."

Parece-me, pois, que a autorização do poder público para o funcionamento das bolsas tem semelhança com várias outras autorizações para execução de outros serviços (Bancos p. ex.) que o Estado tem interesse em regular, e que, por isso, não se transmudam em serviços tipicamente públicos, ensejadores da cobrança de taxas.

Ou seja, o regime jurídico desses serviços não configuram os aspectos essenciais do serviço público: continuidade, uniformidade e demais princípios que delineiam o regime jurídico do serviço público.

Basta compulsar o regulamento das bolsas de valores para se perceber que os serviços por elas prestados não se submetem a um regime de direito público, estando ali delineado apenas a estrutura, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, sendo de índole eminentemente privada a relação estabelecida entre os seus serviços e os respectivos usuários.

Não sendo, por definição constitucional, **serviço público** o prestado pelas bolsas de valores e nem havendo lei ordinária atribuindo ao poder público a exploração desse serviço, direta ou indiretamente, esta última através dos institutos da concessão ou permissão (vide art. 175, CF), tem-se que a autorização para funcionamento e a fixação de emolumento das

bolsas de valores, pelo poder público, nada mais representa do que aquele **interesse accidental**, assinalado por ULHOA CANTO, de o Estado regular essa atividade, sem, contudo, transformá-lo em serviço público "como emanção necessária do poder soberano do Estado" (op. cit. pag. 102).

Conclui-se então, com Baleeiro:

"As questões jurídicas mais ásperas por outro lado, fazem também na eliminação da fronteira entre "taxas" e "preços", já que estes últimos, do ponto de vista legal, ESCAPAM à regra inflexível do art. 153 § 29, da CF de 1969. O preço, se a lei o dispõe, poderá ser fixado por ato da autoridade administrativa". (Curso de Direito Tributário, pág. 331).

Procuradoria Geral  
do Município  
BIBLIOTECA

## REGIME JURÍDICO DAS TAXAS MUNICIPAIS

FÁTIMA M<sup>ª</sup> NUNES MEMÓRIA DE ANDRADE

Procuradora do Município de Fortaleza

**EMENTA:** I - TAXAS 1. Definição legal. 2. Serviços Públicos e Poder de Polícia 3. Competência para Instituição e Cobrança das Taxas 4. Princípios Constitucionais Relativos às Taxas 5. Base de Cálculo. II - TAXAS MUNICIPAIS 1. Autonomia Municipal 2. Taxas Municipais 2.1. Taxas Municipais de Polícia 2.1.1. Taxas de Polícia do Município de Fortaleza 2.2. Taxas Municipais de Serviços 2.2.1. Taxas Municipais do Município de Fortaleza III - CONCLUSÃO IV - BIBLIOGRAFIA.

### I — TAXAS

#### 1. Definição legal

O art. 3º do Código Tributário Nacional define o que se deva considerar tributo, apontando-o como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Já o art. 5º do CTN enumera as espécies do gênero "tributo", estatuinto que "os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria". Acorde é a doutrina em elencar estas espécies do gênero, restando as dissensões acadêmicas no que tange às contribuições sociais e aos empréstimos compulsórios.

Ainda sob o influxo dos comandos emanados do CTN, buscamos em seu art. 77 a definição legal de taxa, definição esta efetuada a partir de seu fato gerador, senão vejamos:

"As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição".

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2) 87/108 — Mar 1998

Aliás, não foi outra a definição que o constituinte de 1988 escolheu para este tributo, ao estabelecer, no art. 145, inciso II, da atual Constituição Federal, que:

**"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:**

**I — (OMISSIS);**

**II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição."**

Na esteira do que prelecionou A. D. Giannini, divulgado, a nível nacional pelo Professor Geraldo Ataliba, pode-se dizer que a taxa é um tributo vinculado, conforme consigna o Professor Hugo de Brito Machado, acrescentando que: "enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte". (in Curso de Direito Tributário, 7ª ed., Malheiros, SP, 1993, p. 317).

Assim, a característica da taxa de ser um tributo vinculado a uma atividade estatal, ressalte-se, não é suficiente, para individualizá-la, visto que as contribuições de melhoria também estão vinculadas a uma prestação do Estado. O que singulariza a espécie tributária ora enfocada é o fato de que a atividade estatal específica só poderá ser ou um serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte, o qual deverá necessariamente ser específico e divisível, ou o exercício regular do poder de polícia. Presente uma destas atividades estatais, presente estará o fato gerador de uma taxa.

**2. Serviços Públicos e Poder de Polícia**

As atividades estatais ensejadoras da cobrança de taxas — ou seja, a prestação de um serviço público ou do poder de polícia — encontram sua estruturação doutrinária no Direito Administrativo, que, na lição do Mestre Miguel Reale, "tem por objeto o sistema de princípios e regras relativos à realização de serviços públicos, destinados à satisfação de um interesse que, de maneira direta e prevacente, é do próprio Estado". (in Lições Preliminares de Direito, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 341).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2) 87/103 — Mar ~~1998~~ 1998

Preleciona o insigne administrativa Hely Lopes Meirelles que "o poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado". (in Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, p. 115).

O CTN, em seu art. 78, esboçou a definição legal deste instituto, verbis:

"Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

Atividade discricionária ou vinculada que é, o poder de polícia há de ser exercido dentro dos limites da lei, sob pena de constituir o abuso ou desvio do poder. Aliás, é o que comanda o caput do art. 77 do CTN, ao preconizar que este poder deverá ser regular, isto é, em consonância com os ditames da lei.

A enumeração traçada pelo art. 78 do CTN, segundo alguns, taxativa, é, na realidade, bastante abrangente. Pode-se sustentar que, presente um interesse público, tem o Estado o direito de utilizar-se do poder de polícia para salvaguardá-lo.

Como salienta o Professor Joaquim Castro Aguiar, "o fato gerador das taxas de polícia é o exercício regular do poder de polícia. Não é o poder de polícia em si, a causa jurídica da taxa. Tributo lançado com base no mero poder de polícia seria imposto e não taxa. A taxa pressupõe atividade estatal, execução de um serviço". E arremata: "Efetivamente, taxa de polícia sem a atividade estatal de polícia a ela correspondente não será taxa, mas imposto e, como tal, inconstitucional, já que o poder público não recebeu competência para instituir imposto algum de polícia". (in Regime Jurídico das Taxas Municipais, IBAM, RJ, 1982, p. 19).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2) 87/103 — Mar ~~1998~~ 1998

Quanto aos serviços públicos, outra hipótese de gênese do fato gerador das taxas, pontifica Hely Lopes Meirelles que: "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado". E acrescenta: "Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destes existem outras, sabidamente dispensáveis, que são realizadas pelo Estado como serviço público". (op. cit., pp. 294/295).

O CTN não consignou o que se deva considerar por serviços públicos, proclamando apenas, no art. 79, que os mesmos devem ser específicos e divisíveis. Define, no entanto, o que são os serviços específicos (quando podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas) e divisíveis (quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários). (art. 79, incisos II e III, CTN).

Na lição de Diógenes Gasparini, os serviços públicos "quanto aos usuários, são gerais e específicos. São gerais os que atendem a toda a população administrativa, sem objetivar utentes determinados. São chamados, por alguns, de serviços indivisíveis. São dessa natureza os serviços de iluminação pública e os de Segurança Nacional. Específicos são os que satisfazem os usuários certos, que os fruem individualmente. São designados, por alguns autores, de serviços divisíveis. São exemplos os serviços de telefonia, postal e de distribuição domiciliar de água." (In Direito Administrativo, Saraiva, SP, 1989, pp. 144/145).

Esclarecendo sobre estas definições do art. 79, indica o tributarista Hugo de Brito Machado que: "não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, cuida-se de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço público não pode ser divisível se não for específico. Não tem sentido prático, portanto, separar-se tais definições, como a indicar que a taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público específico, ou de um serviço público divisível." (op. cit., p. 321).

Na verdade, constitui-se tênue o limite que separa os serviços públicos gerais dos especiais. Isto porque a satisfação de necessidades individuais, num somatório geral, irá fatalmente satisfazer a coletividade, beneficiada por uma melhoria em sua qualidade de vida. Como somente os serviços públicos específicos podem ser o fato gerador das taxas (os serviços públicos gerais são custeados por impostos), vislumbra-se a dificuldade em se estabelecer a dicotomia entre os tipos de serviços públicos, ocorrendo, muitas vezes, a instituição de taxa baseada em serviço público geral, o que configura flagrante inconstitucionalidade por parte do poder público.

Outrossim a utilização dos serviços públicos pelos contribuintes deverá ser efetiva ou potencial, fulcrando-se tal assertiva no preceptivo do CTN supracitado. Esclarece sobre o tópico o já mencionado Professor Joaquim Aguiar, que "o serviço há de ser efetivamente prestado pelo poder público. Não se cogitará aqui de prestação potencial, mas de prestação efetiva. A utilização do serviço é que poderá ser potencial. Não se confunde a prestação do serviço com a sua utilização. Esta, sim, poderá ser efetiva ou potencial. Uma taxa de lixo sem a correspondente prestação, por parte do município, do serviço de coleta de lixo, taxa não será, mas imposto inconstitucional." (op. cit., pp 27/28).

Finalmente, para os limites deste pequeno estudo, no que tange os serviços públicos, mister se indique que quando os mesmos não são de utilização compulsória pelo contribuinte, somente através de seu efetivo uso poderá ser cobrada a respectiva taxa. Em outras palavras, sendo o serviço público compulsório e não ocorrendo sua utilização, a taxa que lhe seja correspondente poderá ser cobrada. Exemplo ilustrativo seria o caso de coleta sistemática de lixo em determinada cidade, compulsória, e um cidadão resolvesse manter serviço particular de eliminação de seus resíduos caseiros. Mesmo em tal hipótese, estaria ele adstrito a efetuar o recolhimento da taxa aos cofres públicos, pois o serviço de coleta oferecido pelo município seria, neste caso, de natureza obrigatória.

### 3. Competência para instituição e cobrança das taxas

Na sempre percuciente explanação de José Afonso da Silva, "competência tributária não é, porém, a mesma coisa

que poder de tributar. Neste fundamenta-se a faculdade de criar tributos. Ao instituir-se tributo, o que implica sua criação, fixação do fato gerador da obrigação tributária principal, estabelecimento de suas alíquotas, está-se exercendo o poder de tributar. A competência tributária é o conjunto de atribuições que a constituição ou a lei outorga a entidade ou órgãos públicos para arrecadação de contribuições tributárias ou para-fiscais. Poder tributário e competência tributária podem coexistir numa mesma entidade, e até se pode afirmar que quem possui o poder de tributar tem também a competência tributária. Mas nem toda entidade que tem competência tributária é titular do poder de tributar." (in Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais, José Bushatsky Ed., SP, 1978, pp. 66/67).

O poder de tributar é decorrente do poder de império do Estado, sendo uma manifestação de sua soberania. No Brasil, a Constituição Federal delimitou a competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, circunscrevendo a esfera de atuação de cada uma dessas entidades jurídico-políticas, no que pertine à instituição e consequente cobrança dos tributos.

Como se vislumbra da leitura do art. 145, inciso II da vigente Constituição, a competência para instituição e cobrança de taxas é conferida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de maneira comum. Destarte, emanando o serviço público ou o exercício regular do poder de polícia da União, competirá a ela instituir a respectiva taxa, o mesmo acontecendo se os serviços advierem dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, cabendo, respectivamente, a cada uma dessas entidades a possibilidade jurídica de instituir as taxas correspondentes. Portanto, o exame aqui voltar-se-á à competência para a prestação da atividade estatal ao contribuinte. Exsurge desta premissa o fato de que não há a possibilidade de repasse de receitas oriundas da cobrança de taxas, isto é, a discriminação de receitas tributárias não envolve esta espécie tributária.

Outro aspecto relevante diz respeito à competência residual, ou seja, a competência conferida constitucionalmente a certa entidade para que a mesma possa instituir tributos não previstos. A competência residual para instituição de taxas pertence aos Estados, pois é aos mesmos que a Lex Magna, em

seu art. 25, § 1º, outorga as competências que não lhes sejam vedadas pelo mesmo Texto Maior.

#### 4. Princípios Constitucionais relativos às taxas

Erigidos ao patamar constitucional, os princípios consagram-se como os verdadeiros sustentáculos de qualquer ordenamento jurídico, sem os quais ruem as mais simples tentativas de interpretação de suas normas.

Outrora timidamente inseridos nos textos constitucionais, ganham cada dia mais e mais força os princípios, transformando-se em parâmetros seguros para os rumos da jurisprudência. Na lição dos mestres lusos Gomes Canotilho e Vital Moreira, os princípios são "núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais". (conforme citação do Prof. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., RT, SP, 1991, p. 82).

O princípio da legalidade, na esfera tributária, ancora-se no art. 150, inciso I do Texto-Mor, o qual determina:

**"Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**

**I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça."**

Em consequência, somente mediante lei será criada uma taxa. Quanto ao sentido empregado ao vocábulo, aponta o Professor Hugo de Brito Machado que: "a palavra 'lei' é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato emanada do Poder ao qual a Constituição atribuiu competência legislativa com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis". (op. cit., pp. 53/54).

Outro importante princípio constitucional tributário, o da anterioridade da lei, consubstancia-se no art. 150, inciso III, "b", verbis:

**"II — cobrar tributos:**

**a) (OMISSIS);**

**b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou."**

Como as taxas não foram arroladas entre as exceções a tal vedação (art. 150, § 1º), também a elas se aplica o princípio da anterioridade, o qual exige que a publicação da lei que instituiu o tributo seja no ano anterior ao exercício financeiro em que será verificada sua cobrança. Tal providência visa a resguardar o patrimônio do contribuinte de possíveis mudanças bruscas que o apanhem no exercício financeiro ainda não encerrado.

Podemos elencar outros princípios tributários adequados às taxas, visto dirigirem-se ao gênero "tributo", como o da irretroatividade da lei tributária (art. 150, inc. III, "a"); capacidade contributiva (art. 145, § 1º); vedação do confisco (art. 150, inc. IV); o de que as taxas não poderão ter base de cálculo própria dos impostos (art. 145, § 2º), dentre outros.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva, divergem os estudiosos se tal princípio se aplica ou não às taxas. O ilustre Geraldo Ataliba sustenta que o mesmo somente se dirige aos impostos, pois "a capacidade contributiva é algo que é inerente ao contribuinte. No plano das taxas, a hipótese de incidência não é ter renda, importar, exportar, nada disso. A hipótese de incidência da taxa é o Estado praticar ato de polícia, o Estado realizar serviço público". E conclui: "E lado a lado, no guichê do correio ou de qualquer outra repartição em que se preste serviço, haja desempenho do poder de polícia, o milionário e o miserável vão pagar a mesma coisa por aquele serviço. São taxas, porque informadas pelo princípio da redistribuição, inteiramente distanciadas do princípio da capacidade contributiva." (in Revista de Direito Tributário, RT, SP, 1989, p. 240).

## 5. Base de cálculo

Geralmente se estabelecem quantias referentes ao pagamento das taxas, sem que se recorra a alíquotas ou bases de cálculo. O valor da taxa poderá ser também calculado em decorrência de elementos, como sobre área do imóvel no exemplo de taxa de licença para localização de estabelecimento comercial, hipótese em que a lei indicará a alíquota correspondente.

O mais lógico e justo é supor-se que o **quantum debeatur** estará jungido aos custos da atividade estatal prestada ao

contribuinte, ou colocada à sua disposição. Extrapolando-se tal limite natural, defrontar-se-ia com verdadeiro imposto.

## II — TAXAS MUNICIPAIS

### 1. Autonomia Municipal

O Município, enquanto entidade jurídico-política, é criação do Direito pátrio. Consigna Michel Temer que: "os Municípios titularizam competências próprias. Dê-lo o art. 30. Tudo o que disser com a administração própria, no que respeite ao seu interesse local. Caracterizada a matéria como sendo de interesse local do Município só o legislador municipal dela poderá cuidar". (in Elementos de Direito Constitucional, 8ª ed., RT, SP, 1991, p. 105).

Leciona com sabedoria o eminente constitucionalista Paulo Bonavides, que "em países de sistema federativo onde a autonomia municipal não chegou ao grau culminante de último registrado no Brasil, cuja nova Constituição produziu e institucionalizou um federalismo tridimensional, posto que ainda imperfeito na rudeza de algumas de suas linhas, mas sem paralelo em qualquer outra forma contemporânea de organização do Estado, a administração autônoma dos municípios recebe uma proteção constitucional que faria inadmissíveis e nulos atos legislativos, não importa de que natureza — ordinária ou constituinte — praticados na esfera do poder do Estado-membro, com violação, em qualquer sentido e direção, daquilo que essencialmente pertence à autonomia das coletividades comunais." (in Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., Malheiros, SP, 1993, p. 283).

Como se vê, a presença dos Municípios na esfera jurídico-política do Brasil adquire contornos próprios, sustentando-se esta autonomia, constitucionalmente, dentre outros, no art. 29, o qual prevê suas leis orgânicas. Se politicamente assegurada restou sua autonomia, incompleta estaria a mesma se despojada a municipalidade dos recursos financeiros possibilitadores de uma efetiva autonomia.

Desta forma, e atendendo o constituinte a muitas reivindicações de municipalistas, houve sensível descentralização tributária, no sentido de que se delegou aos Municípios maior competência para instituição de tributos. Assim, além da descentralização política, a Constituição de 1988 tentou outrossim promover um sistema tributário menos concentrado.

Apesar dessa tentativa, à União continua reservada a maior parcela da competência tributária, enquanto a técnica de distribuição de receitas tributárias aos Estados e Municípios revela-se conservadora dos mesmos vícios que mantêm a subordinação dessas entidades em relação à Toda-Poderosa União.

Não obstante tais distorções, a autonomia municipal há de ser resguardada, esteiada na competência tributária que a Lex Magna lhe transferiu. As taxas configuram-se, sem dúvida, num importante mecanismo de transferência de recursos para a promoção do bem-estar da municipalidade, recompensando o poder público das despesas carreadas nas atividades de serviços públicos e exercício do poder de polícia.

## 2. Taxas Municipais

Uma vez expostos os conceitos basilares acerca da matéria em comento, focalizaremos os mesmos à luz dos Municípios, precíua intenção do presente estudo.

Ressalte-se, antes de adentrarmos na proposta acima traçada, que a Constituição não relacionou as espécies de taxas, como fez com os impostos, e assim procedeu acertadamente, pois são as mesmas inumeráveis, despontando a todo momento segundo as prioridades das autoridades.

### 2.1. Taxas Municipais de Polícia

Conforme a douda visão de José da Silva, "as taxas de polícia são cobradas, nos termos da lei municipal, em razão do exercício do poder de polícia do Município." E adita: "as taxas pelo exercício do poder de polícia do Município terão como fato gerador a emissão de um juízo expressivo relativamente às atividades de vistoria, fiscalização, exame, perícia, apuração de fatos, ou ao procedimento de diligências e outras atividades, tendo em vista conceder autorização, permissão ou licença para o exercício de atividades sujeitas à fiscalização ou licenciamento."

Conclui o Professor: "é necessário, para configurar-se o poder impositivo municipal, na espécie, que o exercício do poder de polícia se concretize, pela emissão de um juízo expressivo (prática de ato ou atividade) relativamente ao contribuinte. Não cabe aqui o princípio de que está à disposição

do contribuinte, pois que tal só se dá quanto à formação do fato gerador de serviço". (op. cit., pp. 129, 130 e 131).

Podemos indicar os seguintes exemplos de taxas municipais de polícia:

— Taxa de licença para localização: são decorrentes do policiamento realizado quanto à localização dos estabelecimentos de produção, comércio e indústria ou prestação de serviços, no âmbito do Município.

Tal iniciativa deve-se à necessidade de se planejar a utilização racional do solo urbano, evitando-se que as cidades cresçam preenchendo inadequadamente suas áreas.

Realmente, é ao Município que compete a escolha conveniente do local a serem instalados os estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços. É importante frisar que o Município deverá dispor da legislação embasadora da respectiva atividade municipal de polícia, sobre zoneamento, edificações, parcelamento, uso e ocupação do solo, etc., leis municipais estas reguladoras dos atos de polícia. Lembre-se que há de ser regular o poder de polícia, portanto, fundado em lei.

— Taxa de renovação de licença para localização

A localização não envolve apenas a idéia de situação do estabelecimento, suas confrontações, mas abarca também aspectos de higiene, segurança, ordem, costumes etc.

Destarte, as licenças necessitam de renovação anual, sob pena de interdição do estabelecimento, tendo-se em vista possíveis alterações nos aspectos gerais que o acompanham.

— Taxa de licença para execução de obras

As leis municipais costumam exigir tal licença para construções, reconstruções, demolições ou reformas de qualquer natureza em imóveis pertencentes à sua área.

Todos os proprietários particulares submetem-se ao pedido de licença à Prefeitura, a qual deverá fiscalizar se estão sendo observados os requisitos legais concernentes ao uso, segurança, gabarito, estética, alinhamento, recuo e demais especificações técnicas.

— Taxa de licença para parcelamento do solo

Todas as formas de parcelamento do solo urbano deverão submeter-se ao exame e aprovação do Município, após o que se expedirá competente licença.

— Taxa de inspeção sanitária

É cobrada se o Município mantiver serviço de fiscalização de alimentos, sobretudo de origem animal, destinados ao consumo local. Caso estes produtos já se encontrem submetidos à inspeção federal ou estadual, não poderá a municipalidade cobrar taxa de reinspeção.

— Taxa de licença para propaganda ou publicidade

Caso o Município exerça poder de política sobre a utilização, nas vias públicas, logradouros, de meios de propaganda ou publicidade, poderá instituir respectiva taxa, atendendo à necessidade de preservação da estética urbana, sossego, bons costumes etc.

### 2.1.1. Taxas de polícia do Município de Fortaleza

A Consolidação da Legislação Tributária do Município de Fortaleza, aprovada pelo Decreto nº 6.105, de 13.05.82, prevê:

— Taxas de Licença (art. 145)

"As taxas de licença têm como fato gerador a permissão para o exercício de atividade ou a prática de atos dependentes, por sua natureza, de prévia autorização do Município.

Parágrafo Único — São as seguintes as modalidades de licença sujeitas à incidência de taxa:

I — Para localização e funcionamento, em cada exercício, de estabelecimento de produção, comércio, indústria, prestação de serviços e similares;

II — Aprovação e execução de obras e instalações particulares;

III — Aprovação e execução de projetos de urbanização em terrenos particulares."

A título de ilustração, a base de cálculo das taxas previstas no inciso I do transcrito preceptivo legal será a área construída do imóvel destinado ao estabelecimento.

## 2.2. Taxas Municipais de Serviços

Caberá às leis municipais comandar os serviços públicos ensejadores de cobrança de taxa, individualizando seus respectivos fatos geradores.

O professor Geraldo Ataliba, citado por José Afonso da Silva, sugere as seguintes espécies para as taxas municipais de serviços: taxa de expediente (fato gerador: recebimento de requerimento, petições e outros papéis); taxa de certidões (fato gerador: expedição de certidões, atestados, fotocópias autenticadas); taxa de colocação de guias, de sarjetas, de pavimentação; taxa de iluminação pública; de cemitério; de guinchamento de veículos; de numeração de prédios; taxas de remoção de lixo; taxas de água e esgoto. (op. cit., pp. 127/128).

— Taxa de coleta domiciliar de lixo

Para que tal taxa seja cobrada pelo Município, mister ofereça o mesmo aos contribuintes o serviço público, específico e divisível, de coleta domiciliar de lixo.

Urge consignar que este serviço tanto poderá ser prestado por administração direta ou indireta, inclusive através de delegação contratual. Destarte, para que esta espécie de taxa seja exigível, não se faz necessária a execução direta pela Prefeitura.

Segundo alguns autores, este serviço público poderá ser remunerado por preço, desde que não exista na prestação o caráter compulsório, essencial aos tributos. Mais adiante traçaremos, em rápidas linhas, a distinção entre taxas e preços públicos.

Entendem outrossim vários tributaristas que a limpeza de áreas públicas de uso comum do povo não constitui fato gerador das taxas, visto tratar-se o mesmo de serviço público geral, e não divisível.

— Taxa de água

Tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, pelo contribuinte, de serviço público de fornecimento de água. Sua utilização poderá ser potencial, mas o serviço há de ser efetivo, conforme já salientamos anteriormente.



Típico serviço público divisível, pois determinada categoria de pessoas irá beneficiar-se com a prestação estatal. Não basta haver a rede de distribuição, pois se na mesma não existe água, a taxa será inviável. Sem fornecimento efetivo de água não poderá haver a conseqüente cobrança de taxa.

O Município poderá instituir taxa ou preço para o serviço. A lei municipal indicará a escolha do administrador.

#### — Taxa de esgoto

Trata-se aqui de fato gerador de utilização, efetiva ou potencial, do serviço público, específico e divisível, de manutenção do sistema de esgotos sanitários, prestado diretamente ao consumidor ou posto à sua disposição.

Também aqui caberá ao Município a escolha dos meios de remuneração através de preço ou taxa.

### 2.2.1. Taxas de serviços do Município de Fortaleza

O art. 144 da mencionada Consolidação aponta as seguintes taxas desta categoria: de pavimentação (inciso II); de expediente e serviços (inciso III); de turismo (inciso IV) e de iluminação pública (inciso V).

Além destas elencadas pela Consolidação, outras mais têm sido criadas, segundo as necessidades da população. Cite-se a taxa de limpeza pública, concebida pela Lei nº 6.750, de 29-11-90, cujo art. 1º estatui, verbis:

**"A taxa de limpeza pública tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, dos serviços municipais de coleta, transporte e destinação do lixo domiciliar prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.**

**§ 1º Considera-se lixo domiciliar o proveniente da unidade imobiliária autônoma, constituída por lotes ou terrenos vagos ou com construções, tais como: casa, apartamento, sala, estabelecimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços, clubes sociais, colégios, hospitais ou qualquer espécie de construção ou instalação autônoma ou prédio de qualquer natureza ou destinação."**

Como ressalva o art. 6º do mesmo Diploma legal:

**"O pagamento de taxa e de acréscimo a ela referentes não exclui:**

#### — o pagamento:

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

Urge traçar, em módicas linhas, diferenciação doutrinária entre taxas e preços públicos. Elegemos, para isto, lição do Professor Hugo de Brito:

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

a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio específico do Estado, a receita que a ela se liga é uma taxa;

b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um preço;

c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço." (op. cit., p. 325).

Destarte, delineadas as considerações expostas, depreende-se que é da alçada do legislador eleger a taxa ou preço para a hipótese ora entelada.

Por último, não é despidendo apontar que alguns tributaristas reputam inconstitucional a cobrança de algumas dessas taxas, como, e. g., taxa de pavimentação (não seria contribuição de melhoria?); de iluminação pública (tal serviço é genérico, prestados à coletividade em geral); de turismo (consideram o fato gerador típico de imposto, pois não há atividade estatal específica, e, mesmo se existisse, não seria específico e divisível).

### III — CONCLUSÃO

Com base nos conceitos lançados ao longo desta exposição, podem-se infirmar várias conclusões:

— As taxas são espécies de tributo do tipo vinculado, ou seja, cujo fato gerador é necessariamente uma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

— O que singulariza a taxa (pois as contribuições de melhoria também são tributos vinculados), é o fato de que a atividade estatal específica há de ser o exercício regular do poder de polícia ou serviço público, específico e divisível, prestado ou posto à disposição do contribuinte.

— O poder de polícia, atividade vinculada ou discricionária, podendo envolver multifacetadas espécies de atuação, deve ser exercida nos limites da lei, sob pena de dele advir o desvio ou abuso do poder.

— Quanto aos serviços públicos, não é acorde a doutrina no apontar de suas características fundamentais, dependendo mais do alvedrio do administrador eleger as prioridades a serem prestadas através dos mesmos.

— Os serviços públicos que dão ensejo à cobrança de taxa deverão ser específicos e divisíveis, embora a doutrina considere sinônimas essas duas expressões.

— Por ser tênue o liame que separa os serviços públicos gerais dos específicos, muitas vezes se observa a cobrança de taxas para o caso de serviço público geral, o que seria fato gerador de imposto.

— A prestação do serviço público há sempre de ser efetiva por parte do poder público. Sua utilização, por parte do contribuinte, é que poderá ser potencial.

— A competência para instituição e posterior cobrança das taxas é comum, isto é, pode ser engendrada União, Distrito Federal, Estados e Municípios, de acordo com a origem da prestação estatal ao consumidor.

— Os princípios constitucionais, na esfera tributária, aplicam-se igualmente às taxas, como não poderia deixar de ser, compreendidas que estão na categoria maior dos tributos. Também o princípio da anterioridade deve ser respeitado no que tange

à instituição das taxas, somente podendo ser cobradas, em determinado exercício financeiro, se houverem sido previstas no anterior.

— As taxas municipais decorrem de atividades prestadas pelo Município ao contribuinte, subdividindo-se em taxas municipais de serviços (e. g., taxas de expediente, de água, de esgoto, de iluminação pública, de remoção de lixo, de pavimentação) e taxas municipais de polícia (e. g., taxas de licença, de inspeção sanitária).

— No âmbito do Município de Fortaleza, existem dentre outras, as seguintes taxas de polícia: licença para localização e funcionamento de estabelecimentos de produção, comércio, indústria e prestação de serviços; licença para aprovação e execução de projetos de urbanização em terrenos particulares. E as seguintes taxas de serviços: de pavimentação; de expediente e serviços diversos; de turismo; de iluminação pública; de limpeza pública.

### IV — BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Joaquim Castro, Regime Jurídico das Taxas Municipais, Rio de Janeiro, IBAM, 1982.
- ATALIBA, Geraldo, Sistema Tributário na Constituição de 1988, RDT nº 47.
- BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989.
- MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário, 7ª ed., Malheiros Editores, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros Editores, 1990.
- REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, 18ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- Fundamentos do Direito Tributário e Tributos Municipais, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1978.
- TEMER, Michel, Elementos de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

## UMA VISÃO SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

FERNANDO ANT<sup>o</sup> COSTA DE OLIVEIRA

Ex-Procurador do Município de Fortaleza  
Procurador da Fazenda Nacional

- SUMÁRIO: § 1<sup>o</sup> Considerações Iniciais.  
§ 2<sup>o</sup> O Sentido da Interpretação das Normas Constitucionais:  
2.1 A Investigação do conteúdo Semântico da Norma.  
§ 3<sup>o</sup> Alguns Pontos de Apoio à Interpretação Constitucional.  
§ 4<sup>o</sup> Consideração Final: A Interpretação da Constituição conforme as Leis.  
Bibliografia.

### § 1<sup>o</sup> CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; dado que a identifica e diferencia de outras mais, enquanto ciências da realidade.

Todavia, esta afirmação não nos deve levar a crer que as normas constitucionais e a sua correspondente doutrina metodológica afastam-se da realidade fática, não mantendo com ela qualquer vínculo. Ao revés, a adequada compreensão do conteúdo e sentido dos preceitos constitucionais deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica (ordenamento constitucional) e a realidade político-social a ela subjacente.

A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e George Jellinek, no "positivismo sociológico" de Carl Schmitt (1).

Porém, no Direito Constitucional moderno, deve-se fazer claro que as possibilidades da Constituição resultam da correlação entre ser ("Sein") — realidade — e dever ser ("Sollen") — norma. A sua maior eficiência, a sua ótima concretização (2), não pode ser obtida pela simples subsunção lógica, ou, unicamente, pela construção conceitual.

Em outras palavras, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na pretensão de se ver realizada. Desta forma, "essa pretensão de eficácia ("Geltungsanspruch") não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, uma relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a **conformação**, o **entendimento** e a **autorização** das proposições normativas" (3) (g. n.). Note-se que a realidade a qual nos vimos referido é aquela presente, sobre a qual efetivar-se-á os comandos constitucionais, embora as circunstâncias históricas passadas e uma visão prospectivo não devam ser esquecidas.

Urge evidenciar que, malgrado as circunstâncias culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes em um dado momento histórico condicionem a **justa** concretização da Constituição, não logrando, espontaneamente, êxito as disciplinas normativas contrárias a estes fatores, "a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade" (4).

É certo que, se não quiser permanecer estéril, a Constituição jurídica não deve ser produzida em desacordo com a natureza singular do presente, ou seja, o Estado não deve ser construído de forma abstrata e teórica, para que não careça do imprescindível germe de sua força vital" (5). Todavia, sua capacidade de regular, suas possibilidades de ordenar, não estão limitadas à sua compatibilidade com a realidade que a envolve, ou seja, aos fatores reais de Poder. Se assim o fosse, recairíamos naquela perigosa orientação de Ferdinand Lassale, que podemos encontrar referida no opúsculo "Die Normative Kraft Der Verfassung", traduzido para o português com o título (A Força Normativa da Constituição", de autoria de Konrad Hesse, segundo a qual a Constituição jurídica não passa de um pedaço de papel, constituindo-se as relações fáticas a força ativa determinante da Constituição, das leis e das instituições sociais. Em resumo: em face de um conflito entre ambas, sucumbiria a Constituição jurídica.

A Constituição deve lograr converter-se ela mesma em uma força ativa, capaz de emprestar direção e forma, impor fronteiras, e, outrossim, de modificar a realidade. Para tanto, além de enraizar-se nas condições sócio-políticas que a ela subjazem, faz-se imprescindível a disposição do sujeito que virá a concretizá-la — legislador, magistrado, administrador —, em orientar a sua conduta para a compreensão de que a ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, da necessidade e do valor de uma ordem inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbitrio de forças políticas, econômicas e sociais, e que, mormente, qualquer ordem jurídica só adquire e mantém sua força normativa através de atos de vontade.

Parafraseando Konrad Hesse [6], uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na orientação constitucional, mas, ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica constitucional estabelece o limite de sua interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade de uma proposição constitucional, e a vontade do sujeito concretizante em consolidá-la e fazê-la eficaz, não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de um preceito normativo da Constituição não pode mais ser realizado, exige-se, então, a revisão constitucional. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a anulação do próprio direito.

Em resumo: a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo, porém ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade. Em caso de conflito, ela não deve, necessariamente, ser considerada a parte mais fraca.

E como já deve ter sido possível vislumbrar, a interpretação exerce decisivo papel nesta consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

## § 2º O SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

À primeira vista, a interpretação das normas constitucionais em nada se diferencia da exegese de outros textos jurídicos. A tarefa de interpretar a Constituição é a de compreender, mediatizar o conteúdo semântico dos símbolos linguísticos escritos em seu corpo.

Todavia, uma observação mais acurada demonstrará que, embora não seja de natureza diferente das que se opera em outras áreas, a interpretação jurídica da Constituição comporta especialidades.

A consciência de que a interpretação constitucional possui especialidades surgiu na segunda metade do século XIX [7], quando se superou a crença liberal no imediatismo da Constituição e partiu-se para a construção dogmática dos sistemas constitucionais.

De então, "interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe **metodicamente** a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administrador, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar-concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente **justo** através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (HESSE). Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda norma é **significativa**, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa" [8].

No caminho desta tarefa metódica jurídica, observou-se que, ao lado de sua grande importância para a definição, segurança e estabilidade do Estado, a exegese constitucional esbarra em dificuldades que a tornam singular. Além da proximidade dos fatos sócio-políticos — enfocados anteriormente, ao introduzirmos estas ponderações —, os sujeitos concretizantes enfrentam, no seu trabalho, a variedade de normas constitucionais quanto à sua incompleição ou indeterminação.

## 2.1 A Investigação do Conteúdo Semântico da Norma

Inegável que o texto constitucional, ou mais precisamente, os enunciados lingüísticos do texto constitucional, é o primeiro elemento do processo de interpretação (concretização) constitucional. E pelo que vimos dizendo até este ponto, indispensável se faz a averiguação do seu conteúdo semântico. Lembre-se que "semântica" é o "estudo das mudanças ou transições sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras" [9].

José Joaquim Gomes Canotilho [10] bem ensina que "a investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais

implica uma **operação de determinação** (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional".

Em primeiro, porque os elementos lingüísticos das normas constitucionais são, por não poucos, polissêmicos ou pluri-significativos. Palavras como trabalho, lei e Estado possuem sentidos diferentes conforme o seu posicionamento na Constituição.

Segundo, desde que, em outros casos, os enunciados lingüísticos são vagos, indeterminados, havendo, ao lado de objetos que cabem inequivocamente no seu âmbito, e ao lado de objetos que estão claramente excluídos do limite do conceito, outros objetos em relação aos quais existem dúvidas quanto à sua caracterização. São exemplos: "independência nacional" (art. 4º, I, CF/88); "sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I, CF/88).

Por terceiro, considerando-se que os termos utilizados pela Constituição são muitas vezes conceitos de valor e que, por isso mesmo, têm de ser preenchidos, em grande medida, pelos órgãos concretizantes das normas constitucionais; o que dificulta, ou impossibilita, nestas situações, o estabelecimento de cânones gerais de interpretação. São exemplos típicos: "dignidade da pessoa humana". (art. 1º, III, CF/88) e democracia.

Em quarto, torna-se difícil bem estruturar os modos ou regras de exegese constitucional, definindo, precisamente, uma metodologia jurídica, porque há preceitos constitucionais que dificilmente são delimitados a partir da simples mediação do conteúdo semântico. José Joaquim Gomes Canotilho a eles se refere como **conceitos de prognose**, citando como exemplo a "grave ameaça" [11], cujo conceito só poderá ser adequadamente definido com a ocorrência fática de uma situação que possa vir a ser inserida em seu âmbito.

E por último, porquanto na interpretação da norma constitucional podem ser tomadas em consideração duas convenções lingüísticas diferentes, e isto em duplo sentido: no primeiro, a convenção baseada no uso científico ou a convenção baseada no uso comum, popular; no segundo, a convenção científica ou norma lingüística do tempo em que surgiu a lei constitucional ou a convenção do tempo da sua aplicação.

Por fim, a teoria da hermenêutica encontra ainda largo obstáculo à sua elaboração em um dado que, igualmente, a singulariza: "a origem compromissória da não poucas Constituições, inspiradas em princípios diferentes, quicá discrepantes" [12].

### § 3º ALGUNS PONTOS DE APOIO À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Pelo exposto, compreendemos que a atividade interpretativa da Constituição, ou seja, a escolha, ou elaboração, do método, e, em especial, do método **justo** para a apreensão do sentido das normas constitucionais, não é tarefa que se esgota com base numa rigorosa alternativa. Todavia, lobrigamos alguns pontos nos quais acreditamos ser possível e seguro encontrar amparo nesta difícil tarefa.

No plano lingüístico, a exegese deve ser iniciada diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, isto é, o intérprete deve ter presente que a norma constitucional não se reduz ao elemento literal. Embora o processo concretizador inicie-se com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional, o sentido que se deve dar ao elemento gramatical, ou seja, o seu real âmbito de incidência, deve ter atenção aos elementos de concretização relacionados com o problema a ser resolvido.

Veja-se bem que não estamos, neste ponto, referindo-nos ao método tópico de interpretação, segundo o qual adapta-se a norma da Constituição ao problema concreto, identificando-se, a partir de vários "tópoi" ou pontos de vista, dentro da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema, não se admitindo qualquer dedução subsuntiva a partir de normas da Constituição.

Somos da mesma opinião de Canotilho [13], segundo a qual o método tópico-problemático, "além de poder conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo "a constitutio scripta" um limite ineliminável (HESSE), que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. MÖLLER)".

O texto da norma é um sinal lingüístico, porém não possui um significado em si mesmo, mas antes refere-se — como já bem enfatizamos na introdução deste trabalho — a um universo de realidade exterior ao texto, embora não se deva esquecer das circunstâncias e fatores do passado, nem de uma certa visão prospectivo.

O postulado que, do ponto de vista lingüístico, deve-se admitir é o da constitucionalidade, segundo o qual os aplicadores da Constituição não devem atribuir um sentido arbitrado aos enunciados lingüísticos das disposições constitucionais, mas limitar-se a determinar o que o legislador constitucional (constituente originário ou derivado) quis, efetivamente, dizer.

É certo que o espaço semântico das palavras são susceptíveis de alteração em função do contexto em que estejam inseridas, porém este fato não autoriza o intérprete a ultrapassar os limites de sua tarefa interpretativa, decifrando significados apócrifos.

No que diga respeito ao caráter aberto, indeterminado, vago, polissêmico de diversas normas constitucionais, cabe ao agente da sua concretização papel fundamental, assumindo ele uma de suas manifestações mais relevantes. O seu pré-conceito da realidade, o seu cabedal de conhecimentos, tanto jurídico quanto extrajurídico (sociológico, histórico, humanístico, político, econômico, filosófico, entre outros), e, mormente, a sua penetração e nacionalidade, contribuirão para a mais adequada escolha entre as convenções lingüísticas possíveis, e para a determinação do âmbito normativo da expressão vaga, indeterminada ou polissêmica.

Vale dizer, a título de ilustração, que "na jurisprudência e doutrina americanas os dois cânones de "constitutional construction" mais utilizados têm sido os seguintes: (1) as palavras ou termos da constituição devem ser interpretadas no seu sentido normal, natural, usual, comum, ordinário ou popular; (2) quando se utilizam termos técnicos eles devem ter o sentido técnico" (15).

No plano político, lembrando o que já, rapidamente, por duas vezes, fizemos referência, a exegese constitucional deve proceder, ponderadamente, com certa dose de evolucionismo. Como orienta Canotilho (14), "o domínio constitucional seria até o espaço jurídico mais adequado para uma perspectiva

**actualista** (= evolutiva, recreativa) (MORTARI) da interpretação dada a necessária repercussão das mudanças político-sociais e do desenvolvimento dos elementos políticos do ordenamento na valorização do conteúdo das disposições constitucionais. Entre um "objetivismo histórico" conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um "objectivismo actualista" extremo, legitimador de uma "estratégia política" de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir a renovação (= actualização, evolução) do "programa constitucional", mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (isto implica: proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas)".

Já sob o ponto de vista teórico-jurídico, acreditamos que alguns postulados tópicos podem auxiliar na tarefa interpretativa, tornando-se pontos de referência para a concretização das normas constitucionais. São eles:

1. o princípio da unidade da Constituição, pelo qual o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar antinomias, contradições entre suas normas. O intérprete deve, a todo instante, apoiar-se no elemento sistemático, procurando estabelecer implicações e inter-relações entre as normas constitucionais a concretizar. O seu "telos" deve ser estabelecer uma síntese globalizante, tendo sempre presente que embora as normas constitucionais possam parecer incompatíveis, elas concretamente jamais o serão, salvo se, se professar a distinção entre normas material e formalmente constitucionais e normas formal mas não materialmente constitucionais, pela qual as primeiras são "normas constitucionais fortes" (16) e as outras (normas constitucionais fracas" (17), sendo aquelas hierarquicamente superiores a estas (esta teoria embora doutrina das normas constitucionais inconstitucionais, diga-se "en passant"), o que a nós se assemelha desarrazoado, desde que só se pode obter uma caracterização segura da matéria constitucional pelo critério formal, não havendo, (a priori", uma reserva de Constituição, podendo, pois, as normas constitucionais penetrar em qualquer matéria, o que se faz, por vezes, salutar.

2. o princípio da integralização política, social e cultural, em vista do qual na densificação das normas constitucionais deve dar-se primazia às interpretações que favorecem a combinação dos diferentes aspectos sociais, políticos e culturais, conciliando-se, na medida do possível, os anseios da maioria com

os da minoria, arrancando-os da conflitualidade para conduzi-los a solução pluralisticamente integradoras. Não se confunda integralização com procedimentos conducentes a reducionismos e autoritarismos, contudo.

3. o princípio da máxima efetividade, também conhecido por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pelo qual "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" [18]. A cada norma constitucional, o intérprete deve conferir o máximo de capacidade de regulamentação, não podendo a nenhuma dar-se uma exegese que lhe retire ou diminua a razão de ser. "É hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" [19].

Insere-se no conceito deste princípio a orientação pela qual "os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta" [20], com a necessária ressalva de que a eficácia implícita de um preceito deve ser, igualmente, pensada em conjunto com a eficácia implícita ou explícita das outras normas constitucionais.

4. o princípio da conformidade funcional, que possui o seguinte alcance: o intérprete não pode chegar a uma concretização "que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (EHMKE)" [21].

Em outras palavras, o princípio da conformidade funcional opõe-se a qualquer iniciativa consistente na revisão **informal** do compromisso político assumido através da Constituição.

Todavia, a rejeição de qualquer processo informal de mutação constitucional não implica na admissão a um entendimento da Constituição como um texto estático e rígido, indiferente às alterações correntes na realidade fática envolvente do Texto Constitucional. E isto, parece a nós, que vimos reforçando desde o início destas considerações. Toda e qualquer alteração do âmbito, da esfera, do preceito constitucional é sempre bem vinda, especialmente se com um justo aspecto prospectivo, evolutivo. Porém, bem vinda se não se traduzir "na existência de uma **realidade constitucional inconstitucional**, ou seja, alterações manifestante incompatíveis pelo programa da norma [22] constitucional. Uma constituição pode ser fle-

xível sem deixar de ser firme" [23] (g.a); sem contrariar os princípios estruturantes do Estado, contidos em seu texto.

"O reconhecimento destas mutações constitucionais silênciosas ("stillen Verfassungswandlungen") é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional" [24].

5. o princípio da força normativa da Constituição, já bastante focado no primeiro parágrafo deste nosso trabalho, resume-se na evidência pela qual, se não desprezados os fatores sócio-político-culturais, e existindo uma "vontade de Constituição" [25], a mesma transformar-se-á em força ativa prevalecente sobre as questões de poder, e não em mero pedaço de papel.

#### § 4º CONSIDERAÇÃO FINAL: A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO CONFORME AS LEIS

Para finalizarmos, desejamos fazer breve alusão a uma questão que se tem levantado, e que se faz merecedora de nossas reflexões: a hipótese da interpretação da Constituição em conformidade com as leis infraconstitucionais.

"A expressão deve-se a Leisner e com ela quer-se significar que o problema da concretização da constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias, decisões judiciais e outros elementos da "práxis" jurídica. Nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais" [26].

Particularmente, acreditamos na utilidade deste tópico exegético; porém, com as devidas restrições.

Certamente, a pesquisa em leis antigas pode auxiliar a encontrar o sentido de regras, princípios e instituições que, porventura, anteriormente nelas encontravam abrigo e viram-se, "a posteriori", incorporadas ao texto constitucional, adquirindo a sua correspondente dignidade. Mas, é preciso ter sempre consciente, por outro lado, que o sentido das leis passadas, em não poucas vezes, ganham um significado completamente diferente na Constituição. Se assim não se proceder, a consequência é que a interpretação da Constituição de acordo com as leis poderá reverter o seu real sentido, caracterizando-se, então, como uma exegese inconstitucional.

Mas, para além deste ponto, a doutrina da Constituição conforme as leis aponta na direção das hipóteses de inter-

pretação de acordo com as leis presentes. E neste ponto divergimos desta orientação, trazendo à colação uma argumentação baseada em preciso raciocínio [27].

"Estas leis, que começaram por ser actuações ou concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua mais imediata ligação com a realidade e os problemas concretos, por se transformar em "indicativos" das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais, cujo sentido se alterou. Do direito infraconstitucional partir-se-ia para a concretização do direito constitucional". "Teríamos, assim, legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei".

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] KONRAD HESSE - "A Força Normativa da Constituição", p. 13.
- [2] KONRAD HESSE - ob. cit., p. 22.
- [3] KONRAD HESSE - ob. cit., pp 14/5.
- [4] KONRAD HESSE - ob. cit., p. 19.
- [5] KONRAD HESSE - ob. cit., p. 15.
- [6] KONRAD HESSE - ob. cit., p. 23.
- [7] cf. JORGE MIRANDA - "Manual de Direito Constitucional, Tomo II, p. 225.
- [8] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - "Direito Constitucional", p. 146.
- [9] AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA - "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", p. 1565.
- [10] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 154.
- [11] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 154.
- [12] JORGE MIRANDA - ob. cit., p. 226.
- [13] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 151.
- [14] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 149.
- [15] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 156, nota de rodapé 9.
- [16] e [17] MAUNZ, apud José Joaquim Gomes Canotilho, p. 69.
- [18] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 162.
- [19] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 163.
- [20] JORGE MIRANDA - ob. cit., p. 229.
- [21] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 163.
- [22] JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 155.



- 23 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 166.  
 24 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 166.  
 25 KONTAD HESSE - ob. cit., p. 19.  
 26 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 170.  
 27 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO - ob. cit., p. 170.

## BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed., Coimbra, Livraria Almeida, 1989.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza, Imprensa Universitária, 1989.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991. Original alemão.
- JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **A Interpretação Constitucional na Atualidade**. In: CONSTITUIÇÃO DE 1988, LEGITIMIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA, SUPREMACIA. São Paulo, Ed. Atlas S/A, 1989.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed. Original alemão.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II**. 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, Ltda., 1988.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1992.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

PARECER Nº 592/92

PROCESSO Nº: 2254/92-PGM

INTERESSADO : ANTÔNIO CAUBI ANDRÉ

ASSUNTO : INDENIZAÇÃO

**EMENTA:** Tratando-se de hipótese de força maior, inexistente para o Poder Público, a obrigação de indenizar, mormente quando não restou devidamente comprovada a conduta quer comissiva quer omissiva da EMLURB, in casu, bem como sua vinculação com o dano ocorrido. Cuida-se, pois, de incidência de "excludente de responsabilidade".

ANTÔNIO CAUBI ANDRÉ, devidamente qualificado no requerimento apenso à fl. 3 destes autos, pleiteia o pagamento de uma indenização, em decorrência do sinistro ocorrido com seu veículo de marca Voyage, placas XX 0501-CE, ano 1991, atingido pela queda de uma árvore situada no canteiro central da Av. José Bastos, com base no Laudo Pericial fornecido pelo DETRAN (fls. 07 a 10 - PGM).

Segundo o mencionado Laudo, o sinistro ocorreu da seguinte forma: "...trafegava o Volkswagen Voyage de placas XX 0501-CE pela faixa interna da Av. José Bastos, na sua mão de direção e no sentido Centro-Bairro, quando nas proximidades da Rua Gustavo Braga, teve sua dianteira e o teto atingidos por um caule (com galhos) de uma árvore, a qual quebrou no seu tronco, situado no canteiro central, segundo consta, por um vento forte que soprava na ocasião do sinistro:" (grifamos).

Por último, conclui o Laudo Pericial que "cumprindo, finalmente, consignar que o acidente em apreço originou-se da queda do caule de uma árvore, quebrada em região ressequida pela ação das intempéries e cuja responsabilidade pela conservação é da EMLURB - Empresa Municipal de Limpeza Urbana" (grifos nossos).

Observe-se que, à EMLURB, foi imputada a responsabilidade pela conservação das árvores situadas no canteiro central da Av. José Bastos, e muito provavelmente, pela conservação de todas as demais existentes nos diversos canteiros desta capital.

Todavia, a responsabilidade patrimonial do Estado decorre não de conjecturas ou suposições, mas de expressa determinação legal. Modernamente, a responsabilidade patrimonial do Estado tem como fonte, as disposições contidas no § 6º do art. 37 da Constituição da República.

Mais que discutir se a EMLURB é ou não responsável pela conservação das árvores situadas nos canteiros centrais da cidade de Fortaleza, importa ainda, em caso afirmativo, definir se à hipótese aqui apresentada é aplicável a teoria do risco administrativo ou da responsabilidade subjetiva.

Cumprime primeiramente destacar, que não ficou comprovado nestes autos ser a EMLURB efetivamente responsável pelo sinistro; e, em segundo lugar, que o pedido do requerente fulcra-se única e exclusivamente, na conclusão apresentada no Laudo Pericial do DETRAN, que, além de não ter competência para definir as responsabilidades dos Órgãos e Entidades Públicas, de vez que esta é fixada por lei, não é também indicado para diagnosticar como causa da árvore ter caído, o fato da mesma ter sido quebrada em "região ressequida pela ação das intempéries", por absoluta carência de necessária qualificação técnica.

Ademais, no que concerne a questão da responsabilidade patrimonial do Estado, importa sejam feitas algumas colocações, em face mesmo da dificuldade de aplicação desse princípio em relação ao caso ora examinado.

O princípio da responsabilidade patrimonial do Estado constitui-se um dos pilares do Estado de Direito, a par de outros como o princípio da igualdade e da legalidade, exercendo uma função tão relevante quanto os demais, tendo em vista seu duplo objetivo. Em primeiro lugar, implica na sujeição do Estado às regras do ordenamento jurídico, e, em segundo lugar, visa assegurar ao indivíduo a integridade de seu patrimônio, na hipótese deste vir a ser lesado pelo Estado, seja direta ou indiretamente, por meio de conduta omissiva ou comissiva, legítima ou ilegítima.

Não é demais lembrar que o princípio da responsabilidade patrimonial do Estado firmou-se de forma lenta e gradativa, evoluindo a partir de sua negação, posto que, de início predominou o princípio da irresponsabilidade do Estado, assentado na base dos Estados absolutistas, estendendo-se até a Idade

Média. De acordo com esse princípio, o Estado não era responsável por quaisquer prejuízos causados a terceiros por seus funcionários, considerando-se que sua finalidade precípua era, precisamente, "a tutela do direito". Assim, no momento em que esse direito fosse violado por funcionários do Estado, estes, na verdade, estariam agindo não como funcionários, mas como particulares, portanto, apartados do Estado. Tal princípio, segundo Laferrière, justifica-se pelo fato de que "o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação", fórmula esta, sintetizada pela teoria regaliana, norteadora do princípio e amplamente difundida na França "Le roi ne peut mal faire", ou ainda, como se afirmava na Inglaterra "The king can do no wrong".

Aduz Cretella Jr. que "Fora dos Governos absolutos, também vigorou a tese da irresponsabilidade, mas com outro fundamento. Seu pressuposto, no campo extra contratual, é o dolo e a culpa, elementos que, como é óbvio, não podem ser admitidos relativamente ao Estado, guardião do direito.

Se Agentes Públicos, operando conforme o direito, causam danos a terceiros, a eles, tão-só, cabe a responsabilidade, que é pessoal, porque o rei está escudado na máxima secular: o rei não pode errar (The king can do no wrong).

Na época do Rei Henrique II, criou-se o Tribunal do Rei, admitindo-se a possibilidade de demanda contra o senhor Feudal, reclamando indenizações por danos que ele causasse através de serviços sob sua guarda. Na realidade, porém, o Tribunal era do rei, que estava acima de tudo, ficando, pois, a Coroa isenta da obrigação de indenizar" (J. Cretella Jr., in Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 1989, pág. 86).

No século XIX, o direito inglês passou a admitir a possibilidade de ação contra o Estado, utilizando, entretanto, um subterfúgio que consistia em designar um funcionário para atuar como réu, sendo que, se este fosse condenado, o tesouro pagaria a indenização. Esta prática foi abolida pela suprema corte por volta de 1946/1947.

Por outro lado, na França, o princípio da irresponsabilidade não conduzia a uma desproteção completa dos administrados em face de comportamentos unilaterais do Estado. Em parte, admitia-se a responsabilidade quando leis específicas a previssem expressamente. Assim, admitia-se a responsabi-

lidade do funcionário quando o ato lesivo estivesse diretamente ligado a um comportamento seu. Ou seja, o funcionário responderia com seu patrimônio pessoal, inexistindo qualquer garantia administrativa. Todavia, o art. 75 da Constituição do Ano VIII, vigente aquela época, estabelecia que as ações movidas contra os funcionários, perante os Tribunais Cíveis, dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado Francês, o que, na prática raramente acontecia. Esta garantia vigorou até 1870.

A tese da completa irresponsabilidade do Estado, calcada no nepotismo absolutista, foi pouco a pouco substituída por teorias de fundamento jurídico.

O marco dessa evolução histórica é representado pelo caso Blanco, oriundo do Tribunal de Conflitos da França, consoante destaca Celso Antônio Bandeira de Melo com incomparável clareza em sua obra Elementos de Direito Administrativo:

"O reconhecimento da responsabilidade do Estado, à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de direito público, como se sabe, teve por marco relevante o famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873. Ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado "não é nem geral nem absoluta" e que se regula por regras especiais, desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evoluiu de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma **responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso**".

Na verdade, as teorias civilistas demonstraram-se incapazes de explicar um instituto próprio do direito administrativo, deixando clara a necessidade de se informar o direito público não através daqueles argumentos, já reconhecidamente incompletos e insatisfatórios, mas sim de princípios publicísticos. A partir dessa constatação, surgiram inúmeras teorias de cunho publicístico, finalizando explicitar a responsabilidade civil do Estado por ato de seu agente, destacando-se a da culpa administrativa, a do acidente administrativo e a do risco integral.

Vale ressaltar que, no Brasil, desde a época do Império, já se consagrara a responsabilidade extracontratual do Estado (Constituição de 1824), e as Constituições posteriores, de uma forma ou de outra, mantiveram a tese da responsabilidade, de modo que, em 1946, adotou-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, confirmada pelas Cartas de 1967, 1969, culminando nas atuais disposições do art. 37, § 6º da Constituição da República.

O que se infere com perfeita nitidez, é que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado é hoje aceita unilateralmente, entretanto, embora esta teoria tenha se divorciado inteiramente da teoria civilista que preconizava a responsabilidade com culpa, verifica-se que, determinadas situações, aplica-se a teoria da culpa administrativa ou seja, da responsabilidade subjetiva.

Diógenes Gasparini salienta que "... se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado ou teoria do risco administrativo. Ao contrário disso, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas as da irresponsabilidades e do risco integral" (in, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2ª Ed. 1992, pág. 607).

O § 6º do art. 37 da vigente Constituição foi bastante claro ao dispor que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa." Ficou mantida a tese da responsabilidade objetiva da Administração Pública, sob a modalidade do risco administrativo. Todavia, conforme preleciona o saudoso Hely Lopes Meirelles "o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos: não responsabilizou objetivamente à Administração por atos predatórios de

terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes fatos estranhos a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova de culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se comprovar a culpa da Administração. E, na exigência do elemento subjetivo culpa, não há qualquer afronta ao princípio da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, § 6º, da Constituição da República, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos e não atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos" (In, Direito Administrativo Brasileiro, 14ª Ed., pág. 555).

Ora, para que o Estado possa ser responsabilizado, há que se perquirir acerca dos comportamentos administrativos geradores do dano, e ainda, se este é passível de ser indenizável, bem como, se a hipótese examinada não se enquadra entre as excludentes de responsabilidade. Pois, na abalizada lição do eminente Celso Antônio Bandeira de Melo, "uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra é questionar-se sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano".

E continuando, esclarece o citado Autor que o fundamento da responsabilidade se biparte da seguinte forma: "a) No caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamento ilícitos comissivos, o dever de reparar, já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade;

b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público — mesmo que não seja o Estado o próprio Autor do ato danoso — entendemos que o fundamento da responsabilidade

estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio de igualdade, noção básica do Estado de Direito", (ob. cit. 337/338).

Outro aspecto a ser analisado, diz respeito aos caracteres da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade, que segundo ainda o retocitado mestre "exige o discrimen de três situações distintas a saber:

a) Casos em que é o próprio comportamento do Estado que gera o dano. Trata-se, portanto, de conduta positiva, é dizer, comissiva do Estado;

b) Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. É a hipótese de "falta de serviço", nas modalidades em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente ou ainda funcionou de modo incapaz de obstar a lesão;

c) Casos em que também não é atuação do Estado que produz o dano, contudo, é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco (em geral — embora nem sempre — em razão da guarda de coisas ou pessoas perigosas). Nestas hipóteses pode-se dizer que não há causação direta e imediata do dano por parte do Estado, mas seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém, decisivo, na linha de causação" (ob. cit., pág. 341).

Estamos diante, pois, de três hipóteses de engajamento de responsabilidade patrimonial do Estado, sob argumentos, ou melhor, fundamentos diversos. O que se impõe, de logo, ressaltar, é que, no Brasil, predomina a tese da responsabilidade objetiva do Estado. A par dela convive harmônica e pacificamente, a tese da responsabilidade subjetiva, consoante já salientou o ilustre Hely Lopes Meirelles, exigindo a apuração e devida comprovação da culpa por parte da Administração, a fim de ensejar a responsabilidade do Estado"

Aliás, como adverte o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, a responsabilidade por "falta de serviço" é, indiscutivelmente, responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa

ou dolo. A propósito, aduz o festejado mestre que "Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, do Estado, que, então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quando à realização do serviço.

Mas, repita-se, responsabilidade com base em culpa. É culpa do próprio Estado, do serviço que lhe incumbe prestar, não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém, ao funcionamento ou não funcionamento do serviço, por falha na sua organização. Cabe, neste caso, à vítima comprovar a não prestação do serviço, ou a sua retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo." (in, Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. II, Ed. Forense, pags. 482/483).

No que concerne a responsabilidade objetiva do Estado, diz o citado Mestre que "já a teoria do risco-proveito não admite tal prova, pois não cogita de culpa, sequer de culpa presumida. A responsabilidade existe sempre *jure et de jure*, salvo dolo, ou culpa lata da própria vítima, equivalente ao dolo, demonstrações essas a cargo do réu" (ob. cit. pag. 483).

De conseqüente, tratando-se de responsabilidade objetiva, necessário que se comprove apenas a ocorrência de dois fatores: a) a existência do dano e b) o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano responsabilizável.

Carmen Lúcia Antunes Rocha ressalta em seu artigo "Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado", a importância desse fator para caracterização da responsabilidade objetiva, destacando que "Incontroversa é a essencialidade da questão referente à causalidade a ser demonstrada entre o comportamento estatal e o dano produzido. Por isso, assevera-se que a responsabilidade condiz com a noção de imputabilidade, porquanto aquele nexo faz com que seja atribuída a obrigação reparatória ou compensatória caracterizadora da responsabilidade a uma pessoa identificada para o Direito.

Na hipótese aqui versada, para se imputar ao Estado a obrigação em que se constitui a sua responsabilidade patrimonial extracontratual, é de se fixar quando o seu comportamento foi causa do dano e quais as características de dano que podem ser verdadeiras sob o título de seu dever", (in A Nova Ordem Constitucional — Ed. Forense, 1990, págs. 131/132).

Certo é que nem todo dano é indenizável, porquanto existem casos de excludentes de responsabilidade — caso fortuito e força maior — ademais, para que o dano seja indenizável, necessário se faz que estejam presentes os elementos que o caracterizam.

Assim, merece destaque a indicação desses elementos que compõem o embasamento da tese da responsabilidade com culpa do Estado, a fim de que fique claramente demonstrada a vinculação entre o evento danoso e a atuação da Administração Pública, que resulta na obrigação de reparar o dano. Valemo-nos, pois, da lição preconizada por Maria Emília Mendes Alcântara, que diz que "neste passo, cabe indicar quais as características do dano indenizável, vez que não é todo o dano que se indeniza. Deve ser certo, e não meramente, eventual, embora possa se verificar no futuro. Deve ser especial, na medida em que venha a colher especificamente uma pesada ou um grupo determinado de pessoas, e não toda a coletividade, porque não haveria a violação do princípio da igualdade. Deve ser ainda anormal, ou seja, exceder razoavelmente todos os ônus e incômodos que são obrigados a suportar por viver em comunidade. Assim, quando se realiza uma obra pública em determinada rua, que traz, por conseqüência, transtorno para todos os moradores, pode ocorrer que, eventualmente, um morador seja gravado excepcionalmente por essa obra. Então, a anormalidade reside aí. Deve além disso, afetar uma situação juridicamente protegida. Não se poderia sustentar, por exemplo, que alguém que estivesse transportando uma carga contrabandeada e tivesse o seu veículo abalroado por uma viatura oficial, com destruição do produto contrabandeado, viesse a pleitear indenização. Por fim, deve ter conteúdo patrimonial, deve ser aferível economicamente", (in Direito Administrativo na Constituição de 1988, Editora RT., 1992, pag. 203).

Portanto à falta desses elementos, não há que falar em responsabilidade objetiva, poder-se-ia, no máximo, averiguar

a possibilidade de responsabilidade subjetiva, pois, conforme adverte Diogo de Figueiredo: recorde-se que a responsabilidade patrimonial do Estado fundada no risco administrativo cede ante a prova de culpa da vítima, concorrente, bem como da ocorrência do caso fortuito e de força maior (in Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 1989, pág. 533).

Embora doutrinária e jurisprudencialmente prevaleça a teoria do risco administrativo, é sabido que nem sempre, cabe ao Estado a obrigação de indenizar. Tal obrigação, em princípio, só lhe é exigível em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, não tendo a vítima concorrido para o dano. Desse modo, não há que falar em responsabilidade do Estado por dano decorrente de ato de terceiro, bem como, de força maior.

É sabido que o Código Civil Brasileiro reuniu em uma só definição o que seja caso fortuito e força maior: "o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". É certo ainda, que em seu art. 1058, não distingue os efeitos da força maior e do caso fortuito. Todavia, doutrinamente, reconhece-se que são fatos distintos, apesar de não ser possível vislumbrar com nitidez o que difere especificamente um e outro fato. Por isso, apoiamo-nos nos ensinamentos do Mestre Caio Mário da Silva Pereira que diz que "o nosso direito consagra em termos gerais a escusativa de responsabilidade quando do dano, resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se esses eventos, a dizer que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (factum principis), como ainda a revolução, o furto ou roubo, o assalto, ou, noutro gênero, a desapropriação" (in, Responsabilidade Civil, Ed. Forense, 2ª Ed. 1991, pág. 323).

Vários foram os critérios utilizados por diversos autores, no sentido de apartar o caso fortuito da força maior, no entanto, a valorização subjetiva atribuída a estes elementos pelos doutrinadores mantém aberta a questão. Em face disto, consideramos da maior importância as observações feitas por Caio Mário da Silva Pereira ao dizer que Agostinho Alvim, um tanto na linha de Colin e Capitant, vê no caso fortuito um

impedimento relacionado com a pessoa do devedor enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Daí extrai conclusões de ordem prática: na teoria da culpa o caso fortuito exonera o agente, e com maioria de razão a força maior o absolverá. Para o que se atém à doutrina do risco, o simples caso fortuito não exime o agente. Somente estará liberado este se ocorrer o acontecimento de força maior, ou seja, o caso fortuito externo. Nesta hipótese, acrescenta ele, os fatos que exoneram vêm a ser: culpa da vítima, ordens das autoridades (falt du prince), fenômenos naturais (raio, terremoto) ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação por não ser possível evitar o fato derivado da força externa invencível: guerra, revolução etc" (ob. cit., pág. 323 e 324).

No campo do Direito Administrativo, conforme já foi dito anteriormente, apenas duas são as hipóteses de ocorrência de excludentes de responsabilidade (total): ato predatório de terceiro e força maior.

Entendem os mais renomados doutrinadores, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Melo e o inesquecível Hely Lopes Meirelles, que o fator que mais caracteriza a força maior é a inevitabilidade, mais do que a irrestibilidade e até mesmo a imprevisibilidade, dado que, pode acontecer ser o evento previsível, porém inevitável. Assim sendo; diante de tais considerações, indaga-se: o evento que causou dano ao patrimônio do interessado era previsível? E, ainda que o fosse, era evitável?

Parece-nos que não.

Entendemos pois, que incoorre no caso vertente, hipótese de responsabilidade objetiva do Poder Público Municipal, inexistindo, pelo menos em princípio, a obrigação de reparar o dano, tendo em vista a absoluta ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o evento danoso.

Por outro lado, admitindo-se apenas "Ad Argumentandum tantum" que houve in casu comportamento omissivo do Estado, fundado na teoria da falta do serviço, portanto, com base na tese da responsabilidade subjetiva, ainda assim, seria imprescindível a comprovação de culpa da Administração Pública a ensejar a obrigação de reparar o dano, isto é claro, por meios legais.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que não é recomendável a adoção de "atitudes humanitárias" que visem tão somente beneficiar um determinado administrado em detrimento de toda uma coletividade. Demais disso, os princípios que regem a conduta da Administração Pública existem para ser cumpridos e não a título meramente informativo. E mais, considerando-se que vivemos num Estado de Direito, cumpre observar os princípios que o orientam, como o princípio da legalidade e da igualdade, que representam o sustentáculo do princípio da responsabilidade patrimonial do Estado, hoje indiscutivelmente estabelecida em nosso ordenamento.

Por fim, convém destacar ainda, os sábios ensinamentos do mestre Celso Bandeira de Melo, a propósito do que seja a responsabilidade do Estado:

**"Acompanhamos, sem restrições, a lição de Eduardo Soto Kloss:**

**Quem diz direito, diz, pois, responsabilidade. Perfilhamos ainda seu entendimento de que a idéia de República (res pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, onde não há sujeitos fora do direito. Procedente inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direito, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seu atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo" (ob. cit., pág. 330).**

Concordamos inteiramente com esse entendimento, contudo não restando comprovada a atuação do Estado relativamente ao dano ocorrido, não há que se falar em obrigação de indenizar.

No que pertine a questão ora suscitada, entendemos que se verificou, na realidade, a ocorrência de um evento imprevisível, atribuível a fato da natureza, configurando, portanto, incidência de força maior. Por conseguinte, afastada está qualquer imputação de responsabilidade patrimonial, ainda que subjetiva, uma vez que não ficou comprovada a conduta omissiva da Entidade Pública Municipal, supostamente geradora do dano.

Assim sendo, somos pelo indeferimento do pedido.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 15 de setembro de 1992

Luciola Maria de Aquino Cabral  
Procurador do Município

De acordo com o Parecer.

A consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Procurador Chefe da Consultoria

De acordo.

A consideração do Exmo. Sr. Prefeito.

Fortaleza, 07 de outubro de 1992

José Emmanuel Sampaio de Melo  
Procurador Geral em Exercício

Aprovo o parecer

Juraci Vieira de Magalhães  
Prefeito de Fortaleza



**PARECER Nº 072/91**

**PROCESSO Nº: 3427/90**

**INTERESSADO : SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO  
MUNICÍPIO**

**ASSUNTO : CONSULTA**

**EMENTA:** Estagiários não têm direito a contagem do tempo prestado ao Serviço Público para efeito de aposentadoria e adicionais.

Cuida o presente expediente de consulta formulada pelo Sr. Secretário de Administração da Prefeitura Municipal de Fortaleza, na qual pretende seja respondido se o tempo prestado ao Serviço Público por estagiários conta como tempo de serviço para efeito de aposentadoria e adicionais.

Em apenso encontram-se cópias das Portarias nº 1.002, de 29 de setembro de 1967, que dispõe sobre admissão de estagiários nas empresas; e nº 067, de 05 de junho de 1975, que dispõe sobre o sistema de Bolsas de Complementação Educacional, para estágio de estudantes de escolas superiores, na Administração do Município.

O processo subiu ao Sr. Procurador Geral do Município, que o encaminhou a esta Consultoria, para exame e parecer.

Tendo em vista o cerne do problema apresentado, não se pretende extrair o significado e o conteúdo do mesmo apenas da interpretação isolada das portarias juntas aos autos, mas, confrontá-las com as demais disposições legais referentes à matéria e, também, com o ordenamento jurídico como um todo.

Partindo-se da observação das normas da Carta Magna no que tang e à Administração Pública, embasadoras da ordem jurídica vigente, nota-se que elas referem-se aos **servidores públicos**, sejam eles civis ou militares. Já os seus direitos e vantagens são estabelecidos livremente por cada entidade estatal, obedecidos os princípios gerais.

Na conceituação de Hely Lopes Meirelles, **os servidores públicos** constituem subespécies dos **agentes públicos administrativos**, categoria que abrange a grande massa de pres-

tadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária". (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 354).

Depois de conceituação tão esclarecedora, fica evidente que não se pode enquadrar a categoria de estagiário na denominação de servidor público, excluindo-a, conseqüentemente do domínio das normas atinentes à este.

Estagiário é alguém que aprende ou se especializa em qualquer organização pública ou particular, podendo ou não ter retribuição pecuniária.

Corroborando esse entendimento do que seja estagiário, a Lei nº 6.494, de 07 de novembro de 1977, que dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo, assim estabelece:

Art. 1º ...

§ 1º ...

§ 2º Os estágios devem proporcionar a complementação do ensino e da aprendizagem a serem planejados, executados, acompanhados e avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, a fim de se constituírem em instrumentos de integração, em termos de treinamento prático, de aperfeiçoamento técnico-cultural, científico e de relacionamento humano.

Em resposta a consulta formulada pelo Sr. Secretário de Administração, tem-se a dizer que a contagem de tempo de serviço público é um direito do indivíduo que trabalha na Administração Pública, com vínculo empregatício, mediante estipêndio, ou seja, um direito do servidor público.

Já ficou claro que estagiário, mesmo da Administração Pública, não é servidor público, por não possuir as características deste.

O entendimento reinante na legislação federal e municipal é no sentido de que estágio não gera nenhum vínculo empregatício, e conseqüentemente, nenhum direito dele decorrente.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 133/136 — Mar 1993

A Portaria nº 067/75 reforça esse pensamento ao dispor em seu item VIII:

A concessão de Bolsa de Complementação Educacional, não implica, em nenhuma hipótese, vínculo empregatício entre o estagiário e a Prefeitura Municipal, cabendo a esta apenas o pagamento da Bolsa durante o período de estágio.

Extrai-se semelhante entendimento do mais novo diploma legal acerca da matéria. Trata-se do Decreto nº 87.497, de 18 de agosto de 1982, que regulamenta a Lei nº 6.494/77. Art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º — A realização do estágio curricular, por parte de estudante, não acarretará vínculo empregatício de qualquer natureza.

Está-se tratando da Administração Pública, que por ordem constitucional está submetida ao princípio da legalidade. "No Direito Privado prevalece a autonomia da vontade, agindo a lei como um limite da ação; no Direito Público não existe autonomia da vontade e a lei é o próprio fundamento da ação do Estado" (In Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., Forense, RJ, 1989, pág. 70).

Em outras palavras, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Logo, não deve a Administração Municipal contar o tempo de serviço prestado por estagiários para fins de aposentadoria nem de adicionais, por falta de suporte legal.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 15 de março de 1991.

Maria Goretti Brito de Moraes  
Procurador do Município

De acordo com o parecer.

A consideração do Exmo. Procurador Geral.

Fortaleza, 18 de março de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Coordenador da Consultoria

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 2 (2): 133/136 — Mar 1993

De pleno acordo com o parecer.

Eu submeto à decisão do Exmo. Sr. Prefeito Municipal.

Fortaleza, 18 de março de 1991.

Valmir Pontes Filho  
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

Juraci Vieira de Magalhães  
Prefeito de Fortaleza

**PARECER Nº 032/9 - PP-PGM**

**PROCESSO Nº 03980/91-PGM — 3981/91 PGM.**

**INTERESSADO: CIPEME — CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA  
PEDRO MESQUITA LTDA.**

**ASSUNTO : SOLICITAÇÃO (FAZ)**

**EMENTA** — Proposta de permuta de terreno por acréscimo do solo criado em incorporação imobiliária, além do índice permitido pela legislação vigente. Pontos essenciais das divergências doutrinárias sobre a matéria. Acolhimento do pedido, com observância das condições que indica.

1 — Consta dos presentes autos a solicitação da empresa CIPEME — CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA PEDRO MESQUITA LTDA., no sentido de lhe ser concedido o acréscimo no índice de aproveitamento do terreno destinado ao projeto ora em estudo junto à SPLAN, conforme processo nº 21.141/91, daquela Secretaria (fls. 06).

2 — O pedido da empresa interessada de si não bastou para exprimir com a necessária clareza o conteúdo exato de sua pretensão, omitindo dados essenciais na definição de seus objetivos.

3 — Instada, por via telefônica, a implementar o seu requerimento, a empresa remeteu à SPLAN a correspondência anexa, com a indicação de que o acréscimo pleiteado seria de mais cinco pavimento por cada bloco da incorporação.

4 — A par disso, trouxe aos autos a título aquisitivo do terreno proposto para a permuta com acréscimo do índice de aproveitamento do terreno reservado ao seu empreendimento, embora ainda se encontre aquele imóvel em regime condominial, circunstância esta que não será considerada no presente parecer, ficando assim o seu deslinde a depender de posteriores medidas de responsabilidade exclusiva da empresa interessada.

5 — Complementada, assim e tanto quanto possível, a instrução do pleito, ponha-se, a seguir, o seu exame à luz dos princípios doutrinários e das normas legais atinentes à matéria.

6 — Em primeiro lugar, exsurge no presente caso o entendimento de que as premissas do pleito se adentram nas principiantes construções doutrinárias de abordagem do palpitante tema relativo ao solo criado.

7 — Depois nas dimensões restritas deste parecer, não cabem as múltiplas dissensões emergentes sobre o tema, tantas vezes discutido em simpósios, seminários e encontros dos estudiosos do assunto.

8 — Entretanto, se afigura indispensável que se tragam ao âmbito desta manifestação, algumas noções, quando menos elementares, sobre o solo criado, buscando-se na primorosa monografia de MARCO AURÉLIO GRECO, consultor jurídico da Empresa Metropolitana de São Paulo S.A. — EEMPLASA, a seguinte conclusão:

"A noção de solo criado o considera uma figura jurídica mediante a qual limita-se a dimensão permitida de construção a um percentual da área do terreno, estabelecendo-se que a edificação acima do parâmetro somente será permitida desde que se dê a aquisição do respectivo direito de construir que seria alienado ao interessado por outro particular ou pelo Poder Público (na parte relativa a suas praças e áreas verdes)."

(In Direito do Urbanismo — Uma visão Sócio-Jurídica — Álvaro Pessoa — IBAM — Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., R.J., 1981, pág. 1).

9 — À frente dessa noção concisa, se afastam, como inoportunas, as múltiplas divergências doutrinárias a respeito dos fundamentos jurídicos do solo criado, quando alguns autores entendem que a implantação dessa figura "impõe a separação normativa do direito de construir, destacando-o do direito de propriedade" (v. op. cit. pág. 1).

E conclui MARCO AURÉLIO GRECO:

"isto seria preciso em razão da premissa de que, tendo a nossa Constituição Federal (ressalte-se que o autor se refere à CF antecedente) resguardado o direito de propriedade de ações do Poder Público, salvo despropriação, somente com a autonomização do direito de construir seria possível disciplinar adequadamente

essa possibilidade de criar solo novo, além do limite da metragem do terreno. Aqui, o cerne da colocação está na concepção clássica de propriedade, haurida dos postulados liberais da Revolução Francesa e expressa como uma decorrência da própria personalidade humana (op. cit. págs. 1/2).

10 — Entendemos, todavia, que essa polêmica suscitada ainda sob a vigência da Constituição Federal emendada em 1969, se esvaiu de forma definitiva sob o impacto dos princípios contidos no art. 182 da Carta atual. De feito, coube àquele cânone supremo ditar que "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".

11 — A abrangência de tal norma se amplia com o texto incisivo do § 2º do citado art. 182, por cujos termos "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

12 — No caso específico de Fortaleza, sabe-se que seu PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO se encontra nos últimos estágios de sua aprovação pela Câmara Municipal, inserindo-se em seu texto, como há de se ver após a sua devida publicação, a primeira referência objetiva à figura do solo criado. Antes houve apenas uma menção, de forma velada, a esse instituto, no art. 2º, IV, da Lei nº 6.541, de 21 de novembro de 1989, ao incluir entre a constituição de Fundos de Terras do Município de Fortaleza, "Áreas decorrentes da permuta com o Poder Público Municipal dos direitos de construção, para zonas dotadas de infraestrutura urbana e equipamentos sociais."

13 — Ressalte-se, porém, que até ao advento do PDDU-FOR e da legislação que o complementar, não de prevalecer em torno da matéria sob exame, as disposições da Lei nº 5.122-A, de 13 de março de 1979 e de suas posteriores modificações.

14 — De qualquer sorte, nessa vasta e difusa legislação, constam, há vários anos, drásticas medidas de restrições do direito de construir, limitando-se, entre vários outros de seus

aspectos essenciais; o índice de aproveitamento dos terrenos destinados aos empreendimentos de incorporações imobiliárias, regidas, no caso, pela Lei Federal nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

15 — Sob a égide dessa legislação municipal ainda em vigência e contra a qual a empresa interessada nada arguiu, suscitou-se o seu pleito, restrito ao acréscimo de mais cinco pavimentos a cada bloco integrante do empreendimento, configurando-se, daí, o subsequente acréscimo do solo criado, aumentando-se na mesma proporção a demanda dos serviços públicos existentes na área daquela incorporação.

16 — EROS ROBERTO GRAU, em trabalho que integrará, com o seu brilhantismo de sempre, o primeiro número da Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, ao se referir a esse aspecto do presente tema e citando a Carta do Embu (in O Solo Criado/Carta do Embu, Fundação Prefeito Faria Lima, São Paulo, 1977, pág. 170), leciona:

"É constitucional exigir, na forma de lei municipal como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

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

17 — Essa doutrina se alinha com o mesmo entendimento de MARCO AURELIO GRECO (op. cit. pág. 19):

"Esta constatação de que a atividade de construir acima de uma dimensão não é neutra em relação ao contexto em que se insere, mas provoca custos diretos e indiretos e repercute na dimensão de serviços públicos e infra-estrutura que precisa existir e a opção teórica no sentido de que a função social da proprie-

dade se atinge pela co-participação nas decisões sobre a sua utilização, nos permite defender a aplicabilidade de um outro princípio jurídico, qual seja o do ressarcimento do acréscimo de custos gerados a outrem. De fato, se no contexto institucional vigente ao Poder Público cabe o fornecimento de serviços e infraestrutura, claro está que ele se obriga, desde que as ações dos particulares se restrijam aos limites do que possa ser considerado uma ação normal, não respondendo por uma atuação excepcional. Assim, se o particular pretende extrair de um imóvel uma utilidade excepcional (construindo acima de um parâmetro) o plus de serviços e infra-estrutura gerados por essa ação encontram na ação do particular a causa do seu surgimento e por ele devem ser recompostos."

18 — Essa recomposição integra no caso, o próprio pleito da empresa requerente, ao oferecer ao Município a retribuição da vantagem do solo acrescido, por intermédio de sua permuta com bem imóvel aludido no termo de ingresso do seu pedido.

19 — Observe-se, entretanto, que dos autos não consta nenhuma indicação avaliatória do plus gerado e da contraprestação oferecida, dados que, embora refungindo dos objetivos primordiais deste parecer, não de ser necessariamente estabelecidos por técnicos para tanto habilitados, comprovando-se, na hipótese de deferimento do pedido, a integral equivalência do conteúdo econômico do pleito e de sua contraprestação.

20 — Atendida a essa recomendação e demonstrada, previamente, a equivalência da recomposição proposta, somos pelo acolhimento do pleito a ser formalizado por instrumento próprio e em que se resguarde mais e de forma expressa, qualquer responsabilidade do Município quanto à segurança da edificação de ambos os blocos, caso os mesmos já se encontrem em fase de construção.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 2 de dezembro de 1991.

LUIZ NIVARDO C. MELO  
Procurador do Município

PROCESSO Nº: 1320/90-PGM

INTERESSADO : GERCINA MARIA GONZAGA

ASSUNTO : RETIFICAÇÃO DE ATO DE APOSENTADORIA

**EMENTA:** Impossibilidade de retroagir a Administração para retomarm nomenclaturas e níveis não mais existentes, visando apenas a insatisfação de um servidor diante a estética das novas estruturas.

GERCINA MARIA GONZAGA, ocupante do cargo de Agente de Serviços ANM-13, matriculada sob nº 6719, aposentada, vem pedir retificação de sua aposentadoria, mudando de nível 13, para o nível 18.

A requerente, ao tempo de sua aposentadoria enquadrava-se como Escriturário I, nível A-4. Com a atualização de proventos de 01.10.80 até 01.06.85, o cargo era de Agente Auxiliar de Administração I, ADM-C. Com o Decreto 7072/85, o cargo passou a "Assessor Especial de Assuntos Administrativos, AEA-18 e em julho de 1987 teve seu cargo transformado para Agente Auxiliar de Assuntos Administrativos I-C, que com o enquadramento de 88 (Lei 6887/88), passou a exercer o cargo de Agente de Serviços Administrativos, referência III, nível ANM-13, seu atual cargo e nível.

Deseja pois a postulante, que de seu atual nível, retroaja a Administração para um nível já extinto e que já sofreu duas (2) mudanças.

Vejamos o que diz a atual Carta Magna em seu art. 40, § 4º:

"Os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei " grifamos.

É de notório saber, que a reclassificação, deve recair sobre todos os que a lei alcança, não podendo então, haver considerações em função de retroagir a situação do servidor "A" ou "B", pois estaria, além de ferir uma regra constitucional, ferindo o que é pior: um princípio constitucional, o da Isonomia.

Por outro lado, tomemos a opinião do insigne Hely Lopes Meirelles em sua 16ª Edição de Direito Administrativo Brasileiro.

"Embora o dispositivo constitucional não se refira expressamente à transformação e extinção de cargos, funções ou empregos, é óbvio que o Executivo tem competência privativa para propor tais modificações, a serem feitas também por lei de sua iniciativa" pag. 358.

Ora, o reescalonamento, a reclassificação, são atos de que pode dispor o agente político para melhor conduzir a máquina administrativa que governa. Dentro desta regulamentação, deve o administrador, zelar pelo interesse público, desobstruindo canais, facilitando acessos, organizando e escalonando os níveis.

Ainda, o mestre supra citado:

"Os direitos do titular do cargo se restringem ao seu exercício, às prerrogativas da função e aos vencimentos e vantagens decorrentes da investidura, sem que o servidor tenha propriedade do lugar que ocupa, visto que o cargo é **inapropriável** pelo servidor. Daí porque a Administração pode suprimir, transformar e alterar os cargos públicos ou serviços independentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias. A Lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares — vitalícios, estáveis e instáveis". pag. 361.

Ao reestruturar níveis, alterar nomenclaturas, etc., tenta a Administração melhor gerir os interesses públicos, tomando o funcionalismo apenas como meio, e não "fim" da Administração, como dita Hely Lopes: "E toda vez que esta lhe confere uma vantagem, deve fazê-lo na exata medida do interesse público". pag. 336.

É absurdo, tentar se tomar uma classificação de nomenclatura e níveis, por Direito Adquirido. Pois pode o Chefe do Executivo, com o intuito de melhor organizar sua máquina administrativa, reclassificar cargos, desde que o faça por lei, sem discriminações pessoais.

Sobre o assunto em pauta, vejamos ainda a opinião de Hely Lopes Meirelles:

"O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições,...

O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indespojável de Administração por inerente à soberania interna do próprio Estado". pag.361.

Em parecer dado, às folhas 21 do processo em epígrafe, na letra "d", dispõe: "que teve, a interessada, seu cargo **rebaixado** para o nível ANM-13, em 1988". Ousamos discordar. Para poder ter havido um rebaixamento, deveria este ter ocorrido, dentro do mesmo sistema de nomenclatura e níveis. E isto não foi o que ocorreu. De acordo com documento prestado às folhas 16, do instrumento em estudo, em 01.06.85 até 87, a servidora ocupava o cargo d Assessor Especial de Assuntos Administrativos AEA-18; Em julho de 1987, teve seu cargo transformado para Agente Auxiliar de Assuntos Administrativos I-C; E em 1988 passou a exercer o cargo de Agente de Serviços Administrativos, referência III, nível ANM-13, seu atual cargo e nível. Ora, deseja a pleiteante retomar uma nomenclatura que já não existe, pois já houve desde então, **duas (2)** reclassificações. E quando assim ocorre, há um estudo em torno do que pode mudar, o que vai melhorar, tudo tendo por base ativar a máquina administrativa.

Ainda sobre a alegado, para haver "capitis diminutio" é necessário que a remuneração, o salário-base, tenha sofrido diminuição em seu valor, o que não conseguiu provar a requerente. Pois haver reestruturação de nomenclaturas e níveis, **não significa que**, se no nível AEA-18 percebia a servidora uma quantia "X", com a nova estruturação, no nível ANM-13 haverá **REBAIXAMENTO** de níveis, (como friza o documento de folhas 22) havendo por conseguinte **rebaixamento** de salários.



Somos então, pela improcedência do pedido.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 22 de agosto de 1991.

Farah Jacqueline F. do N. Sousa  
Procuradora do Município

De acordo com o Parecer.

A consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 08 de janeiro de 1992.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Coordenador da Consultoria

De acordo com o parecer, e despacho seguinte.

A consideração do Exmo. Sr. Prefeito Municipal.

Fortaleza, 08 de janeiro de 1992.

José Emmanuel Sampaio de Melo  
Procurador Geral em Exercício

Aprovo o parecer.

Juraci Vieira de Magalhães  
Prefeito de Fortaleza

**PARECER N° 524/92**

**PROCESSO N°: 0352/92-PGM**

**INTERESSADO : HOSPITAL REGIONAL GOVERNADOR GONZAGA MOTA UNIDADE J. WALTER**

**ASSUNTO : SINDICÂNCIA**

**EMENTA:** Instaurada sindicância para apurar fato ocorrido no Hospital Regional Governador Gonzaga Mota - Unidade José Walter. Questiona-se informações para melhor elucidação do fato e conduta a ser adotada pela Comissão de Sindicância.

O presente processo que foi encaminhado à apreciação e parecer desta Consultoria, por determinação do Sr. Procurador Geral do Município, diz respeito ao abortamento de uma paciente de nome MARIA DO SOCORRO NUNES DA SILVA, ocorrido no vaso sanitário do banheiro da sala de observação do Hospital Regional Governador Gonzaga Mota - Unidade José Walter, em 12.09.91, e ao fato de ter sido encontrado um feto na lixeira do referido nosocômio.

O caso foi amplamente divulgado pela imprensa local, através do Programa "Barra Pesada", o que chamou a atenção da diretoria do Hospital para o fato, que logo tomou as providências necessárias à abertura de Sindicância.

O Sr. Secretário de Saúde do Município constituiu uma Comissão de Sindicância, que concluiu em seu relatório às fls. 55, o seguinte:

01. Não foi apurado a responsabilidade pelo chamamento da imprensa;
02. Que o feto encontrado na lixeira do hospital, foi o mesmo retirado do Vaso Sanitário do banheiro da sala de observação;
03. A paciente Maria do Socorro Nunes da Silva abortou no vaso sanitário da sala de observação, por haver ingerido quatro comprimidos do medicamento CITOTEC, comprados pela própria paciente;

04. Que o hospital e os servidores no atendimento da paciente, não têm quaisquer responsabilidades pelo abortamento da paciente;
05. Que o feto foi encaminhado ao Instituto Médico Legal — IML, através da guia nº 194/91, expedida pela 3ª Delegacia Distrital, conforme protocolo de fls. 11 do presente processo;
06. Sugeriu o encaminhamento do processo à esta Procuradoria, por haverem apurado que a paciente provocou auto-aborto, que é crime, nos termos do art. 124, do Código Penal Brasileiro.

O processo em tela foi encaminhado à esta Procuradoria, indo ser analisado pela Comissão de processo Disciplinar — COPAD que, insatisfeita com o relatório da Comissão de Sindicância, apontou em seu despacho às fls. 57, algumas omissões que levariam o processo à sua nulidade, a saber:

- a - Portaria instaurando Inquérito Administrativo;
- b - Xerox da guia fornecida pela Distrital, encaminhando o feto ao IML para exame;
- c - A divergência na referência do Distrito que emitiu a guia para encaminhamento do feto ao IML, 8ª e 3ª, notada entre a xerox do protocolo às fls. 11 e Relatório às fls. 55.
- d - Concluiu que resolvidas essas omissões a Comissão de Sindicância, que não encontrou nenhuma responsabilidade pelo abortamento da paciente, por parte do corpo funcional do hospital, deveria apresentar denúncia à Delegacia competente para que essa, apure a responsabilidade penal da paciente Maria do Socorro Nunes da Silva, que provocou auto-aborto, podendo ser enquadrada por crime, nos termos do art. 124, do Código Penal Brasileiro.

O presidente da Comissão de Sindicância ao falar sobre o despacho do presidente da COPAD às fls. 57, informou:

01. Como não sugeriram instauração de Inquérito Administrativo, não poderiam anexar a portaria necessária;
02. A informação de que o feto foi encaminhado ao IML, foi colhida durante as investigações, conforme depoimento de fls. 21 e cópia do protocolo de fls. 11;

03. Demonstram ser improcedente a divergência na referência do Distrito que emitiu a guia para encaminhamento do feto ao IML.
04. Finalmente reiteram os termos do relatório de fls. 55, e sugerem seja o processo apreciado pela Procuradoria Geral do Município.

Mais uma vez os autos foram enviados à COPAD, que os encaminhou ao Sr. Procurador Geral do Município, para apreciação do despacho do Coordenador da Assessoria Jurídica constante das fls. 58, e do qual discordam das informações prestadas, vez que não retratam e nem comprovam as correções solicitadas às fls. 57 dos autos, e indicaram o encaminhamento à Consultoria desta Procuradoria.

Isto posto e apreciado os termos de declaração dos servidores envolvidos no atendimento da paciente Maria do Socorro Nunes da Silva, concordamos com o item 04 (quatro) do relatório da Comissão de Sindicância às fls. 55, no que afasta a responsabilidade dos mesmos e do hospital, pelo **abortamento da paciente**. Todavia, nota-se que houve negligência por parte da administração do hospital, no que se refere ao destino que deveria ter sido dado ao feto, bem como, à comunicação da ocorrência do fato às autoridades competentes.

Com vistas as solicitações feitas pelo COPAD constantes das fls. 57 dos autos em apreço, as mesmas não foram satisfeitas em relação ao item "b" (xerox da guia fornecida pela Distrital, encaminhando o feto ao IML para exame), que achamos ser de importância para o bom andamento do processo, **inclusive, deveria constar dos autos, também**, o resultado da Necropsia, porventura realizada pelo IML.

Observadas as colocações acima, sugerimos sejam os autos encaminhados à COPAD para que tome as providências necessárias.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 09 de julho de 1992.

Nazaré de Melo Sales  
Procurador do Município

De acordo com o parecer

A consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 15 de julho de 1992.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Coordenador da Consultoria

De acordo com o parecer.

Fortaleza, 16 de julho de 1992.

Valmir Pontes Filho  
Procurador Geral

Aprovo o parecer.

Juraci Vieira Magalhães  
Prefeito de Fortaleza

PARECER Nº 156/93 - CST

PROCESSO Nº: 964/ - PGM

INTERESSADO : MARIA AVANY DE SÁ PEREIRA

ASSUNTO : Acumulação Funcional

Procuradoria Geral  
do Município  
BIBLIOTECA

Sr. Procurador Chefe:

**EMENTA:** — "Constitui ilícita acumulação o exercício simultâneo de dois cargos, sendo um de PROFESSORA, no Município de Fortaleza, e outro de AGENTE ADMINISTRATIVO, na UECE, do Estado do Ceará".

O presente processo é referente à acumulação funcional da servidora MARIA AVANY DE SÁ PEREIRA, que recorre administrativamente ao Sr. Prefeito Municipal contra a decisão do titular da pasta de Administração do Município, que declarou a ilicitude de sua acumulação.

Mostram os autos, de fato, que a recorrente, ao mesmo tempo em que detém um cargo de Professora, na Secretaria de Educação do Município, é titular de um outro, de Agente Administrativo, na UECE.

Em primeira instância, a recorrente defendeu-se alegando, resumidamente, que: a) "EXERCIA" os cargos de Professora do Município de Fortaleza e de Datilógrafa da Universidade do Estado do Ceará — UECE; b) que, com a promulgação da nova Constituição do Estado, "esta acumulação passou à ilicitude, tendo a requerente prestado os informes ao setor de Análise de acumulação dessa Secretaria, conforme consta do Mandado de Segurança anexo, que assim reza...";

c) que, de acordo com o que ficou definido no Mandado de Segurança a que alude, ela peticionante, "não pleiteou a manutenção da acumulação dos aludidos cargos de Professora e Datilógrafa, mas tão somente o requerimento ao seu direito à aposentadoria como Professora, tendo em vista que, ao ser promulgada a Constituição Estadual, já se achava em tramitação o seu pedido de aposentadoria por tempo de serviço, cujo processo ainda se encontra em tramitação nessa Secretaria, sob n. 4077/89"; d) que, transitada em julgado a decisão

proferida no indicado Mandado de Segurança, ela, interessada, requereu ao Secretário de Administração do Município "o prosseguimento do processo de sua aposentadoria e o afastamento das suas funções de Professora, sendo certo — ela diz — que o primeiro "decorre de respeitável decisão judiciária", enquanto que o segundo "é uma disposição legal".

Em decorrência das razões que invocou — finaliza a defendente — "estranhou o recebimento da notificação n. 38/92 (anexa) do Setor de Análise de Acumulação, para tratar de assunto já decidido pela Justiça" (sic).

Como se vê, a tônica da defesa da agora recorrente, nas razões por ela argüidas e acima resumidas, foi a de que havia em seu favor uma decisão judicial a proteger o seu utópico direito à aposentação de um cargo que — ela mesma proclama — estava sendo acumulado **ilicitamente**.

Verifica-se do processo, realmente, que nele existe mais de uma via (cópia) de decisão proferida pelo ilustrado Dr. Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de nossa capital, Dr. Raimundo Bastos de Oliveira, decisão essa entregue à interessada em forma de Certidão, expedida pela Escrivania competente. E o que de tal decisão se depreende, em primeiro lugar, é que ela foi proferida no processo do Mandado de Segurança n. 422/90, do Cartório Privativo dos Feitos da Fazenda Municipal, impetrado pela ora recorrente contra o Presidente da Comissão de Definição das Acumulações Funcionais da Prefeitura de Fortaleza. Depois, constata-se, mais, que, na parte decisória, a sentença de que vem tratando, de logo, a **INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A PROTEGER**, proclamando, ao mesmo tempo, que, "**DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, acumulação de cargos, empregos e funções, tanto na Administração Direta como na Indireta, vem sendo sistematicamente proibida, inclusive mediante leis ordinárias**". E que, **DENEGANDO A SEGURANÇA**, aquele digno julgador ressaltou o direito da impetrante — ora recorrente — "**A TRAMITAÇÃO, na esfera administrativa, do seu pedido para passar à inatividade como Professora do Município de Fortaleza**".

Óbvio, porém, é que não quis o ilustre magistrado prolator daquela decisão proclamar a licitude da acumulação da agora recorrente, até porque, como acima salientado, ele mesmo declarou que a ela falecia qualquer direito líquido e certo a ser

amparado pelo remédio heróico ao qual ela recorreu. E se ilícita não era a acumulação mencionada, óbvio a não mais poder ser é que era ela ilícita, como é. E assim, por via de consequência não lhe poderia assegurar qualquer direito principalmente à aposentação, por motivos evidentes.

Realmente, pessoa esclarecida que é, o Dr. Juiz da 2ª Vara da Fazenda não haveria, nunca, de querer consolidar ou legitimar a situação da requerente, tendo em vista que, já na anterior Constituição (v. a Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.69, em seu art. 99), estava expressamente estabelecido que:

**"É VEDADA A ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS, exceto:**

- I — A de Juiz com um cargo de PROFESSOR;
- II — A de DOIS CARGOS DE PROFESSOR;
- III — A de UM CARGO DE PROFESSOR com outro técnico ou científico, ou
- IV — A de dois cargos privativos de médico".

Ora, se já era, àquele tempo, **irregular ou ilícita**, a funcional da recorrente, **ILÍCITA** ela continua a ser, hoje, na conformidade do que, a seu respeito, estabelece a vigente Carta da República em seu art. 37, XVI, letras **a, b e c**.

Observe-se, a propósito, que no trecho da sentença que a recorrente invoca, do qual procura inutilmente tirar partido, tudo o que foi feito foi apenas que a ela era ressalvado "**O DIREITO A TRAMITAÇÃO na esfera administrativa do seu pedido para passar à inatividade como Professora do Município de Fortaleza**". Ou seja, a ela, por outras palavras, foi assegurado o direito de ver TRAMITAR administrativamente o seu pedido de aposentadoria. O que não significa dizer, entretanto, que a ela foi — pela decisão judicial que invoca — **assegurado o direito de se aposentar**, como Professora do Município. Até porque, esclarecido como é, o Dr. Juiz titular daquela 2ª Vara da Fazenda Municipal, não iria cair numa **contradição** tão infantil, dizendo isso após proclamar a ilicitude da acumulação da impetrante do writ of mandamus que estava a julgar, que findou desatendido, negada que foi a segurança impetrada, face à inexistência de direito líquido e certo a proteger. Des-

taque-se, por oportuno, que, muito pelo contrário, tanto a intenção do Dr. Juiz foi proclamar a ILICITUDE DA ACUMULAÇÃO da aqui recorrente que, na decisão que proferiu, de cópia nos autos, afirmou, com todas as letras, que:

**DECIDO enfatizando de logo a INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE A REPARAR OU DIREITO LÍQUIDO E CERTO A PROTEGER, UMA VEZ QUE: 1 — DESDE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES, tanto na Administração Direta como Indireta, VEM SENDO SISTEMATICAMENTE PROIBIDA; ... 4 — da coação, viciando a manifestação da impetrante QUANDO DA ESCOLHA POR UM DOS DOIS CARGOS QUE OCUPAVA DESDE 01 DE SETEMBRO DE 1979, bem como da obstrução ao seu pedido de aposentadoria no magistério, não se tem prova; ENQUANTO ISSO, RESTOU AMPLAMENTE EVIDENCIADA A REGULARIDADE DO PROCESSO DE DESENCOMPATIBILIZAÇÃO, PELA OBSERVÂNCIA DE TODAS AS FORMALIDADES LEGAIS: NOTIFICAÇÃO, DEFESA, PARECER, DECISÃO E RECURSO IMPROVIDO CORRETAMENTE NA MEDIDA EM QUE OS CARGOS DE PROFESSORA E DE DATILOGRAFA NÃO SÃO TECNICAMENTE COMPATIVÉIS. Denego, portanto, a segurança, RESSALVADO PORÉM O DIREITO DA IMPETRANTE A TRAMITAÇÃO na esfera administrativa de seu pedido para passar à inatividade como Professora do Município de Fortaleza”.**

Assim, como se vê, não se pode, nem por hipótese absurda, admitir tenha o douto subscriptor da decisão acima parcialmente transcrita **determinado à administração** — como maliciosamente a recorrente quer insinuar tenha ocorrido — **scatasse o seu pedido de aposentadoria**. Tudo o que ele determinou, na espécie, foi que assegurado fosse a ela, impetrante e agora recorrente, **“O DIREITO À TRAMITAÇÃO”** na esfera administrativa do seu processo de aposentação.

**“TRAMITAR”** — ensina AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA em seu **“Novo Dicionário Aurélio”**, Ed. Nova Fronteira, 1ª ed., 14ª impressão, pág. 1395 — é um verbo que significa:

**“seguir os trâmites (UM PROCESSO, um documento): O SEU REQUERIMENTO AINDA ESTÁ TRAMITANDO MAS, DAQUI A UM MÊS SERÁ DESPACHADO”.**

E aquela determinação judicial ocorreu, sem dúvida, porque o mencionado processo da aposentadoria da recorrente se encontrava paralisado, após a constatação de que era irregular a sua acumulação.

Face ao exposto, assim, sendo, como é, manifesta e indubitosa a ilicitude da acumulação da recorrente, em primeiro lugar, e, ao depois, clara também a não poder mais ser, a determinação do Dr. Juiz prolator da decisão de que ela trata, ao assegurar a ela o **direito de ver TRAMITAR** o processo de sua aposentadoria, apenas, manifestamo-nos no sentido de que venha a ser indeferido o presente recurso, à míngua de amparo legal, mantida, dessa forma, a decisão por ele adversada, pelos próprios e jurídicos fundamentos. E, por via de consequência, indeferido haverá de ser, por igual, o pleito da recorrente, alusivo à sua aposentadoria, por irregular a sua acumulação.

É o que nos cabe informar, **sub censura**.

Fortaleza, 12 de agosto de 1993.

Gladys Craveiro Barreira  
Procurador do Município

De acordo com o parecer.

A consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 25 de agosto de 1993.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Procurador Chefe da Consultoria

De acordo com o bem firmado parecer.

Fortaleza, 01 de Setembro de 1993.

Valmir Pontes Filho  
Procurador Geral do Município

Aprovo o parecer.

Antonio Albano Cambraia  
Prefeito de Fortaleza

PROCESSO Nº: 2284/91 - PGM

INTERESSADO : MARIA ADÉLIA VASCONCELOS RIBEIRO  
ASSUNTO : REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO

**EMENTA:** "O alcance das normas há de incluir todas as relações de Direito que devem ser logicamente por ela abrangidas". Por questão de absoluta equidade, não deve o administrador restringir o alcance de certo benefício legal apenas à literalidade escrita da lei, se é manifesto que a vontade suprema do legislador não foi cometer injustiças que possam comprometer o senso social do Direito. (Interpretação do art. 1º, caput, da lei municipal nº 6.158, de 01.02.1986, c/c art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e mais o art. 226, caput e § 8 da CF/88)

1. MARIA ADÉLIA VASCONCELOS RIBEIRO, servidora lotada na Secretaria de Educação do Município, onde trabalha como professora E-13, é a formuladora do requerimento ora examinado, através do qual pretende a "Redução da jornada de trabalho para pais de excepcionais".

2. Logo a princípio, é possível depreender que o interesse de afastamento da servidora do período normal de trabalho tem motivo justificado e devidamente comprovado. Com efeito, mostra ela ser curadora de direito de ANA LÚCIA E VASCONCELOS RIBEIRO, sua irmã, (doc. de fls. 4) que conta hoje com quase trinta anos de idade (certidão de nascimento com cópia ve de fls. 06 dos autos) e que sofre de "deficiência mental grave + epilepsia", conforme atesta o laudo médico do IPM anexado ao processo (fls. 05).

3. Por tal motivo, solicita a servidora redução da carga habitual de trabalho, o que faz certamente com base na lei nº 6158, de 01.02.1986 (DOM nº 8642, de 07.01.1987), segundo sugere a Coordenadoria da Junta Médica do Município: de certo espera poder emprestar cuidados mais efetivos à irmã.



4. O processo tem instrução satisfatória, inclusive porque nele resta sobejamente demonstrada a **necessidade presumida** do afastamento solicitado, em face de ter a servidora requerente sob seus cuidados efetivos pessoa que, sendo sua irmã, se revela carecedora de todos os cuidados que aquela lhe possa emprestar. Com efeito, em sendo **curadora** de ANA LÚCIA E VASCONCELOS RIBEIRO, e na ausência física da mãe da curatelada (atestado de óbito de fls. 07) precisa MARIA ADÉLIA VASCONCELOS RIBEIRO atuar, como de fato atua, como responsável pela lida diária com as dificuldades no trato que aquela inspira, por motivos de ter saúde debilitada (laudo do IPM, às fls. 05 dos autos).

5. Assim sendo, só estes fatos parecem caracterizar, **a priori**, a justiça do pleito formulado. — Resta saber apenas da imprescindível adequação do pedido à letra da lei, posto que, **como servidora pública que é a requerente, apenas sob o império da lei deverá ser permitida qualquer deliberação administrativa acerca de sua vida funcional** (art. 37, caput, CF/88).

6. Como se viu, a base do pedido formulado está nas prescrições da lei municipal nº 6.158, de 01.12.1986, que, ao disciplinar a **redução do expediente diário** do servidor, delibera em especial: "é assegurada ao servidor público municipal da Administração Direta, Indireta e das Fundações, **pai ou mãe** de excepcional portador de deficiência motora, mental ou sensorial, a redução de 2 (duas) horas do seu expediente diário" (art. 1º, caput).

7. Mas sobre a regra citada há o que comentar, basicamente no que se refere à sua possível projeção à situação individual da servidora. — **Primeiro**, resta saber se pode ainda ser aplicada hoje a norma cogitada, constante daquela lei nº 6158/86, considerado que a hipótese de **afastamento temporário do serviço** que ela contempla não é decisivamente objeto de previsão, nem da lei nº 6.794, de 27.12.1990, (que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (art. 99 e alíneas). — **Segundo**, interessa esclarecer se a servidora mostra-se **parte legítima** para responder perante o Município pela curatela da pessoa que indica, a ponto de poder ser beneficiária do favor ora solicitado. — Veja-se cada questão em separado.

8. No que toca ao primeiro problema, qual seja o da **aplicabilidade efetiva da lei nº 6158/86 às situações concretas de quem quer que sob os efeitos dela se coloque**, a despeito da existência de qualquer **previsão recepcionadora**, seja no Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (lei nº 6.794/90), seja na própria Lei Orgânica do Município, tem-se a ponderar que a **projeção dela aos casos individuais deve ainda sempre acontecer, toda vez que tanto se impuser**.

9. E justifica-se: Sabe-se que foi **recomendação expressa da lei nº 6.794/90**, naquilo que se contém no art. 238, que, com a sua entrada em vigor, a partir da publicação, ficariam **revogadas as disposições legais ou regulamentares que, implícita ou explicitamente, colidissem com a nova lei**, "especialmente a lei nº 3.174, de 31 de dezembro de 1965, com a nova redação dada pela lei nº 4.058, de 02 de outubro de 1972". — A partir daí, dir-se-ia então: estaria **'automaticamente revogada'**, por força de recomendação expressa, aquela lei nº 6.158/86, posto que certamente **conflitante**, pelo menos implicitamente, com o novo Estatuto (lei nº 6.794/90) e a Lei Orgânica do Município, os quais, decisivamente, não se teriam mostrado "interessados" na recepção do teor dela (nº 8, retro).

10. Ocorre que a assertiva assim formulada **não é verdadeira** nas conclusões rigorosamente propostas. Pois, se é fato que, em tese, **afastada há de ser doravante toda norma colidente com os novos preceitos oriundos do Estatuto**, é também fato que **alguma ordem normativa há ainda de, em torno dele, prevalecer, quando mostrar-se com condições para tanto**. — Bem a propósito, aliás, é que se entende calhar a **manutenção em vigor da lei nº 6.158/86**, sob o pressuposto seguro de que seu objetivo é alvo de **proteção do Estatuto**. Com efeito, referida lei nº 6.158/86 decide sobre **matéria especial**, que é a **carga horária de trabalho específica para certa categoria de servidores: aqueles ligados paternalmente a pessoas doentes mentais**.

11. E então: uma vez que a lei nº 6.794/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza) admite, no rol de suas disposições transitórias, que sejam **"mantidas as atuais jornadas de trabalho dos servidores da administração direta, autarquia e fundacional"** (art. 230), pode-se muito bem sustentar que dispositivos legais com tanto compatíveis venham a ser reputados como inteiramente **"recepcionados"**, pela pos-

sibilidade que abriu o próprio Estatuto dos Servidores do Município naquele tocante, pela regra prescrita no art. 230.

12. Ou seja: na ocasião em que permitiu a lei nº 6.794/90 tomar como perfeitas juridicamente, para o seu critério, a fixação das "jornadas de trabalho" de todas as repartições do Município, conforme ficara em cada uma delas internamente estabelecido, antes de sua edição, é de intuir-se que nestas "jornadas de trabalho" havia de estar naturalmente incluída também aquela que podia ser resultante de eventuais reduções de horário de prestação de serviços, com base em disposição legal específica. — E se assim era não se duvide, imperioso é agora entender que, nas "hipóteses de recepção" admitidas nesse tocante se há de incluir, com toda tranquilidade, a norma que resulta do direito reconhecido para o servidor, em face da lei nº 6158/86, pelo que ela consubstancia, ainda hoje, direito positivo no Município de Fortaleza.

13. Mas há outro ponto a questionar — ou esclarecer. — Este diz respeito à efetiva possibilidade de reconhecer-se à interessada requerente legítimação ativa para figurar como beneficiária do desligamento condicionado dos serviços, nos moldes assegurados pela lei nº 6158/86. A questão certamente merece ser apreciada, porque é manifesto que o favor legal admitido se destina ao servidor do Município que seja exatamente pai ou mãe de excepcional. (nº 6, retro). E, como se observou, a postulante é na verdade apenas irmã da pessoa debilitada, em benefício da qual pleiteia para si os favores da lei.

14. A rigor, pela simples literalidade da regra sob comento, seria de sumariamente tomar-se como improcedente o pedido, pela falta de legitimação evidente da parte postulante, à vista da expressa recomendação da lei de que se dê direito à redução do expediente diário ao "pai ou mãe de excepcional" (art. 1º, caput, lei nº 6158).

15. Entretanto, em paralelo, é sabido que não constitui novidade a idéia de que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum" (art. 5º da lei de Introdução ao Código Civil). Assim

sendo, sob certo aspecto, figurando — como figura — nesta ocasião o parecerista como verdadeiro "aplicador da lei ao caso concreto, bem admissível é permitir a invocação da regra transcrita, quando seja para observar que ela traz preceito (ou recomendação) que há mesmo de servir de inspiração para todo aquele que se proponha à elucidação de qualquer regra legal.

16. A requerente, servidora do Município, é de direito curadora da irmã excepcional. Como tal, atua na condição de assistente dela para todos os efeitos de Direito, como exige e admite a legislação civil e processual que disciplina o instituto da curatela, o qual, aliás, figura mesmo dentre aqueles institutos jurídicos que se delineiam como protetivos da família (arts. 446 a 458 do Código Civil, c/c arts. 1.187 a 1.198 do Código de Processo Civil).

17. E não se pense, em qualquer momento, que a curatela é vantagem para aquele que dela é titular. Ao contrário, é um ônus imposto pela lei a pessoas reputadas habilitadas a exercê-la, como de certo se mostrou a servidora do Município cujo interesse está ora em questão (art. 454, §§ 1º e 2º do Código Civil).

18. Como quer que seja, pois, é indubitoso que o que está em jogo é o interesse maior do incapaz, que no caso é a irmã de servidora do Município. E como "a família, base da Sociedade, tem especial proteção do Estado" (art. 226, caput, CF/88), cabendo ainda ao Estado assegurar "assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram" (§ 8º do art. 226, CF/88), é razoável compreender que, no sentido dessa "cooperação", é que deve ser deferido o pedido sob exame. Afinal, mesmo sem ser pai ou mãe do incapaz, mostra-se a servidora responsável juridicamente pelos interesses da irmã. E esse é o bom e justo motivo para que seja advogada a extensão do benefício da lei nº 6158/86 também a ela, conforme recomenda a lição do eminente jurista Marcelo Caetano, quando assevera que: "Se o legislador ficou na expressão aparente da vontade legal aquém do que a razão do preceito exigia (disse menos do que devia) há que corrigir a aparência de acordo com a vontade mal expressa, estendendo o alcance da norma a todas as relações que logicamente por ela dever ser abrangidas" (Cf. in Manual de Direito Adminis-

trativo, Ed. Brasileira Forense, 1970, Tomo I, p. 129).  
Nesse contexto, o parecer é no sentido de que se permita à  
servidora o gozo do direito que ela postula, enquanto for  
curadora da irmã incapaz.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 06 de setembro de 1991.

Maria José F. Barreira Araújo  
Procurador do Município

De acordo com o parecer.

A consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 06 de novembro de 1991.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Coordenador da Consultoria

Processo nº 2284/91 - PGM

Int: Maria Adélia Vasconcelos Ribeiro

### DESPACHO

A boa e moderna hermenêutica nos ensina que as palavras da lei são, em verdade, invólucros que albergam sentidos multifacetários. Daí, interpretar a norma não significa quedar-se o seu aplicador à sua mera literalidade. Ler a norma não é interpretá-la. É só o ato deflagrador do processo interpretativo.

O hermeneuta, pois, há de estar atento à **intenção legis**, à **razão objetiva da lei** (a que alude FERRARA).

Qual a intenção do dispositivo legal sob exame? Qual a própria razão de sua existência? Só pode ser — dela se fazendo uma análise racional — a de permitir que os excepcionais, portadores de deficiência motora, mental ou sensorial, sejam objeto de maiores acompanhamentos e cuidados. Assim, aos seus respectivos pais o ordenamento outorgou o privilégio — neste caso compreensível e respeitante da isonomia, que impõe tratamento desigual aos desiguais — de ter seu horário normal de trabalho reduzido em duas horas diárias.

A irmã da suplicante é portadora de "deficiência mental grave + epilepsia" (v. atestado de fls. 05, do IPM). A lhe prestar assistência direta só existe, exatamente, a autora do pedido, que é sua **curadora**. É sobremodo sabido que, na falta dos pais, responsabiliza-se pelo incapaz o seu tutor ou curador.

Assim — e adotada a técnica tópica de interpretação do Direito — só se há de concluir que quem fizer, nos termos da ordem jurídica, as vezes de "pai" ou de "mãe", nestes casos, deve gozar do benefício da redução do expediente.

Estou de acordo com o brilhante Parecer da Sra. Procuradora MARIA JOSÉ F. BARREIRA ARAÚJO, o qual submeto à superior aprovação do Exmo. Sr. Prefeito.

Fortaleza, 07 de novembro de 1991.

VALMIR PONTES FILHO  
Procurador - Geral

**PARECER Nº 474/93**

**PROCESSO Nº: 1253/93 - PGM**  
**INTERESSADO : MARIA ERMELINDA NUNES FLEXA**  
**ASSUNTO : CONCESSÃO DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE DESEMPENHO - GED A SERVIDOR INATIVO**

**EMENTA:** Pedido de gratificação a servidora aposentada. É de deferir-se, desde que atendidos os pressupostos constitucionais atinentes à espécie.

MARIA ERMELINDA NUNES FLEXA, servidora aposentada por invalidez, conforme D.O.M. de 19-03-86 (fls. 04) requer, com fundamento no artigo 1º da Lei nº 7335, de 17-05-93 (D.O.M. 20-05-93), c/c o parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal/88 a implantação, em seus proventos da Gratificação Especial de Desempenho - GED constante da mencionada Lei de regência.

O Exmº Sr. Secretário de Administração, às fls. 09, em despacho CPD 06739/93, de 14 de junho último, submete o pedido vestibular "solicitando pronunciamento, ao mesmo tempo em que indagamos se, deferido o pedido, podemos adotar o mesmo procedimento com relação aos servidores inativos que ocuparam os cargos alinhados no parágrafo 1º da lei mencionada.

Efetivamente, diz o artigo 1º da lei nº 7335/93, verbis:

"Art. 1º — Fica instituída a Gratificação Especial de Desempenho — GED.

§ 1º — A gratificação criada por esta lei será devida aos servidores ocupantes de cargos ou função de médico, enfermeira, farmacêutico — bioquímico, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, assistente social, nutricionista e odontólogo, integrantes dos Quadros da Secretária de Saúde do Município, do Instituto Dr. José Frota — I.J.F. e do Instituto de Previdência do Município — IPM, bem como aos que, de outros quadros estejam cedidos ao Sistema Único Municipal de Saúde".

Por outro lado, o artigo 2º da referida lei, dispõe:

"Art. 2º — Farão jus à Gratificação Especial de Desempenho — GED, os servidores indicados no § 1º do art. 1º desta lei, mesmo quando no exercício de funções administrativas de direção ou assessoramento, a nível central e nos Distritos Sanitários, nos percentuais a seguir indicados, calculados, sobre o respectivo vencimento-base: I — 35% (trinta e cinco por cento), aos que exercem suas atividades em ambulatórios, enfermarias ou em unidades administrativas ou de assessoramento; II — 55% (cinquenta e cinco por cento), aos servidores ao Quadro da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, cedidos ao Sistema Único Municipal de Saúde, em regime de Plantão de 24 (vinte e quatro) horas semanais."

Examinando o pedido sob o ângulo da Lei regencial chegar-se-ia à conclusão de que a requerente não faria jus ao postulado na inicial.

Ocorre, no entanto, que o Código Maior — a Constituição Federal — estabelece em seu artigo 40, parágrafo 4º, o seguinte:

**Art. 40 — OMISSIS**

§ 4º — Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei."

Ora, o dispositivo constitucional acima citado não exige maior profundidade para se concluir que o direito da requerente está consagrado na Lei Maior do País, isto porque, "a Constituição é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor", para usarmos a feliz expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (RDA 178, pág. 07).

Aliás, Georges Burdeau, já dizia que "o conteúdo das disposições constitucionais determina a supremacia desta", em relação à chamada lei ordinária.

Na verdade, na linha da lição deste jurista, "a superioridade material da Constituição decorre do fato de organizar e distribuir ela as competências" (RDA 178, pág. 06).

No mesmo diapasão é o entendimento do Ministro do STF Carlos Mário Veloso quando aponta "a supremacia da constituição, acima das normas elaboradas pelos órgãos por ela constituídos, pairando suas normas acima das demais normas jurídicas". E, "isto é que constitui o princípio da supremacia ou da superioridade da Constituição".

Ao ver desta parecerista, embora caiba ao Judiciário interpretar a Lei no caso controvertido, para o fim de fazer valer a vontade concreta da lei, é de se indagar se se deve aplicar a Constituição em detrimento da lei ou esta em face daquela. Trata-se, na verdade, do Controle da Constituição, pois há que se entender o poder-dever diante do conflito entre a lei ordinária e a Constituição prevalecerá o que está escrito na **Lex Maggior**.

Parece não restar dúvida o direito líquido e cristalino da peticionante, em razão da norma constitucional acima citada, até porque a doutrina e a jurisprudência já consagraram, o que não é o caso presente, que "no âmbito do direito intertemporal a legislação anterior à Constituição e com esta incompatível considera-se revogada".

Isto posto, o parecer é no sentido do deferimento do pedido, a partir da data de sua solicitação.

Quanto à extensão da GED aos demais servidores, como indagado pelo Secretário de Administração, entendemos que igual direito assiste aos demais servidores inativos, desde que implementem as condições estipuladas pela lei nº 7335/93, ou seja, ocupem cargos ou funções enumerados no art. 1º do citado diploma.

É o parecer, s. m. j.

Fortaleza, 13 de julho de 1993.  
Ana Lídia C. Lima de Medeiros  
Procurador do Município

De acordo com o parecer.

A consideração do Exmo. Procurador Geral.

Fortaleza, 15 de julho de 1993.

Lucíola Maria de Aquino Cabral  
Proc. Chefe da Procuradoria  
Jurídico - Administrativa

De acordo com o bem firmado parecer.

Fortaleza, 20 de julho de 1993.

Valmir Pontes Filho  
Procurador Geral do Município

Aprovo o parecer

Antonio Elbano Cambraia  
Prefeito de Fortaleza

Ao Exmo. Sr. Secretário da Administração, a quem recomendo que a implantação se faça caso a caso, por ato do Chefe do Poder Executivo, obedecidas as condições estabelecidas em lei.

Fortaleza, 22 de julho de 1993.

Valmir Pontes Filho

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE  
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA**

"A LEI NÃO CONTÉM TODO O DIREITO, E ESTE  
PODE ENCONTRAR-SE FORA DELA, TÃO DIGNO DE  
PROTEÇÃO COMO O QUE NELA SE ACHER" (Revista  
Forense, vol. 151, pág. 224, AGUIAR DIAS).

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador judicial no final assinado (art. 12, II, CPC), com escritório profissional situado na Av. Santos Dumont, 5335 — 11º andar, nesta capital, local em que receberá as intimações deste processo, vem, com o máximo respeito e fundamento no art. 5.º, LXIX da Constituição Federal; na Lei nº 1.533/51 e demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, impetrar o presente **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato judicial praticado pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação ordinária n.º 14.528/91, promovida por **JOSE IVALDO MENDES ROCHA E OUTROS**, como efetivamente propõe, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas:

#### **DOS FATOS**

01. Ajuizaram **JOSE IVALDO MENDES ROCHA** e outros, ação ordinária contra o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, com o visio de restabelecer gratificação "de exercício" a que faziam jus por força do disposto na Lei municipal nº 5.479, de 23 de novembro de 1981, posteriormente preservado pela Lei Complementar nº 001, de 20 de setembro de 1990 (LOPGM), que restou, por final transformada pela Lei ordinária nº 6.712, de 24 de setembro de 1990, na chamada "Vantagem Pessoal Reajustável", a teor do que dispõe o seu art. 10.



02. Fulcraram suas irresignações, em um hipotético malfe-  
rimento, com o advento da Lei ordinária 6.712/90, do princípio  
da hierarquia das leis, vigente no ordenamento jurídico pátrio.

03. Outrossim, alegaram, ainda, os autores da referida ação,  
a ocorrência de ofensa a direito adquirido, no que pertine à  
percepção da gratificação de exercício supra mencionada.

04. Contestando o feito, demonstrou o MUNICÍPIO DE FOR-  
TALEZA, ora impetrante, a inexistência do alegado direito,  
adquirido, bem como, no caso, ser possível a revogação de  
lei complementar por lei ordinária, *ratione materiae*, tendo  
em vista que a concessão de vantagens a servidor público  
não se erige em matéria reservada à lei complementar.

05. O nobre Juiz Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública da  
capital, não obstante os jurídicos argumentos então aduzidos,  
entendeu de dar pela procedência da ação, acatando, *in totum*,  
as razões elencadas pelos autores.

06. Interposto recurso de apelação, esse Egrégio Tribunal  
de Justiça negou-lhe provimento, em acórdão proferido pela  
colenda Segunda Câmara Cível, assim ementado:

"Gratificação concedida ratificada por Lei Comple-  
mentar não pode ser revogada por Lei Ordinária sem  
ofensa ao princípio da hierarquia das leis e com  
violação de direito adquirido. Ação procedente. Sen-  
tença Mantida."

07. Contra o referido acórdão foi protocolizado, tempesti-  
vamente, recurso extraordinário, com fundamento no art. 102,  
III, "A" da Constituição Federal, sob o pálio de manifesta  
contrariedade aos seus arts. 18 e 30, I.

08. Contudo, foi negado seguimento ao recurso extraordi-  
nário interposto, sob o argumento de inexistência da alegada  
contrariedade aos dispositivos constitucionais elencados.

09. Não se conformando, *data venia*, com o douto despacho  
denegatório, agravou de instrumento o MUNICÍPIO DE FOR-  
TALEZA, tendo em vista *permissa venia*, a absoluta incompete-  
tência de Presidente de Tribunal de Justiça de qualquer Es-  
tado federado, para exercer juízo de admissibilidade de re-  
curso extraordinário, face o que se encontra preceituado no  
art. 102, *caput*, da Carta Política em vigor, assim como por  
restarem comprovadas as condições de admissibilidades do  
recurso então interposto.

10. Recebido o agravo, posto que formal e tempestivamente  
protocolizado, foi mantido o r. despacho agravando, prosse-  
guindo-se no rito procedimental legalmente estabelecido.

11. Nesse Interim, requereram os autores da ação, a extração  
de carta de sentença, através da qual propuseram a execução  
provisória do julgado, perante o MM. Juízo da 3ª Vara da  
Fazenda Pública, autoridade ora impetrada, o qual deferiu o  
pedido de cumprimento e determinou a execução da sentença,  
já tendo, inclusive, determinado a expedição de mandado para  
cumprimento da decisão exequenda.

Estes os fatos, conforme documentação.

## DO DIREITO

### DO CABIMENTO DO "MANDAMUS" CONTRA ATO JUDICIAL

12. Em primeiro lugar, cumpre salientar, que a decisão pro-  
ferida nos autos da multicitada ação ordinária, encontra-se  
pendente de julgamento, tendo em vista o recurso interposto.  
Portanto, não se pode excluir a possibilidade de uma nova  
formulação decisória para a questão naqueles autos discutida.

13. Com efeito, apresenta-se relevante para o entendimento  
da argumentação ora iniciada, compreender que sentença pen-  
dente de recurso, encerra apenas uma situação jurídica ainda  
não perfeitamente caracterizada como formulação da vontade  
do Estado-juiz, a qual, somente manifestar-se-á em toda a sua  
plena eficácia, com o trânsito em julgado da decisão.

14. Assim, a possibilidade de formulação de uma nova de-  
cisão, não permite, via de regra, que a sentença recorrida  
produza efeitos concretos em relação às partes. Esta é a  
razão principal pela qual a maioria dos recursos processual-  
mente previstos, possuem em seu âmago a força de suspender  
os efeitos da decisão recorrida.

15. Neste exato momento, cabe transcrever, sobre o assunto,  
elucidativa lição do mestre SEABRA FAGUNDES, vazada em  
termos de inexcédível clareza, *in verbis*:

"O efeito suspensivo importa sustar a executoriedade  
da decisão... Como diz Gardi, põe em suspenso a

autoridade da sentença... O efeito suspensivo pode ser pleno ou parcial. No primeiro caso, susta a execução de sentença em todas as suas fases e aspectos. É o que acontece quando a apelação é recebida em ambos os efeitos. A nenhum ato da fase executória se procede. A sentença de 1ª instância fica inteiramente suspensa como ato de composição da lide. Não passa então de um ato intermediário da relação processual, como os demais que compõe o processo, se bem que hierárquica e cronologicamente o mais alto e o último dos praticados no juízo de 1ª instância. A sua validade tem sentido meramente processual, ou seja, opera e se reflete apenas dentro do processo como o conjunto de atos ordinários, probatórios e decisórios" (Dos Recursos ordinários em matéria cível, 1946, pp. 186-7).

16. Assentadas estas observações introdutórias ao mérito, serão desenvolvidos, doravante, tópicos relacionados mais diretamente com a questão do cabimento do "writ" contra ato judicial.

17. Prescreve o art. 5º, LXIX da Constituição Federal: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

18. Da límpida redação do acima transcrito dispositivo constitucional, brota, cristalina, a intenção do legislador constituinte, de fornecer a qualquer pessoa, quer seja física, quer jurídica, uma garantia ao mesmo tempo ampla e eficiente, contra atos de autoridade ofensivos a direito líquido e certo.

19. Diz-se ampla em razão da própria natureza do "mandamus", que foi criado para amparar, em quaisquer casos, quem vier a ser atingido no seu direito líquido e certo por ato de autoridade; razão pela qual não se pode pretender restringir o seu uso.

20. Ora, Arnold Wald afirma que "a evolução é sempre no sentido de ampliar o campo de aplicação do mandado, em que os outros recursos se tornam mais demorados e o congesti-

onamento da Justiça aumenta progressivamente" (O mandado de segurança na prática judiciária, Forense, Rio, 3ªed., pp. 156/157).

21. Outrossim, diz-se eficiente devido a pronta eficácia de sua aplicação, em razão da celeridade de seu rito e da presteza de seus efeitos. Tanto é assim que a Constituição atribui ao juiz, poderes para efetivar a sustação liminar do ato impugnado.

22. Com redação semelhante a que consta no texto constitucional, dispõe o art. 1º da Lei nº 1.533/51: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus", sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam".

23. Portanto, também respondem em mandado de segurança as autoridades judiciárias, quando pratiquem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem ou possam lesar direito líquido e certo.

24. Especificamente quanto ao cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, prescreve o art. 5º, I e II da citada Lei nº 1.533/51, **verbis**:

"Art. 5º Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução;

II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição;

25. Para uma perfeita interpretação do disposto no art. 5º, I e II, acima, é preciso considerar, desde logo, dois aspectos de fundamental importância, quais sejam: 1º) não é possível ato recorível vir a ferir direito líquido e certo, a não ser nos casos em que o recurso admissível não tenha o condão de impedir a efetiva concretização da decisão impugnada, ou seja, não tenha efeito suspensivo; 2º) o dispositivo legal foi elaborado na vigência do revogado Código de Processo Civil de

1939, segundo o qual nem todas as decisões interlocutórias eram recorríveis.

26. Ocorre que com o vigente estatuto adjetivo civil, não há que se falar em despacho ou decisão judicial de que não caiba recurso, visto que de todas elas cabe algum dos recursos processualmente previstos. Assim, fica sem sentido o enunciado do inciso II, art. 5º, acima, a não ser que se considere a ocorrência do efeito suspensivo no recurso interposto, aliás, em perfeita consentaneidade com o inciso I do mesmo dispositivo legal.

27. A pedra angular, pois, da construção hermeneuta do dispositivo legal sob comento, é a ausência de prejuízo para a parte recorrente. Ora, a decisão judicial recorrível suspensivamente, não causa gravame ou lesão, tanto ao direito das partes quanto de terceiros, na medida em que a produção de seus efeitos encontra-se provisoriamente suspensa.

28. A propósito, escreve o preclaro Castro Nunes que despacho não recorrível ou despacho recorrível, mas sem efeito suspensivo, são hipóteses que, do ponto de vista do gravame se equivalem. Tanto se consuma a violência, no caso de não haver recurso, como no recurso inócuo para fazê-la cessar imediatamente" (Do mandado de segurança, Forense, Rio, p. 128).

29. Assim, não obstante os termos do art. 5º, II, da lei reguladora do mandado de segurança, resulta curial que, mesmo existindo recurso que possibilite a modificação do ato judicial impugnado, mas não se fazendo presente o efeito suspensivo, é possível sua pronta correção pela via do "mandamus."

30. Assim, um exame atento nos casos em que a lei veda a impetração da segurança, revelará, sempre presente, a ocorrência do efeito suspensivo inerente à vedação, pelo que o inciso II, do art. 5º, supra, vem sendo interpretado com o temperamento que o bom senso recomenda, ou seja, dotando-se-lhe de um maior elastério, no sentido de que o recurso judicial obstativo da impetração é apenas aquele que possui efeito suspensivo.

31. Partindo-se de tal orientação, fixou-se definitivamente a tese de que cabe mandado de segurança contra ato judicial

recorrível, desde que o recurso seja desprovido de efeito suspensivo e que o ato judicial possa causar prejuízo de impossível ou incerta reparação.

32. Defende o mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles, que em escólio sobre o assunto, manifestou-se com a clareza que sempre lhe foi peculiar, nos seguintes termos:

"Desde que a decisão ou a diligência não possa ser sustada por recurso processual capaz de impedir lesão nem permita a intervenção correicional eficaz do órgão disciplinar da magistratura, contra ela cabe a segurança" (Mandado de Segurança e Ação Popular, Revista dos Tribunais, 13ª ed., 1989, pp. 19/20).

33. Logo adiante, o inolvidável mestre arremata com absoluta precisão:

"Se o recurso ou a correição admissível não tiver efeito suspensivo do ato judicial impugnado, é cabível a impetração para resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio Judiciário.

Só assim se há de entender a ressalva do inciso II do art. 5º da lei reguladora do "mandamus", pois o legislador não teve a intenção de deixar ao desamparo do remédio heróico as ofensas a direito, líquido e certo perpetradas paradoxalmente pela Justiça (ob. cit., p. 23).

34. O próprio Supremo Tribunal Federal, após opor inicialmente alguma resistência, rendeu-se, finalmente, aos sólidos e coerentes fundamentos contidos na tese ora esposada, passando a julgar favoravelmente ao cabimento do "writ" contra ato judicial recorrível, conforme dá notícia o emitente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em artigo sobre o tema:

"Após ter sumulado (enunciado 267) que não caberia mandado de segurança contra ato passível de recurso ou correição, o próprio Supremo Tribunal Federal, sensível ao posicionamento que ganhava vulto na doutrina e na jurisprudência, passou a admitir, especialmente a partir do RE 76.909 (RTJ, 70:504), autêntico **leading case**, o uso do mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito

suspensivo e ensejador de dano de difícil ou incerta reparação" (in, Mandado de Segurança: uma visão de conjunto, apud Mandado de Segurança e de Injunção, editora Saraiva, 1990, p. 114).

35. A decisão referida pelo emitente Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, como "leading case", recebeu a seguinte ementa:

"Admite-se mandado de segurança contra decisão judicial de que cabe recurso sem efeito suspensivo, se a sua produção de efeitos pode gerar prejuízo de irreparável ou de difícil reparabilidade" (STF-RE 76.909-DF j. 5.12.78 - Rel. Min. Antônio Neder - m. v.).

36. Na oportunidade do julgamento acima mencionado, o Min. Xavier de Albuquerque, na qualidade de relator, procedeu minuciosa análise histórica sobre o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, chegando ao final de seu brilhante voto, apesar de vencido, a seguinte conclusão:

"Em suma, condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial são, para mim, a não-suspensibilidade do recurso acaso cabível, ou a falta de antecipação de eficácia da medida de correção a que também alude a lei, uma ou outra somadas ao dano ameaçado por ilegalidade patente e manifesta do ato impugnado e, com menor exigência relativamente a tal ilegalidade, àquele efetiva e objetivamente irreparável" (STF-RE 76.909-DF-j. 5.15.77).

37. Portanto, perfeita é a conclusão a que se chegou no mencionado julgamento do STF, entendendo cabível o "mandamus" contra decisão judicial, para o fim de suspender os seus concretos efeitos, assegurando indiretamente efeito suspensivo a recurso que, pelas normas processuais, não o tem, desde que cabalmente comprovada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparabilidade.

38. Ocorre que, em certos casos especiais, quando do ato recorrido possam advir danos irreparáveis, inexistindo recurso com efeito suspensivo, deve-se admitir a impetração da segurança, também em razão do disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que veda à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

39. Assim, prevalece hoje a orientação jurisprudencial, que defende o cabimento do mandado de segurança, quando necessário para obstar a execução imediata do ato judicial que possa causar prejuízo grave e irreparável, na ausência de recurso com efeito suspensivo, conforme observa-se dos julgados adiante transcritos:

"É admissível o mandado de segurança contra ato judicial se o recurso contra ele cabível não tem efeito suspensivo e se a eficácia imediata do ato impugnado pode trazer danos irreparáveis ao impetrante" (STF-RE 83.904 DF - 2ª T., j. 196.78 - Rel. Min. Leitão de Abreu - v. u.).

"Se o recurso específico não tem efeito suspensivo e a medida pode causar dano de difícil reparação, a Jurisprudência do STF tem admitido o uso do "writ" (STF - Ag. 85.015-RJ - Rel. Min. Djaci Falcão - DJU de 23.09.81 pp. 9.333/34).

"O "mandamus" constitui medida adequada para comunicar efeito suspensivo aos recursos processuais, que não o têm, até que as respectivas decisões sejam reexaminadas na instância "ad quem" (TJMG - MS 3.584 - Belo Horizonte - j. 24.03.83 - Rel. Des. Rubens Lacerda).

40. Apenas para complementar, importa destacar que o "V ENCONTRO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA", realizado no ano de 1991, no Rio de Janeiro, sufragou a orientação ora perfilhada, emitindo a seguinte proposição:

"Presente o requisito da irreparabilidade do dano, aliado à inexistência de recurso com efeito suspensivo, é admissível o mandado de segurança contra ato judicial".

41. Não se pode olvidar, ademais, que paralelo à construção pretoriana, o labor doutrinário foi também responsável pelo abrandamento do texto legal, ao defender a possibilidade da impetração da segurança, como o único meio capaz de evitar lesão de direito, nos casos em que somente é cabível recurso sem efeito suspensivo.

42. É o que se extrai da lição de Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto, quando defendem:

"Em princípio está, pois, autorizado o uso do "writ" contra atos do juiz desde que o recurso que se disponha contra o ato causador do dano seja desprovido de efeito suspensivo, ou seja, não seja eficaz e enérgico o suficiente para obstar a concretização do prejuízo, que há de ser difícil ou impossível reparabilidade. Este é, juridicamente, o "dano irreparável" (in, Mandado de Segurança contra ato judicial, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 11).

43. Como já observava Hely Lopes Meirelles, "por decisões judiciais, para fins de mandado de segurança, entendem-se os atos jurisdicionais praticados em qualquer processo civil, criminal, trabalhista, militar ou eleitoral, desde que não haja recurso ou seja este sem efeito suspensivo" (ob. cit. p. 19).

44. Sobre o assunto, elucidativa é a lição do insigne Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, por si só suficiente para lançar por terra, qualquer opinião em contrário:

"...afirmei, então, que, em tema de mandado de segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do mandado de segurança (CF, art. 153, § 21) e desde que tenha sido interposto, a tempo e modo, o recurso próprio (porque, além do "mandamus" não ser sucedâneo de recursos processuais, os atos e termos não recorridos são apanhados pela preclusão), se do ato judicial resultar possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o mandado de segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as consequências lesivas da decisão impugnada. É que o "periculum in mora" da prestação jurisdicional faz nascer "causa petendi" de outro direito de ação, assim do direito ao mandado de segurança, distinto da ação em curso" (Do mandado de segurança e instâncias afins na Constituição de 1988, apud Mandado de segurança e de injunção, Editora Saraiva, 1990, p. 84).

45. Com efeito, a possibilidade de que no procedimento do "mandamus", se conceda liminarmente a medida pleiteada, suspendendo-se imediatamente os efeitos da decisão impugnada,

nada, somada ao perigo de dano irreparável ou de incerta reparabilidade, faz com que se configurem a legitimidade e o interesse de agir, autorizadores da propositura de qualquer ação judicial.

46. Segundo Celso Agrícola Barbi, "quando o recurso previsto em lei não se mostrar apto a evitar a lesão de direito e o conseqüente dano, é legal, constitucional e jurídico que o indivíduo procure no arsenal do Direito um outro meio que impeça o perecimento de seu direito e o dano ao seu patrimônio" (RF, 288:47, Revista Jurídica Mineira, 4:39; ajuris, v. 33).

47. Ocorre que em certos casos, a pronta execução do ato importa, na realidade prática, tornar inútil o eventual provimento do recurso, pois que já se terá produzido, em relação ao recorrente, dano de difícil reparação.

48. Ademais, a necessidade de se evitar lesão de difícil ou incerta reparação, a direito ainda não reconhecido por sentença, levou nosso sistema processual a instituir como uma das formas básicas da tutela jurídica, o processo cautelar, desde que presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora".

49. Por conseguinte, visando o processo cautelar afastar o "periculum in mora", o que faz fundado tão-somente no "fumus boni iuris", e existindo na própria Lei nº 1.533/51, quando prevê a sustação liminar do ato impugnado, medida acautelatória do bom direito do impetrante, diante da iminência de prejuízo irreparável ou de incerta reparabilidade, não há como não se aceitar o cabimento do "writ" contra ato judicial, ainda que recorrível, desde que malferidor de direito líquido e certo.

50. Portanto, conclui-se que muito embora a Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal, afirme que: "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição", a jurisprudência evoluiu deste seu posicionamento anterior, para admitir — inclusive a do STF — o "writ", desde que presentes os seguintes requisitos: 1º a decisão haja sido impugnada a tempo e modo; 2º) ausência do efeito suspensivo no recurso interposto; e 3º) iminente possibilidade de dano irreparável ou de incerta reparabilidade.

51. Ora, não resta dúvida, conforme minuciosa exposição factual feito no intróito do presente mandado de segurança, que foi formal e tempestivamente interposto o recurso então

cabível, no caso em apreço, agravo de instrumento, consoante faz prova a anexa certidão expedida pela Divisão Judiciária Cível, desse egrégio Tribunal de Justiça.

52. Por outro lado, no tocante a carência de efeito suspensivo no recurso interposto, é cediço o entendimento que o agravo de instrumento não possui tal propriedade, não suspendendo, "ipso facto", a eficácia da decisão agravada, pelo que resta implementada mais uma das condições de admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial.

53. Quanto a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparabilidade, requisito que sobreleva-se aos demais, como critério idôneo e útil na solução de cada caso concreto, também apresenta-se indubitosa sua ocorrência no caso de que se trata.

54. Com efeito, compelindo-se o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, a cumprir uma decisão judicial efetivamente recorrida, portanto, destruída de eficácia plena, será remota a possibilidade de devolução do "quantum" dispendido com o pagamento da adição vencimental aos autores da ação ordinária inicialmente referida, o que causará grave lesão à economia pública municipal.

55. Cabe, ao proceder a análise do questionamento ora posto, ter em mente o Julgador as considerações introdutórias alinhadas, mais precisamente quanto ao caráter provisório das sentenças judiciais efetivamente recorridas, assim como o aspecto de que a execução provisória ora impugnada, dirige-se à diretamente contra os cofres públicos municipais, em última análise, contra o dinheiro público arrecadado do sófrido contribuinte.

56. Desta forma, presentes os requisitos ensejadores do cabimento do mandado de segurança ora deduzido, conforme sobejantemente demonstrado, não há como não se concluir pelo seu cabimento e final deferimento.

#### **DA ILEGALIDADE MANIFESTA DO ATO IMPUGNADO**

57. Não resta dúvida, que a execução provisória impugnada, somente foi possível nos moldes em que foi proposta, devido à não admissibilidade do recurso extraordinário interposto nos autos da multicitada ação ordinária, como salientado na exposição dos fatos inicialmente realizada.

58. Contudo, mesmo que assim não se entenda, ainda assim não deve prosperar a execução proposta, tendo em vista que a referida decisão denegatória foi proferida em manifesta inconstitucionalidade, vez que, no ordenamento jurídico imposto pela novel Constituição Federal, falece competência à Presidente do Tribunal de Justiça de qualquer Estado federado, para exercer juízo de admissibilidade de recurso extraordinário, face o que se encontra preceituado no art. 102, "caput", da Carta Magna, que estabelece competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento de causas que envolvam matéria de cunho nitidamente constitucional, não sendo válido, legal e jurídico que se lhe suprima essa magna atribuição jurisdicional.

59. Ocorre que foi suprimida pela nova Carta Política, a dupla normatividade estabelecida pela Constituição anterior, pela qual o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disciplinava o processamento do recurso extraordinário.

60. O impetrante perfilha a orientação de que tais normas não sofreram o fenômeno da recepção, vez que, em matéria de competência, a nova Carta Constitucional é exaustiva na fixação, não permitindo ou contemplando, expressa ou implicitamente, nenhuma delegação.

61. Ora, consoante essa nova orientação, compete aos Tribunais de Justiça dos Estados, apenas verificar os aspectos formais do recurso, no que pertine a boa representação processual e a tempestividade de sua interposição, cingindo-se e exaurindo nesta verificação sua completa jurisdição.

62. Como dito anteriormente, a Constituição não contempla qualquer delegação de competência ao STF, para normatizar em seu regimento interno, o processamento do recurso extraordinário.

63. Ocorre que o juízo de admissibilidade faz parte do julgamento, posto que antecede e tangencia a análise meritória. Assim, compete ao STF, com absoluta exclusividade, o julgamento de causas ou recursos que envolvam matéria constitucional, aquelas através de ação direta de inconstitucionalidade, estes mediante recurso extraordinário.

64. Dessa forma, o despacho denegatório encontra-se eivado de ilegalidade, por farpear mortalmente dispositivo constitucio-

nal, na medida em que atenta contra matéria de competência já exaustivamente delineada na Constituição Federal.

65. Por via de consequência, a execução provisória que se lhe seguiu contraiu o mesmo mal, que de resto se abateu sobre todos os atos praticados após a prolação do despacho reputado inconstitucional, e, portanto, nulo, contra o que o único remédio eficaz é o mandado de segurança, com a concessão de liminar "inaudita altera parte".

66. Não há que se cultivar qualquer dúvida. No texto constitucional anterior, havia expressa delegação de competência ao STF, para, através de seu regimento interno, legislar sobre as condições de exercício do juízo de admissibilidade do chamado apelo extremo.

67. Adotando orientação diametralmente oposta, a atual Carta Constitucional, em seu art. 22, confere com exclusividade à União Federal, competência para legislar sobre matéria processual, em regramento que não composta exceção. Assim, exsurge, transparente, a inconstitucionalidade do referido despacho denegatório agravado, por invasão à esfera de competência de outrem, ao tratar de matéria de natureza estritamente processual.

68. Ademais, no caso em tablado, a decisão recorrida é inconstitucional, também por ferir princípios e garantias processuais constitucionalmente estabelecidas, tais com os do "due process of law" e do "juiz natural".

69. Com efeito, a garantia do devido processo legal, através da qual a Constituição Federal possibilita a tutela do direito subjetivo material em juízo, assegura a todos o livre acesso ao juiz natural.

70. Como consectário lógico e inafastável do princípio do devido processo legal, surge o princípio do juiz natural, igualmente assegurado pela Carta Magna em vigor. Significa tal princípio a garantia de julgamento por um órgão legal e legitimamente investido no exercício da função jurisdicional, conceito que se equivale ao de juiz competente.

71. Ora, no caso em apreço, a única autoridade judiciária competente para processar e julgar recurso extraordinário é o Supremo Tribunal Federal, consoante expressamente determinado pela Constituição Federal.

72. A propósito do tema, o eminente Min. Carlos Mário da Silva Veiloso, quando membro do STJ, já argumentava:

"... poderia o STJ estabelecer óbices ao conhecimento de recurso especial?

Penso que não. No que tange a óbices regimentais isto não seria possível. É que a Constituição não faz qualquer delegação legislativa ao Tribunal, tal como fazia a Constituição de 1967 ao STF, autorizando-o a indicar, no seu regimento interno, as causas que estariam sujeitas ao extraordinário, tendo em vista a sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal (CF de 1967, art. 119, parágrafos 1º e 3º, C) "(in, O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988, ed. Revista dos Tribunais, vol. 638, pp. 15/29).

73. Não custa repetir: o "caput" do art. 102 da Constituição Federal estabelece a competência exclusiva do Supremo Tribunal para processar e julgar o recurso extraordinário. Portanto, se a Constituição não delegou a ninguém tal competência, apresenta-se flagrantemente inconstitucional o despacho agravado, assim, nulo.

74. Entender o contrário, seria suprimir ao STF a excelsa competência que lhe foi constitucionalmente atribuída, qual seja a de velar pela Constituição Federal, como sentinela sempre pronta na defesa dos postulados constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos e deveres individuais e sociais.

75. Em sendo nulo o despacho agravado na ação ordinária em questão, todos os atos que se lhe seguiram foram eivados com o mesmo vício, razão pela qual a execução provisória ora impugnada, constitui-se ato reputado ilegal e abusivo, reclamando sua imediata correção pela via do mandado de segurança como ora se pretende.

#### DO CABIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

76. Prescreve o art. 7º, I I, da Lei nº 1.533 de 1951, in verbis:

"Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

77. Portanto, a liminar no mandado de segurança não se encontra condicionada à irreparabilidade do dano, mas à relevância do pedido, cumulada com a possível ineficácia da decisão final a ser prolatada.

78. A liminar caracteriza-se, pois, como garantia inserida na ação para que a segurança almejada e que, afinal, venha a ser concedida, possa cumprir sua específica e total utilidade em benefício do impetrante.

79. Na ação ordinária cuja execução provisória da sentença ora impugna-se, o pedido engloba, além do restabelecimento da gratificação “de exercício”, o pagamento das diferenças de vencimentos e vantagens pecuniárias, ou seja importa também em adição vencimental.

80. Ora, poucos não são os diplomas legais que constam a concessão de medida liminar, para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público. Com efeito, o cometimento de abusos por parte de alguns impetrantes para com o dinheiro público, levou o legislador a restringir em alguns casos específicos, a concessão de liminar.

81. É o que se observa, por exemplo, da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, que em seu art. 5º, determina:

“Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

82. Por sua vez, a Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, prescreve que:

“Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

83. Ora, a Lei nº 7.969, de 22 de dezembro de 1989, em seu art. 1º, determina expressamente:

“Aplica-se às medidas cautelares previstas nos arts. 796 e 810 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e 7º da Lei n.º 4.348/64”.

84. Ora, a mesma relevância que levou o legislador a vedar a concessão de liminar nos casos que importam no pagamento de vencimento e vantagens a servidor público, atua no sentido contrário, e enseja a verificação de relevante motivo para efeito de concessão de liminar, quando o mandado de segurança visa obstar pagamento indevido de vencimento e vantagens.

85. No que se refere a possível ineficácia da decisão final a ser prolatada, não resta dúvida que, obtendo os exequentes naquela ação ordinária, a situação jurídica buscada, com o seu consectário econômico, dificilmente obter-se-á a devolução do valor dispendido para o cumprimento provisório da sentença, no caso de concessão da segurança requerida.

## DO PEDIDO

Por tudo quanto exposto, requer o impetrante a concessão de LIMINAR para suspender *si et in quantum* a execução provisória supra aludida, colhendo-se as informações de estilo ao Exmo. Sr. Dr. Juiz Titular da 3ª Vara da Fazenda Pública.

Pede-se, ainda, a intimação do ilustre representante do Ministério Público do Estado, e, ao final, que seja concedida a segurança para tornar definitiva a liminar, se concedida, mediante a outorga de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, até a revisão do julgado pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

Dá-se à causa, apenas para efeitos fiscais, o valor de CR\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros reais).

Pede deferimento.

Fortaleza, 02 de agosto de 1993.

José Pio Porto Belem  
Procurador do Município



**EXMº SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DA 2ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE FORTALEZA**

**PROCESSO Nº 0443/86**  
**ANTONIO BARROS LOPES**

O **MUNICÍPIO DE FORTALEZA** vem, através de seu procurador adiante subscrito, perante a respeitável presença de V. Exa., com o costumeiro acatamento, devidamente notificado do r. despacho de fls. dos autos, **impugnar os cálculos elaborados pela DSCLJ dessa Justiça do Trabalho**, pelos fundamentos e motivos a seguir expostos:

1. O TRT da 7ª Região em data de 10.12.91 expediu **Precatório de nº 132/90 — Mandado Executório nº 468/91** (vide cópia anexa), determinando a inclusão do valor nele constante no próximo Orçamento (ano de 1992) Municipal.
2. Conforme determinação expressa no citado documento vigente e em obediência aos termos do **Art. 100 da Constituição Federal vigente**, o Precatório foi incluído na previsão orçamentária para o seu pagamento no ano de 1993 (janeiro). De tal medida o **Exmº Sr. Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região** foi devidamente comunicado, através do **Ofício nº 037/92**, de 31.01.1992 (vinte cópia doc. em anexo).
3. Agora, estranhamente recebe o **Município de Fortaleza**, através da **Notificação nº 1766/93**, novos cálculos relativos ao Processo em epígrafe, como atualização de valor pago?
4. Ora, **MM Julgador** é assente na Doutrina e na Jurisprudência Pátria, "de que após a expedição do precatório-requisitório, não pode mais serem atualizados os cálculos efetivados, pois tratando-se de execução contra órgão público, portanto, com bens impenhoráveis, o requisitório se impõe para que o débito seja orçamentado. Como o orçamento público é anual, é evidente que muitas vezes o exequente tem que esperar pelo pagamento por quase um ano" (**Ag. de Petição 215/83 — Juiz Relator: Pedro Thaumaturgo de Melo — J em 2.5.83 — TRT 8ª Região**).

5. Dispõe o Rrt. 100 da Constituição Federal:

"A exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º — É OBRIGATÓRIA A INCLUSÃO, NO ORÇAMENTO DAS ENTIDADES DE DIREITO PÚBLICO, DE VERBA NECESSÁRIA AO PAGAMENTO DE SEUS DÉBITOS CONSTANTES DE PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS, APRESENTADOS ATÉ 1º DE JULHO, DATA EM QUE TERÃO ATUALIZADOS SEUS VALORES, FAZENDO-SE O PAGAMENTO ATÉ O FINAL DO EXERCÍCIO SEGUINTE". (Grifamos)

6. No caso presente, o **Precatório** foi emitido em **10 12 1991**, conforme prova-se com o documento junto, em vez de até **julho de 1991**. Portanto, a inclusão da verba no orçamento de 1992 não era obrigatória, podendo ser proposta, como foi para o Orçamento seguinte, no caso, de 1993, com pagamento em  **janeiro de 1993**.

7. Desta forma, seguindo a norma expressa na C. F. no que pertine aos precatórios-requisitórios judiciais, não há que se falar em atualização de débito quando o **Município de Fortaleza** fielmente cumpriu a norma legal pertinente.

8. O débito constante no **Precatório nº 132/90-TRT** foi devidamente incluído no Orçamento de 1993 e pago em **29.01.93**, sendo depositado na Conta nº 87.429-9 do TRT da 7ª Região — Banco do Brasil S/A, Agência 0008/6 — valor **CR\$ 173 005,22**, Cheque de nº 062961 — BEC (vide docs. juntos).

Diante de todo o exposto e dos documentos comprobatórios dos argumentos aqui expendidos, requer o **Município de Fortaleza**, que V. Exa., em não homologando os cálculos de fis. dos autos, por serem de todo **indevidos**, determine o **Arquivamento** do processo, diante de sua total quitação, inclusive no que pertine às custas processuais.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Fortaleza, 11 de junho de 1993.

ANTONIO OSMÍDIO T. ALENCAR

Exmo. Sr. Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Proc. N.º 10459

Autora: Leticia Azin Vinhas Rocha e outras

**C O N T E S T A Ç Ã O**

O Município de Fortaleza, Pessoa Jurídica de Direito Público interno, parte legítima para contestar a Ação Ordinária proposta por Leticia Azin Vinhas Rocha e outras, vem apresentar suas razões de defesa, mediante o que passa a expor e, finalmente, requer:

#### **I — PRELIMINARMENTE**

01. Ab initio, cumpre ressaltar que as Autoras incorreram em erro ao proporem a presente Demanda contra o Sr. Prefeito Municipal. Na verdade, o réu no feito não é o Prefeito, mas sim o Município de Fortaleza, que tem nas pessoas do Prefeito e seu Procurador, seus legítimos representantes, seguindo consagra o art. 12 II, do CPC.

02. Em verdade a Pessoa contra quem as Autoras propuseram a Demanda foi o Município de Fortaleza e não o chefe do Executivo Municipal. Sendo assim, pode-se verificar de início a ilegitimidade passiva do Prefeito de figurar como Réu na Ação.

#### **— INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CONHECER E JULGAR A AÇÃO. INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA FUNÇÃO.**

03. O Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado é inteiramente **INCOMPETENTE** para conhecer e julgar a Demanda. De conformidade com a Constituição Federal (art. 125, § 1º) e com o Código de Organização Judiciária do Estado (art. 71, I, "a") a competência funcional para conhecer e julgar o feito é de uma das Varas da Fazenda Pública.

04. Isto posto, não há como negar que incidu na lide o art. 113 e seus parágrafos do CPC, impondo-se, portanto, a remessa dos Autos ao Juízo competente com a anulação de todo e qualquer ato decisório, se houver.

## II — DE MERITIS

05. Toda a súplica das Requerentes se resume na defesa da tese de que, o art. 10 da Lei Municipal nº 6712, de 24.09.90 (e não da Lei nº 6.212) não poderia ter transformado a gratificação de regime de tempo integral em VPR (Vantagem Pessoal Reajustável), pois as mesmas tinham direito adquirido de continuarem a recebê-las.

06. Ocorre, que consoante a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro, as gratificações, mesmo quando o servidor aposentado continuou a percebê-las, não podem ser incorporadas, isto é, a Administração Pública pode retirá-las, sem que tal ato represente uma afronta ao direito adquirido, pois tal é inexistente nesse caso.

07. A gratificação de tempo integral não se incorporou ao patrimônio das Autoras. Toda e qualquer gratificação pode ser conferida ou suprimida pela Administração sem que haja ofensa a direito adquirido.

08. Para melhor esclarecer o assunto, é importante frisar que a gratificação por regime de tempo integral é do tipo gratificação de serviço, existindo para recompensar riscos ou ônus suportados pelo servidor na execução de seu trabalho. Está diretamente ligada ao serviço. Regra geral, a sobredita gratificação deve ser recebida, apenas, enquanto o servidor presta o serviço que as motivaram. No entanto, excepcionalmente; podem continuar a serem percebidas após a aposentadoria do servidor se houver lei específica a respeito. No entanto, pela própria natureza jurídica das gratificações, podem até ser suprimidas por lei posterior.

09. Vale ressaltar, que no caso sub judice, apesar de permitido pela Ordem Jurídica, o Município não suprimiu a aludida gratificação, apenas, transformou-a em VPR, a qual possui natureza idêntica da gratificação, haja vista que esta também é uma vantagem.

10. Corroborando com a tese defendida se apresentam os doutos do Direito Administrativo, devendo-se citar, respectivamente: Hely Lopes Meirelles, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Diógenes Gasparini:

... As gratificações — de serviço ou pessoais — não são liberalidades da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida "são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas". (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, São Paulo, RT, 1991, p. 404).

"Hely Lopes Meirelles, impressionado com o caos terminológico resultante, propõe a seguinte classificação: os adicionais "que se destinam a melhor retribuir os exercentes de funções técnicas, científicas e didáticas (de função) ou a recompensar os que se mantiveram por longo tempo no exercício do cargo (por tempo de serviço)", aderindo, em princípio ao vencimento, e as gratificações — que são "atribuídas aos funcionários que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, insalubridade ou onerosidade (gratificações de serviço) ou concedidas como ajuda aos servidores que apresentam os encargos pessoais que a lei especifica (gratificações pessoais)", não aderindo, por isto, ao vencimento. Parece-nos irretocáveis a sistemática proposta e recomendável sua adoção estatutária." (Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, RJ, Forense, 1989, p. 253).

"São vantagens de ordem pecuniária outorgadas aos funcionários públicos que desempenham serviços comuns em condições incomuns ou anormais de segurança, salubridade (gratificação de serviço) ou como ajuda, em razão de certos encargos pessoais (gratificação pessoal). Aderem ao padrão, mas a ele não se incorporam." (Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 122/23).

11. O pleito das Suplicantes poderia ter algum respaldo jurídico se a Administração Pública tivesse feito a transformação de tempo integral só para elas e continuasse a pagar referida gratificação para os demais servidores ativos e inativos. Contudo, tal não houve, pois o art. 10 da Lei nº 6712/90 (anexo) impôs a transformação de todas as gratificações de tempo integral dentre outras, de quaisquer servidores, em vantagem pessoal reajustável. O tratamento isonômico aos servidores, portanto, continuou a ser dado pelo Município.

12. Mediante os argumentos retro, resta notória a IMPROCEDÊNCIA da Ação, haja vista que a Administração Pública Municipal ao cumprir o art. 10, da Lei nº 6712/90, em momento algum feriu qualquer direito das Suplicantes, apenas tratou-as conforme todos os demais servidores aposentados ou não, sem causar-lhes qualquer prejuízo, pois concedeu-lhes a chamada vantagem pessoal reajustável.

### III — DO PEDIDO

13. EX POSITIS, é pedido que seja reconhecida a incompetência absoluta deste Egrégio Tribunal e enviado os Autos para uma das Varas da Fazenda Pública a fim de que o Juízo competente, reconhecendo que a parte passiva é o Município de Fortaleza, dê pela total improcedência da Ação, com a condenação das Autoras nos ônus sucumbenciais.

14. A questão objeto do litígio configura-se como eminentemente de Direito, sendo despicindo, portanto, a produção de provas orais em Audiência. Contudo, se assim V. Exa. não entender, são pedidos todos os meios de prova em Direito admitidos, mormente, depoimento pessoal, ouvida de testemunhas e apresentação posterior de documentos.

Nestes Termos

P e E deferimento.

Fortaleza, 09 de Dezembro de 1991.

Mário Parente Teófilo Neto  
Procurador do Município

## EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

### MANDADO DE SEGURANÇA N.º 3.548 DE FORTALEZA

O PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA, vem com os costumes e devidos respeito e acatamento, perante Vossa Excelência por conhecimento devidamente notificado do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado pelo Sr. FRANCISCO DE SOUSA PINHEIRO, no qual fomos apontados como autoridade coatora, e para o qual, temos a honra de prestar em atenção aos termos iniciais da citada ação e a Vossa Excelência as inclusas informações que nos foram solicitadas, destinadas a instrução da respectiva actio.

No ensejo, apresentamos a Vossa Excelência e aos Ilustres Desembargadores componentes deste Egrégio Tribunal de Justiça os nossos protestos da mais alta estima e consideração.

Termos em que pede e espera deferimento.

Fortaleza(CE), 24 de agosto de 1992.

JURACI VIEIRA DE MAGALHÃES  
Prefeito de Fortaleza

CARLOS HENRIQUE GARCIA OLIVEIRA  
Procurador Municipal

**EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO**

**RECURSO DE REVISTA  
PROCESSO TRT N.º 804/90  
ACÓRDÃO TRT N.º 2140/91**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, nos autos do processo em epígrafe em que contende com WOTTON RICARDO PINHEIRO DA SILVA, vem diante de Vossa Excelência, por intermédio de seu Procurador Judicial signatário, inconformado com o Venerando Acórdão presente nos autos, e com a devida vênia, interpor no prazo legal, RECURSO DE REVISTA, para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ou para uma de suas Egrégias Turmas, com fundamento no artigo 896 e respectivas alíneas "a" e "c" da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo que requer o recebimento do presente recurso e o seu provimento àquela Corte Superior, com as razões em anexo, para que em revisão seja reformado o referido Acórdão, para os fins de direito.

Termos em que pede e espera deferimento.

Fortaleza(CE), 17 de dezembro de 1991.

**CARLOS HENRIQUE GARCIA DE OLIVEIRA  
PROCURADOR MUNICIPAL**

## INFORMAÇÕES

O PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA, por intermédio do Procurador Judicial do Município de Fortaleza, vem através do presente instrumento apresentar as informações que passa a expor e, finalmente requerer:

É indispensável, para a pertinente aplicação do remédio heróico, esteja ele revestido dos requisitos básicos à sua utilização. O **mandamus**, não é demais afirmar, trata-se de uma ação específica para proteção de situações jurídicas que se encontrem com um direito manifestamente lesado.

Com efeito, o cabimento do Mandado de Segurança só é possível se ocorrerem os seguintes pressupostos: Ato de Autoridade; Ilegalidade ou Abuso de Poder; Direito Subjetivo violado ou ameaçado, desde que demonstrado de plano.

A Ausência de quaisquer destes requisitos impossibilita a sua utilização. O que vem a ocorrer se verificado minuciosamente a Proeminal Ação. As alegações contidas na inicial estão destituídas de amparo legal, por inteiro, fato que, obsta o direito pretendido, tornando-se dessa forma o impetrante como carecedor de ação, como facilmente será evidenciado.

Afora o autor da presente **actio**, com o visto de compelir O MUNICÍPIO DE FORTALEZA a não efetuar as determinações legais referentes a acumulação ilícita de cargos e funções públicas. Alega como substrato que um dos cargos atualmente em exercício, corrobora-se as exceções permitidas constitucionalmente.

**Data Venia**, merece reproche a pretensão do autor tendo em vista que os atos administrativos municipais procedem sempre de avaliação em que permeia-se o interesse social e as determinações legais vigentes no Direito Positivo Pátrio.

Com efeito, não há porque se vislumbrar qualquer eiva de ilegalidade por parte do ato do Sr. Prefeito. Pois o mesmo respeitou aos ditames atinentes ao cargo efetivo que ocupa com o respaldo de toda a população, ou seja seus munícipes e servidores.

É cedido o entendimento de que o Regulamento Executivo não pode extrapolar os lindes firmados pelas leis que disciplinam esta matéria específica. E assim o fez em obediência

à Constituição Federal de 1988, à Lei Orgânica do Município de Fortaleza, e ao Decreto Municipal regulador da matéria.

Cumpra-se dois analisar o teor das legislações regulamentadoras da espécie, bem como do procedimento adotado em âmbito administrativo municipal, que, findou no ato de nosso Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Fortaleza.

O impetrante entendendo que a sobredita decisão de acumulação ilícita de cargos era ilegal e violadora de direito líquido e certo, requereu a presente *actio*, para tentar sustar a decisão administrativa e assim adquirir a manutenção do cargo na esfera municipal, sendo acrescido de suas atividades no âmbito estadual.

Mediante documentos constantes do processo epígrafado, tenta apresentar decisões referentes ao assunto de episódio de interesse interno. Não apresenta a menor valia o documento atinente ao parecer de um dos nossos procuradores atuante na Consultoria da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, sendo pertinente informar que o que consolida a decisão final acerca do assunto depende do posicionamento do Procurador-Chefe da Consultoria, que em seguida é apresentado nos mesmos documentos. Este por sua vez consolida a idéia inicial de acumulação ilícita, o que para nós não dispõe sequer de dúvidas.

A Constituição Federal em seu artigo n.º 37, XVI, define as regras básicas em expressa literalidade, o qual preceitua:

**Art. 37 — A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e também ao seguinte:**

**XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:**

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico."

Analisando a norma suso com a situação fática em que estava inserido o Requerente, é visivelmente notório que a sua acumulação de cargos não estava de acordo com a previsão constitucional acima. Em conformidade com a Carta Magna, a acumulação de cargos públicos é via de regra proibida. As exceções são, somente, aquelas previstas na citada norma constitucional e no art. 17, §§ 1.º e 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não estando o impetrante abrangido em qualquer das exceções ao princípio de não acumulação de cargos públicos comprova-se de forma indelével, que o mesmo não poderia continuar a exercer os dois cargos discriminados em sua petição inicial, ou seja um cargo de professor com um cargo do grupo de segurança estadual.

A questão se cinge ao que dispõem os artigos dispostos na Magna Carta. Em primeira ordem, nota-se, por óbvio, ante a clareza meridiana da disposição inserida no artigo acima transcrito. Sendo a nossa *lex fundamentalis* a postuladora de princípios e regras básicas, não poderia a mesma tecer detalhes, cabíveis apenas às demais entidades estatais. Que assim o fizeram tendo em vista que o mesmo prescindia de regulamentação, de molde a se tornar exequível, e sem máculas de dúvidas.

Dessa forma, o fez **O MUNICÍPIO DE FORTALEZA**, ao definir os procedimentos para apuração de acumulação remunerada de cargos, funções e empregos dos servidores municipais além de dar providências, através do Decreto n.º 8.649, datado de 30 de outubro de 1991.

Vale aqui ressaltar que a disposição constitucional procura consolidar a moralidade pública referente aos cargos públicos, que atualmente tentam diante da atuação dos Chefes Executivos em administrações transparentes visando os anseios de seus munícipes fazer valer os ditames fundamentais exarados na Constituição Federal ao preceituar a moralidade essencial ao exercício da democracia. Infelizmente políticos inescrupulosos fizeram dos órgãos públicos verdadeiras máquinas fazedoras de empregos, e quantos não dispõem de cargos duplos ou mesmo tripos. O que se busca é apenas fazer valer o respeito ao serviço público e para isso é necessário ir de encontro a inumeráveis interesses individuais. Mas que

sabemos serem inválidos diante do interesse público e da coletividade segundo preceitua os princípios básicos do Direito Administrativo.

Sobre tal assunto em que se proíbe a acumulação de cargos públicos, desde a Constituição de 1934 e 1937 que se tenta vedar este (trampolim) empregatício. Assim descreve as lições do jurista-sociólogo PINTO FERREIRA em sua obra Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva 1989, vol. I, p. 380.

No mesmo sentido entende o doutrinador JOSÉ CRETELLA JUNIOR corroborando com esse entendimento em seu livro Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Vol. IV, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 2214.

Respeitando os ditames-mores regidos pela Carta Magna no que confere autonomia aos Municípios, é que após ampla discussão da matéria surgiu o presente decreto, que visa como ponto crucial disciplinar acerca das acumulações de cargos públicos. Para assim evitar maiores transtornos, e partindo da idéia básica dada na Constituição Federal, que disciplina sobre cargo técnico ou de nível superior. Que embora não se encontre literalmente dito, é visivelmente entendido por qualquer ser humano possuidor de razão e conhecimento.

Seria incompreensível entender como cargo técnico aqueles que qualquer empresa privada ou mesmo os nefastos cursos técnicos espalhados por este país-continental, os considerasse como "técnicos", e por conta disso, teríamos um caos!

Com clareza que lhe é peculiar o festejado e saudoso mestre de Direito Administrativo HELY LOPES MEIRELLES, dirimindo por completo a controvérsia, respeitante ao que seja cargo técnico, em sua obra-prima Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 16ª ed., 1991, averba, que, por cargo técnico se deve entender como requisito básico a devida graduação em nível superior, que pertine conhecimentos suficientes às atividades técnicas de nosso país.

É indevida a apresentação de uma lei estadual por parte do impetrante pois tendo em vista a autonomia municipal que perfaz-se por suas próprias determinações legais sobre a regência de seus interesses. Além do mais é identificável no texto que ao tratar por cargo técnico busca-se apenas separar

dos cargos executivos da esfera estadual, e também que no art. 3º da Lei 11.232 de 15 de outubro de 1986 os cargos do grupo de segurança pública subdividem-se por níveis. Primordialmente deve-se atender ao fato de que a citada lei não planejou sequer consubstanciar as disposições da Constituição Federal pois a mesma é datada do ano de 1986. E assim procura apenas disciplinar a divisão interna dos cargos especificamente no plano interno classificatório do Estado do Ceará.

A lição do insigne HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, esclarece sobremaneira a matéria, senão vejamos:

"Acontece, no entanto, que leis existem onde não há cláusula declaratória de que somente entrarão em vigor após a promulgação do regulamento, nem aquela outra em que se autorize ou se determine a emissão de regulamento. Se elas não são claras ou não contêm os meios para sua própria execução, precisarão de normas secundárias ou intermediárias para descer a hipótese particular. Deverá o executivo, por isso, baixar regulamento. Tais leis somente entrarão em vigor após a sua regulamentação, pela impossibilidade de sua execução sem as normas secundárias.

IN, Manual Elementar de Direito Administrativo, Ed. Liber Juris, 1987, 3ª ed., p. 94."

A transcrição acima embora referente às leis complementares e ordinárias, nem por isso invalida a idéia básica de que é competente o Chefe do Executivo de baixar decretos para melhor regular matérias de interesse municipal.

Dessa forma, *ad argumentandum*, mesmo que fosse admitido o absurdo respeitando a lei estadual que não rege o assunto, ainda assim inexistiria tal direito em favor do impetrante, haja vista que sua acumulação já era ilícita desde as Constituições anteriores, apenas a atual foi mais veemente ao tratar do assunto em questão.

Conclui-se pois, que o Decreto Nº 8.649 de 30 de outubro de 1991, não extrapolou os lindes fixados no Direito Pátrio ao ensejo de sua regulamentação. Ao revés, deu plena exequibilidade ao disposto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, motivo porque agiu bem o executivo municipal, após decisão da Secretaria de Administração através da Comissão de De-



finição das Acumulações Funcionais da Prefeitura Municipal de Fortaleza que em amplo processo interno permitindo total conhecimento ao servidor impetrante onde faculta-se o direito de decidir sua opção final.

Em nenhum momento visou o ato do Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Fortaleza ser contrário às determinações legais e aos princípios básicos da administração pública, procurando sempre responder as regras fundamentais de nossa Constituição Federal, e em que pese o insofismável interesse de nosso Município em uma questão magistral.

Acreditando que tudo o que acima foi dito possa servir para o melhor e mais justo entendimento por parte de Vossa Excelência acerca do objeto da presente demanda em lide, e posicionamo-nos no ensejo de apresentar maiores esclarecimentos se por ventura assim compreender e necessitar.

**Ex Positis**, prestadas todas as informações pertinentes ao caso subjudice é pedido que o **mandamus** seja julgado improcedente em todos os seus termos, após julgar antecipadamente o feito, e findando por condenar a autor nos sec-tários da sucumbência.

Termos em que pede e espera deferimento.

Fortaleza(CE), 24 de agosto de 1992.

JURACI VIEIRA DE MAGALHÃES  
PREFEITO DE FORTALEZA

CARLOS HENRIQUE GARCIA DE OLIVEIRA  
PROCURADOR MUNICIPAL

**COLETA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR DO  
TRABALHO:**

**PROCESSO N.º TST/RR - 63.331/92.2**  
**AGRAVO REGIMENTAL**  
**MINISTRO: EXMO. SR. DR. UMBERTO GRILLO**  
**AGRAVANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA**  
**AGRAVADO:**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador judicial signatário (art. 12, II, CPC) inconformado com o despacho exarado nos autos do processo em epígrafe, com publicação oficial no dia 26-11-92, vem, tempestivamente, interpor o presente Recurso de Agravo Regimental, com fulcro no Regimento Interno desta Corte Superior de Justiça mediante as razões que passa a expor e, finalmente, segue:

01. O Despacho proferido pelo Eminente Ministro relator, deixou de receber o Recurso de Revista do Agravante com o argumento que o Procurador subscritor do mesmo não havia provado sua condição de representante do Recorrente.

02. **Datíssima vênia**, o caso sub judice não se enquadra na previsão do Enunciado 164 da Súmula desta Corte. O teor do Despacho recorrido carece de compatibilidade não só com relação às normas processuais civis (aplicáveis ao processo trabalhista) como, ainda, relativa à jurisprudência. De acordo com o art. 12, II, do CPC, o Procurador do Município representa-o em Juízo, tanto ativa como passivamente, sendo, portanto, desnecessária, a apresentação do instrumento procuratório.

03. Acatando a interpretação literal do dispositivo suso, os Tribunais já manifestaram-se por diversas vezes. Assim, podemos citar a título de exemplo a decisão abaixo:

**"Nos termos do art. 12 do CPC, o Município é representado por seu Prefeito ou Procurador - n.º II. Se a contestação está assinada por procurador da municipalidade, dispensável se torna a juntada de procuração". (AC. Da 3ª Câm. Do TJ-RS de 03.04.86, no agr. 586.002.099, rel. Des. EGON WILDE: Rev. Jurisp. TJ-RS, vol. 117, p. 230).**

04. Analisando a norma suso do CPC e corroborando com a decisão citada, o jurista Celso A. Barbi esclarece que:

"Os Municípios são representados em juízo ativa e passivamente, pelos seus Prefeitos e Procuradores, da mesma forma que dispunha o Código anterior. Em princípio, a representação cabe ao Prefeito, que é o chefe da administração municipal.

Ela somente se fará por Procurador se a lei local criar esse cargo, com função expressa da representação do município em juízo.

A distinção é importante, porque, onde não existir cargo de Procurador, a citação inicial será feita na pessoa do Prefeito; e o advogado que for encarregado da defesa dos direitos do Município necessitará de procuração dada pelo Prefeito, como representante do Município. Mas onde existir o cargo de Procurador, com poderes expressos, a citação inicial será feita a esse que não depende de mandato para atuar nas causas em que for parte do Município." (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª edição, Forense, Vol. I, 1991, p. 91).

05. Diante das citações acima, tem-se por certo que, estando o Município representado em processo judicial por alguém pertencente ao quadro de Procuradores do mesmo (ocupante do cargo público de Procurador do Município), despiciendo, se torna a apresentação do instrumento de Mandato.

06. A razão da inexigibilidade de procuração para Procurador legalmente investido no cargo é muito simples, pois se a própria lei (art. 12, II, do CPC) estabelece que o Procurador representa judicialmente o Município, é inócua a apresentação de qualquer instrumento de mandato para o Procurador. A lei prevalece sobre o instrumento particular.

No caso dos Autos enquadra-se totalmente no fato previsto no art. 12, II, da norma processual civil. A Dra. Liduína Ofélia Duarte Barreto (documentos anexos) ocupa o cargo de Procurador do Município de Fortaleza, desde 10-07-92, tendo sido, inclusive, aprovada em concurso público de provas e títulos.

08. Diferentemente do que ocorre com alguns Municípios, Fortaleza não necessita contratar os serviços profissionais de Advogados para defendê-lo judicialmente, haja vista que possui quadro próprio de Procurador, consoante a Lei Complementar anexa. Não fosse por essa circunstância, a representação do Município no Recurso de Revista estaria irregular.

09. Se porventura havia dúvida quanto à legitimidade do Procurador para defender o Direito do Recorrente no Recurso de Revista, este deveria ser notificado para provar a legitimidade. A imposição do chamamento do Município para tanto é estabelecida no art. 284 do CPC, o qual deve ser interpretado, utilizando-se da analogia, já que há ausência de norma específica para o caso.

10. E não é só! A dúvida poderia ainda ter sido esclarecida de acordo com o preceito do art. 337 do CPC, segundo o qual a parte deverá provar direito municipal, se o juiz assim determinar. Acaso tivesse havido a referida determinação, o Recorrente provaria que o Procurador subscritor do Recurso tinha plenos poderes de representação do Recorrente.

11. Como se pode ver, o Agravante agiu, na interposição da Revista, estritamente, de acordo com as normas processuais inexistindo razões capazes de justificar o não seguimento, de plano, do Recurso de Revista.

12. Estando demonstrada a **ineplicabilidade** do Enunciado 164 desta Corte Superior de Justiça no caso em análise e, ainda, a existência na Ordem Jurídica de normas que permitem ao Recorrente fazer-se representar por Procurador (sem necessidade de apresentar procuração) e também reconhecem-lhe o Direito de sanar alguma irregularidade, antes de ter seu recurso julgado, é pedido:

— De acordo com o art. 185, § 1º do Regimento Interno desta Corte, seja reconsiderado o Despacho recorrido para em seguida dar seguimento ao Recurso de Revista n.º 38.445/91.4

— Caso V. Exa. não esteja convencido das razões do Recorrente, submeta o presente Agravo ao julgamento da Turma a fim de que seja atendido o pleito do item anterior.

Ita Speratur  
Justitia!

Fortaleza, em 07 de dezembro de 1992.

LIDUÍNA OFÉLIA DUARTE BARRETO  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

**EXM.º SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA MUNICIPAL**

**Proc. n.º 142/93**

**AÇÃO INDENIZATÓRIA**

**Esc. Priv. dos Feitos da Fazenda Municipal**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, vem, através do seu Procurador Patrimonial adiante firmado, ato de nomeação incluso (doc. 01), OAB-CE n.º 6.739, perante a honrosa presença de V. Exª, com o costumeiro acatamento, apresentar, tempestivamente, a presente **CONTESTAÇÃO aos termos da Ação Indenizatória** que lhe move **ITA - INDÚSTRIA TURISMO E AGRICULTURA S/A**, aduzindo suas razões de defesa, mediante o que passa a expor e, finalmente requer:

**I — PRELIMINARMENTE**

**CARÊNCIA DE AÇÃO**

Falta de documento (Título de Propriedade) que legitime a pretensão da autora.

**Ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.**

(A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação". (Código de Processo Civil, art. 283).

01. Pretende a Autora na presente Ação, com fulcro nos arts. 75, 159 e 1.518 do Código Civil, e art. 5º XXII e XXIII da Constituição Federal, compelir o Município a pagar-lhe indenização por área de terra que se intitula proprietária, sob o auspício de que: "Foi arbitrariamente e, ilegalmente ocupada pelas autoridades da Prefeitura Municipal de Fortaleza".

02. Não obstante descrever o imóvel na inicial, como uma área de terra constituída por 62 (sessenta e duas) quadras do Loteamento "Sítio Indai", distrito de Mondubim, nesta Capital, não apresentou documentos comprobatórios de sua propriedade, "in casu" o documento hábil. (Certidões do Registro de Imóvel". Título de propriedade. Documento indispensável,

R. Proc. Geral Mun., 2 (2) 209/214 — Mar 1998

cuja apresentação com a inicial a lei exige, dado que se constitui na substância da demanda, e condição sine qua non para legitimar a pretensão da Autora.

Com efeito, pela regra do art. 283 do C.P.C., "a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis a propositura da ação". Assim, na presente demanda, em que se pede indenização por esbulho e expropriação de terras não será possível o exame do pedido pelo MM Juiz, se o título de propriedade do imóvel, fato constitutivo do direito da Autora, não vier nos autos, acompanhado da inicial. "In casu", documento indispensável, sem o qual não será possível o estabelecimento normal do contraditório, a fim de que o Juiz possa julgar.

03. Destarte, a expressão "instruída" na técnica processual, significa que a petição deve vir acompanhada da prova que legitime a pretensão do autor.

Isto porque, "instruir" em linguagem jurídica, *lato sensu*, significa fundamentar e esclarecer o processo com a produção das provas necessárias a permitir que o MM Juiz profira a decisão.

04. A rigor, é princípio do direito, de que os atos processuais devem ser realizados na forma e nos prazos prescritos em lei.

05. Verifica-se assim dos autos, que a exordial veio desacompanhada da prova material, constitutiva do direito da Autora, indispensável a propositura da ação, que legitime seu interesse processual para ensejar o exame do pedido.

Dalí, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, incisos IV e VI c/c arts. 283, 295, III; e 301, X todos do Código de Processo Civil.

Assim entende a Jurisprudência, "in verbis":

"Deve ser extinto o processo se a inicial não está instruída com os documentos necessários à prova do fato, nem arrolar testemunhas". (RJ. TJESP. 47/182 BOL. AASP 984/132)

Esse também é o entendimento da nossa doutrina, conforme **MOACYR AMARAL SANTOS**, em seu livro *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*, 1. 5ª ed. Saraiva 1977 n.º 130, pág. 146, verbis:

"A falta de qualquer das condições da ação importará na carência desta. Declarando o Autor carecedor da ação, o Juiz extinguirá o processo".

Isto posto, esta não poderá prosperar, justamente pela ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, e, das Condições da Ação. Dada a inexistência nos autos, do Título de Propriedade da Autora, concernente ao objeto da demanda. Documentos estes, indispensáveis à propositura da ação, nos termos do art. 283 do Código de Processo Civil.

Desta forma, é a presente para requerer digné-se V. Exª., em conhecer da preliminar e de plano decretar a extinção do processo sem julgamento de mérito.

## II — NO MÉRITO

Vestibularmente, Preclaro Juiz, se não bastasse a preliminar ventilada, melhor sorte não acolheria a Autora, quanto a matéria de mérito. Indubitavelmente a sua improcedência é inarredável, senão vejamos:

01. Diz a Suplicante, ser senhora legítima e possuidora de uma área de terra nesta Capital, no distrito do Mondubim, Loteamento "Sítio Indaí", perfazendo 62 quadras com área total de 422.882m<sup>2</sup>. E alega que a área foi arbitrariamente e ilegalmente ocupada pelas autoridades da Prefeitura Municipal de Fortaleza, com a implantação de postos de saúde, centros integrados de educação, projetos de saneamento e infraestrutura, etc.

02. Denota-se claramente pela exposição da Autora, de que a área objeto da ação, constitui-se de loteamento do solo urbano, que tem seu disciplinamento pela Lei n.º 6.766, de 19-12-79.

A referida Lei, dispõe em seu art. 2º caput o seguinte:

**Art. 2º —** "O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas às disposições desta Lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes".

Em seu Capítulo II. — estabelece os requisitos urbanísticos para o loteamento, prescrevendo em seu art. 4º que:

**Art. 4º** — "Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I — as áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, bem como os espaços livres de uso público, serão proporcionais a densidade da ocupação prevista para a gleba, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo.

II ...

§ 1º — A percentagem de área pública prevista no inciso I desde artigo não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, salvo nos loteamentos destinados ao uso industrial, cujos lotes forem maiores do que 15.000m<sup>2</sup> (quinze mil metros quadrados), caso em que a percentagem poderá ser reduzida.

§ 2º — Considerase comunitários equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares".

Dispõe ainda a citada Lei em seu Capítulo VI

— **Do Registro do Loteamento e Desmembramento, art. 22, que:**

**Art. 22** — "Desde a data do registro do loteamento, passa a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edificações públicas e outros equipamentos urbanos, constantes do projetos e do memorial descritivo".

Destarte, como se vê das alegativas da Autora, repita-se alegativas, pois não comprovou sua propriedade, através da competente Certidão do Registro de Imóvel, nem tampouco juntou aos autos a planta do loteamento e o memorial descritivo. O Município implantou na área equipamentos comunitários e realizou obra de infra-estrutura, para atender a população da denominada "Favela do Pantanal", segundo a Autora, invasores da área de que se diz ser proprietária.

03. Na verdade, as obras e os equipamentos comunitários implantados pela Prefeitura de Fortaleza em benefício da co-

munidade instalada na Favela do Pantanal, estão situados em "área institucional de domínio público do Município", constante da reserva legal do projeto de loteamento "Sítio Indai".

Consoante lição do grande mestre do Direito Administrativo Brasileiro, **HELIO LOPES MEIRELES**: "A inscrição do loteamento produz, dentre outros, os seguintes efeitos..., transfere para o domínio público do Município as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta, independentemente de qualquer outro ato alienativo". (Direito de Construir, pag. 123).

Por conseguinte; constitui-se área institucional do domínio público do Município, e não poderá ser alterada pelo parce-lador, nem incorporada ao propriedade privada.

04. Observe-se a propósito, a omissão da Autora quanto a descrição da área, bem como a não juntada aos autos da planta do loteamento, memorial descritivo e certidão de registro junto ao Órgão Municipal. Como se vê, a omissão foi proposital, e visa ludibriar a V. Ex<sup>ª</sup>.

05. É competência do Município desenvolver política de desenvolvimento urbano, assegurando "A urbanização e a regularização fundiária das áreas, onde esteja situada a população favelada e de baixa renda" Conforme dispõe a Lei Orgânica do Município em seus art. 149 e o seguinte.

Com efeito, os imperativos da urbanização, exigem a localização de áreas para as instalações de equipamentos comunitários, urbanos e obras de infra-estrutura em prol das comunidades aglomeradas em favelas. A função social da propriedade, exigida como princípio constitucional em nosso sistema, legitima tal exigência.

Assim sendo, im procedem os argumentos da Autora, de que Município tenha agido de forma abusiva e ilegal, afrontando o princípio do direito de propriedade previsto pelo art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal.

05. É também im procedente a alegação de que o Município promoveu "desapropriação indireta da área", e consequentemente o direito à indenização.

Isto porque, à obrigação de indenizar, só se configura quando há infringência de um dever legal, ou a prática de atos

contrários ao direito, ou ainda, quando, embora sem infringir a lei, o ato foge da finalidade social a que ele se destina.

07. Indiscutivelmente, "in casu", a Autora procura, inescrupulosamente ocupar-se às expensas do erário público.

Assim é que tentou essa malfadada ação, atribuindo à causa o valor de Gr\$ 81.000.000.000,00 (trinta e um bilhões de cruzeiros), só admitida como delírio da Suplicante.

Por conseguinte, em hipótese remota de V. Ex<sup>a</sup>. reconhecer a Autora detentora de direito, o que se admite apenas para argumentar, face ao que foi exposto; imperiosa se torna a necessidade de promover uma avaliação criteriosa do imóvel, com a exclusão das áreas institucionais de domínio Público, e de preservação ambiental.

08. Diante do exposto, requer o Município de Fortaleza, promovido:

a) — que V. Ex<sup>a</sup>. se digne, pelos fundamentos esposados na preliminar suscitada, julgar, por sentença o presente processo extinto sem julgamento de mérito;

b) — na hipótese de não acolhimento do pedido anterior, o que se admite apenas para sequenciar a raciocínio, que julgue a presente ação totalmente improcedente, condenando, ainda a Promovente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a ser arbitrado por V. Excelência;

c) — como meio de provar o alegado, protesta pela produção de todos os meios de provas admitidas em direito, especialmente pelo depoimento pessoal do representante legal da empresa Promovente, sob pena de confesso e revella, juntada posterior de documentos, oitiva de testemunhas e perícia, tudo de logo requerido.

Nestes Termos

Pede e Espera Deferimento

Fortaleza, 17 de junho de 1993.

FRANCISCO EDONIZETE TAVARES

PROCURADOR DO MUNICÍPIO