

**Centro de Estudos e Treinamento
- CETREI -**

**Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza**

**Fortaleza (CE) - 1997
Ano 5 - Volume 5**

Sumário

1	APRESENTAÇÃO	13
2	ARTIGOS	15
2.1	CLAÚSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS Stênio Carvalho Lima	17
2.2	LEGITIMIDADE PARA INGRESSAR COM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Fernando Luiz Ximenes da Rocha	25
2.3	AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO POPULAR. A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO Lúcia Valle Figueiredo	31
2.4	LICITAÇÕES E CONTRATOS: O ANTEPROJETO DA NOVA LEI José Eduardo Martins Cardozo	55
2.5	ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO EXECUTIVO Marcelo Lima Guerra	65
2.6	ANÁLISE DA PLURALIDADE SIGNIFICATIVA NA HERMENÊUTICA DE SANTO Agostinho e de Hans Kelsen Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz	75
2.7	A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO - ASPECTOS PROCESSUAIS Rômulo Guilherme Leitão	127
2.8	O PERFIL DO ESTADO NEO-LIBERAL Luciola Maria de Aquino Cabral	153
2.9	RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CULPA OU OMISSÃO Luis Gentil Chaves	161
2.10	AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS DE LICITANTES PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - UMA QUESTÃO POLÊMICA Eugênia Grace de Souza	173

2.11	DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO CUMPRIMENTO PARCIAL Daniela Carvalho Cambraia	179
2.12	MANDADO DE INJUNÇÃO X AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO André de Oliveira Dantas	189
2.13	A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO X "JUS POSTULANDI" Walber Siqueira Vieira	197
2.14	DOS ENCARGOS COBRADOS INDEVIDAMENTE PELO FISCO Alexandre Aguiar Maia	201
3	DISCURSO.....	211
3.1	TRANSMISSÃO DO CARGO DE PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO José Emmanuel Sampaio de Melo	213
4	PALESTRA.....	219
4.10	ESTADO ESTRANGEIRO E A COBRANÇA JUDICIAL DOS TRIBUTOS MUNICIPAIS Andrea Veloso Correia	221
5	PARECERES.....	227
5.1	MOMENTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI Edvaldo Assunção e Silva	229
5.2	APLICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL PERTINENTE AO PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DA SAÚDE Elisa Maria Moreira Barbosa	233
5.3	A CASSAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO E A PRESCINDIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL Inês Virgínia Prado Soares.....	237
5.4	IMÓVEL OCUPANDO PARTE DA PRAÇA "MONTE CASEROS". PMF / PGM Maria Lindáuria de Lima Nascimento	241
5.5	EXAME SOBRE FERIADO MUNICIPAL Fátima Maria Nunes Memória de Andrade	245

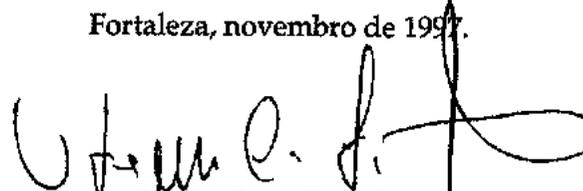
5.6	ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO Lilian Bezerra Paz	249
5.7	ALCANCE E APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.294/96. Liduína Ofélia Duarte Barreto	253
5.8	IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS Elny Siqueira Saker Pontes.....	259
5.9	INCIDÊNCIA DO ISS. APART-SERVICE - HOSPEDAGEM - SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO Francisco Jacinês Gurgel Luz	261
5.10	OPÇÃO POR GRATIFICAÇÃO DAS-01 APÓS INCORPORAÇÃO DNI-01 Maria Carneiro Sanford	265
6	TRABALHOS FORENSES.....	273
6.1	AÇÃO CAUTELAR INOMINADA Marcelo de Arruda Bezerra	275
6.2	EXECUÇÃO FORÇADA - DEFESA ANTES DA PENHORA - ADMISSIBILIDADE Francisco Jacinês Gurgel Luz Antonio Airton do Vale Melo	287
6.3	AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA Yandra Maria Ribeiro Mendes José Carvalho de Aragão Neto - Estagiário	293
6.4	PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Stefenson Pinheiro da Silva	303

APRESENTAÇÃO

A PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO tem a honra de trazer à lume, mais um número de sua Revista editada no intuito de dar publicidade não só aos trabalhos produzidos, em seu âmbito, por seus ilustrados Procuradores, na defesa dos superiores interesses da administração municipal de Fortaleza, como valiosas colaborações de personalidades outras do mundo jurídico, quanto ao estudo e à interpretação de importantes aspectos do Direito Público.

Esse Trabalho só se tornou possível mercê do integral apoio dado pelo Exmo. Sr. prefeito de Fortaleza, dr. Juraci Vieira de Magalhães e de par com o empenho de quantos fazem o Centro de Estudos e Treinamento - CETREI de nossa P. G. M., à frente do qual se acha a Procuradora Gladys Barreira.

Fortaleza, novembro de 1997.



Stênio Carvalho Lima
PROCURADOR GERAL

CLAÚSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS

STÊNIO CARVALHO LIMA

Procurador Geral do Município de Fortaleza

A reforma do Estado, ora em discussão no Congresso Nacional, tem sido um tema dominante neste trânsito da vida republicana brasileira, como ponto fundamental para mudar as condições de vida da população brasileira.

Objetiva-se, não apenas mudar a Constituição, como, também, criar condições concretas para um novo patamar de desenvolvimento que permita ao Estado cumprir a sua destinação social.

O Brasil conheceu a sua primeira reforma administrativa no Governo Getúlio Vargas, orientada por teorias recolhidas de sistemas mais avançados de administração, revendo estruturas, racionalizando os métodos, buscando simplificar e padronizar a administração de material no serviço público, introduzindo a concepção de orçamento, mudando a administração de pessoal, nascendo o DASP.

Seu objetivo, era o de robustecer os padrões éticos do serviço público mediante critérios objetivos de recrutamento, seleção e promoção de pessoal.

Novamente, em 1952, o presidente Getúlio Vargas, eleito pelo voto popular, retomou o curso de seu primeiro governo após o Estado Novo.

Foi, então, institucionalizado o planejamento na área da administração pública, projeto encaminhado ao Congresso Nacional em 1953, que não chegou a ser aprovado.

No Governo do presidente Juscelino Kubitschek, nenhuma medida concreta de reforma administrativa, foi tomada, salvo a criação de uma Comissão de Simplificação Burocrática junto ao DASP.

Já na administração do Presidente João Goulart, criou-se o Ministério Extraordinário visando aperfeiçoar os instrumentos de pesquisa, previsão, planejamento, direção, execução, coordenação e controle de que carecia o Poder Executivo para transformar-se em propulsor do desenvolvimento nacional.

De logo, sublinhe-se que a reforma da administração pública é essencial para o equilíbrio das contas públicas e para a retomada do crescimento econômico numa perspectiva de médio e longo prazos.

Sabe-se ser extremamente difícil a situação dos orçamentos públicos sem perspectiva de equilíbrio fiscal, com déficits vultosos na maioria dos estados e municípios. Em alguns deles, a folha de salários consome até 80/90% das receitas correntes, sem investimentos em infraestrutura, educação, saúde, segurança etc.

No tempo da hiperinflação, a redução das despesas públicas era fácil: bastava atrasar por alguns meses (até dias) a correção monetária de despesas diversas (em geral, salários do funcionalismo e pagamento de obras públicas) para conseguir expressivos ganhos de receita. Agora isso não é mais possível.

Vê-se, pois, que a reforma administrativa não é importante apenas pelo seu impacto financeiro senão pela grave questão da eficiência dos serviços prestados pelo Estado.

O Estado brasileiro tributa seus cidadãos com alíquotas de Primeiro Mundo e oferece aos contribuintes serviços de Terceiro e até Quinto Mundos.

Muitos são os pontos dessa nova Reforma. Uma delas acaba de introduzir a flexibilização da estabilidade dos servidores públicos.

Outras modificações propostas pelo Executivo, não serão capazes, de resolver a questão da baixa produtividade e da desmotivação funcional no serviço público brasileiro.

Pode-se pensar na possibilidade de demissão por necessidade de reestruturação ou redução de quadros na administração pública buscando um comportamento mais produtivo e eficiente dos servidores, abrindo a possibilidade de melhores remunerações, conforme os parâmetros do mercado de trabalho.

Sou daqueles que pensa que o fim da estabilidade no serviço público, pode aumentar a politização da administração pública.

Mas tenha-se presente que a baixa variação do emprego poderá ser invertido, acarretando situações tão ou mais prejudiciais ao funcionamento do Estado.

Dúvida não resta, no entanto, que a desconsideração do direito adquirido dos servidores, como defende o projeto do governo, pode ser boa do ponto de vista financeiro, mas é prejudicial do ponto de vista administrativo.

Penso que o governo deve dar um tratamento justo aos funcionários, essencial em qualquer organização.

Observe-se que a maior parte dos servidores públicos investiu tempo e esforço árduos para entrar no serviço público.

É sabido e ressabido que uma economia capitalista estável, operando em regime democrático, exige o respeito às regras do jogo e tal respeito está consubstanciado no instituto do direito adquirido.

O Congresso Nacional examina mudanças na Constituição através de diversos dispositivos inseridos na proposição do Governo que se revelam conflitantes com os fundamentos do sistema constitucional brasileiro, além de ofender princípios tidos mesmo por supraconstitucionais, tais como os da Isonomia (inserido nos art. 3º, IV e art. 5º. "caput") e da proteção aos

direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI), afrontando o inciso IV do §4º. do art. 60, da Carta Magna. Exemplifica-o, à exaustão, a proposta de alteração ao §2º. do art. 39, que visa permitir a fixação de limite de idade para ingresso em cargo público, estabelecendo, a priori, discriminação entre cidadãos em função da sua idade, frente à Administração e o Estado.

A nossa Constituição brasileira, é do tipo rígido.

Para o seu emendamento, requer procedimento singular e especialmente dificultoso. No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

"... a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará a sua superioridade em relação às demais normas jurídicas" (In Direito Constitucional Brasileiro, RT, 7ª ed., p.44).

Portanto, o ordenamento constitucional está protegido e resguardado por uma série de formalidades consignados na própria Constituição para o exercício do poder reformador.

São as chamadas *cláusulas pétreas*.

GOMES CANOTILHO, observa que o poder de revisão é naturalmente restrito: trata-se de poder constitucional derivado, que por si só contém limitações, de natureza temporal, material e formal.

Cuida-se "de proteger o princípio contra a ocasião, o direito contra o interesse", segundo as palavras de RUI BARBOSA.

Daí, dizem os doutos, que

"a ordem constitucional não pode, a cada momento, ser alterada para satisfazer todas as novas tendências sociais ou econômicas da Nação, para alimentar a fogueira em que se incineram direitos sociais e individuais sob o argumento da falência do Estado, ou para que se resolvam problemas conjunturais muitas vezes provocados pelos próprios Agentes Públicos mediante atos de gestão de constitucionalidade nula

ou duvidosa. A Constituição por ser o Estatuto supremo do Estado, deve forçosamente se manter num patamar especial, onde lhe seja garantida estabilidade e supremacia frente às normas inferiores”.

Embora seja inquestionável que o ordenamento constitucional deve contemplar os anseios da sociedade, também é mais verdadeiro que a função preponderante da atribuição decorre sua posição de supremacia jurídica e a sua modificação dificultada, a salvo de injunções momentâneas e de conveniências políticas.

Tanto que a admissibilidade de propostas de emendas constitucionais é complexa e requer um exame acurado de seu mérito e forma, em especial face ao teor do art. 60, §4º. da CF:

Diz a CF/88:

“Art. 60...

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direito, secreto, universal e periódico;

III - a separação de poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

Tocante ao inciso IV, acima, remete-se a discussão ainda para o disposto no art. 5º, §2º, que prevê que *“os direitos e garantias expresso nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*

Trata-se de dispositivo incluído no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), cujo conteúdo se irradia sobre toda a Constituição, em diversos dispositivos que, inseridos em outros Capítulos e Títulos, dizem respeito àqueles direitos e garantias expressos no art. 5º, ou são decorrentes destes e dos princípios adotados nos artigos 1º a 4º da Lei Maior.

Com efeito, os direitos fundamentais, como parte do sistema, constituem um ponto de referência sistêmico para a teoria da Constituição do Estado.

Aqueles contemplados nos arts. 5º, 6º, 7º, 8º, e 9º, (direitos individuais e direitos sociais), se somam aos demais inseridos nos arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17, e muitos outros.

Vê-se, pois, que

“... a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual de Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de

comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe, ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, dia o texto), para a sua abolição.” (In Curso de Direito Constitucional Positivo, p.61).

Dessarte, ante às “cláusulas pétreas” não é essencial que a emenda promova a extirpação do texto constitucional dos direitos e garantias protegidos: basta que os ameace, enfraqueça, mitigue ou os tome atenuados, para que também seja inadmissível a proposta de emenda.

GERALDO ATALIBA, sobre o tema, pontifica:

“não pode o orago de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer dispositivo tendente (que abrigue tendências, que leve, que conduza, que encaminhe, que facilite, que possibilite indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados, tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos”.

O poder de emendar deve, portanto, preservar a harmonia das normas, respeitar a sua integração, a sua correlação, a sua adequação principiológica, como ditam os mestres constitucionalistas.

A reforma que o Congresso Nacional ora discute, desprezando direitos e garantias, consagradas na CF, fere, dentre os princípios adotados pela Constituição, admitidos como acessórios daqueles insertos no art. 5º, os que dizem respeito à Administração Pública contemplados pelo art. 37, resguardadores dos direitos e garantias individuais relativos a Administração Pública.

“...no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situação jurídicas sem as quais a pessoal humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais, no homem, no sentido de que a todos, por igual devem ser, não penas formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivados. (...) Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.” (Curso de Direito

Constitucional Positivo, RT, 6a. ed., p.159).

"Consumado o ato segundo a lei vigente ao seu tempo, ou configuradas todas as condições ou requisitos legais estabelecidos para produzir certa situação, é inadmissível dentro do estado democrático de direito tomá-los írritos por norma posterior, ainda que de hierarquia constitucional, tanto mais que emanada do poder constituinte derivado.

Anova tessitura só poderá alcançar, destarte, os casos vindouros, situações ainda não consolidadas, sob pena de institucionalizar-se o arbítrio e violar alguns dos pilares mais firmes do estado de direito e do regime democrático vigente no país." (parecer do Dep. Rodrigues Palma, p. 33, PEC-33/95).

A reforma elege o servidor público como bode expiatório de todas as mazelas que se acumulam há anos na administração pública.

O Governo Federal recusa o enfrentamento das questões estruturais que se reproduziram ao longo das últimas décadas e que tem contribuído para a descaracterização do setor público, com o inchamento das atividades-meio e o abandono das atividades-fim, especialmente as sociais; a inoperância de mecanismos de fiscalização e controle dos gastos públicos; a inexistência de avaliação qualitativa das políticas públicas; a inexistência de políticas de recursos humanos que qualifiquem, estimulem e remunerem adequadamente os servidores públicos e promovam sua adequada alocação nos setores mais necessitados; e o mais grave de todos os vícios, a inexistência de mecanismos que viabilizem uma efetiva participação dos cidadãos na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas.

As constituições, asseveram os mestres, "se caracterizam por sua organicidade e lógica interna, onde os diversos dispositivos estão submetidos a princípios gerais, que perpassam toda a constituição e princípios específicos relativos a um determinado campo temático".

"Os princípios, conforme consolidado ao longo dos anos no constitucionalismo mundial, são as normas de todo o arcabouço jurídico. Os demais dispositivos não possuem vida autônoma, desprendidos desta lógica supra-mencionada. Pelo contrário, a ela estão ligados e adequados".

Os direitos individuais antes elencados - por serem cláusulas pétreas - são incapazes de supressão, por proposta de emenda à

Constituição, já que alcançaram status de direito adquirido, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º.

É que tais direitos foram incorporados ao patrimônio dos servidores, no dizer de José Afonso da Silva, que afirma,

"...Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido cumpre relembra o que se disse acima sobre direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado a prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada(...) Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível a vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio para ser exercido quando lhe conviesse".

"...Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face de lei de ordem pública ou de Direito Público. A generalização não é correta nestes termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é a manifestação do interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral..."

A visão democrática do Estado moderno não pode ficar nos limites do velho Estado cartorial, que vende serviços pela acumulação de funções e controles.

Nem por isso se pode afastar para o segundo plano o cidadão, razão primeira da existência do Estado, nem fazer do servidor público, - que se pretende funcionário qualificado e eficaz, - mero instrumento a serviço dos interesses das elites dirigentes.

Para mim, o Estado moderno não pode ser apenas, o prestador de serviços públicos, concentrador de poderes, capaz de engolir a liberdade pela disciplina aos seus superiores desígnios. Ele deve assegurar não só a liberdade do cidadão mas também um conjunto de condições concretas para a plena realização da pessoa humana.

Não "pode ser centralizado e desconfiado, como na reconstrução do pós-guerra, mas, sim, regulador, compatível com a passagem da velha idéia do Estado nacional para o novo tempo da integração plurinacional, com uma administração pública moderna, apta a prestar serviços públicos de qualidade naqueles setores essenciais que justificam sua intervenção na sociedade".

Nesta esteira de considerações, parece-me que não há como, à luz dos princípios constitucionais, pretender-se pura e simplesmente, suprimir as cláusulas pétreas constitucionais citadas, por ferir a regra do art. 60, § 4º, da CF/88.

Com efeito, "o que hoje se exige do Estado no Brasil é a sua qualificação para enfrentar as demandas crescentes da sociedade, que se quer rica e justa. A ineficiência amplia as áreas de pobreza e promove uma desmesurada acumulação de renda e de privilégios".

O ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, devem ser intocáveis.

É assim em todos os Países que professam o Estado democrático de direito.

Fortaleza, 28 de novembro de 1997

STÊNIO CARVALHO LIMA
Procurador Geral do Município de Fortaleza

LEGITIMIDADE PARA INGRESSAR COM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

(Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e
Professor de Direito Constitucional da
Universidade Federal do Ceará)

O controle da constitucionalidade das leis impõe-se diante do sistema de constituições rígidas, pois este, acentuando a distinção entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, faz resultar a supremacia da Constituição sobre as demais leis (dado que estas são produto do poder constituído, enquanto aquela é a obra do poder constituinte). Significa, no dizer do Professor José Afonso da Silva, "que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas"¹.

De fato, é incontestável a supremacia da Constituição sobre as demais normas de direito, estabelecendo-se uma hierarquia de normas, onde a lei constitucional desponta no ápice da pirâmide normativa, daí ser a Constituição chamada Lei Maior, Lei Magna, nas palavras de Paulo Bonavides, "a mais alta expressão jurídica da soberania"².

Com efeito, as leis infraconstitucionais - produzidas pelo Poder Legislativo, órgão cuja competência é haurida da Constituição - não podem contrariá-la, sob pena de ser consideradas inválidas e inconsistentes perante a ordem jurídica estabelecida.

Incontroversa a primazia da lei constitucional, resta estabelecer qual o órgão competente para expurgar de um determinado sistema jurídico as leis inconstitucionais, ou seja, exercer o chamado controle de constitucionalidade, cuja tarefa pode ser confiada a um órgão político ou a um órgão jurisdicional.

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, objeto de nossa reflexão, pode se dá tanto pela via de exceção, nos casos concretos, como pela via da ação direta. Na via de exceção, o controle é feito no curso de uma demanda judicial, quando uma das partes argüi em defesa de sua causa a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. No caso, a parte invoca como questão incidental, para não cumprir a obrigação que lhe está sendo demandada ou para exigir seja resguardado direito de que se julga possuidor, a contrariedade da lei frente ao texto constitucional. Nesse tipo

de controle, qualquer juiz, entendendo procedente a alegação, deixará de aplicar a lei ao caso concreto.

Já no chamado controle por via de ação, o que se visa é a norma in abstracto. Trata-se de controle exercido através de ação direta. Por esse meio, como afirma Michel Temer, "objetiva-se obter a invalidação da lei, em tese"³. No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, que é o instrumento processual do controle concentrado, não existe caso concreto a ser solucionado, o que se busca é a retirada do sistema jurídico do ato normativo que contrarie o texto constitucional, não se levando em conta interesses pessoais ou materiais de possíveis litigantes.

No Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade surge em 1965, com a Emenda n.º 16 à Constituição de 1946. Até então, tínhamos somente o controle difuso, que esteve presente desde a primeira Constituição da República, de 1891, cujo artífice maior foi Rui Barbosa.

A Constituição de 1988 avançou bastante em matéria de controle da constitucionalidade das leis. Começou por ampliar o número de legitimados para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade, retirando do Procurador-Geral da República a titularidade exclusiva da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A rigor, mencionada exclusividade sempre foi objeto de muitas críticas, pois ficando ao crivo do Procurador-Geral a arguição ou não da inconstitucionalidade de lei levada ao seu conhecimento, este acabava se transformando em juiz da representação, usurpando competência que era própria do Supremo Tribunal Federal.

A grande controvérsia existente antes do advento da vigente Constituição dizia respeito a saber se o Procurador-Geral da República, ao receber uma representação arguindo inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, estaria obrigado a submetê-la ao Supremo Tribunal Federal. Entendiam alguns que, ainda que o Procurador-Geral não concordasse com o pedido que lhe fosse dirigido teria de encaminhá-lo à Suprema Corte, embora o fizesse ofertando parecer em sentido contrário. O que ele não podia era se transformar em juiz da representação, invadindo competência daquela Corte⁴.

Em 1970, o Movimento Democrático Brasileiro, único partido de oposição à época, provocou o Procurador-Geral da República, solicitando a instauração do controle concentrado contra o Decreto-Lei n.1.077, de 26 de janeiro de 1970, que estabeleceu a censura prévia de livros, jornais e periódicos. A representação foi arquivada pela citada autoridade, por entender não estar constitucionalmente obrigada a submetê-la ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Em razão do arquivamento da dita representação pelo então Procurador-Geral da República, Xavier de Albuquerque, o MDB ingressou

com Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, a qual foi rejeitada, tendo a Corte acolhido a doutrina daqueles que reconheciam ao Chefe do Ministério Público Federal o direito de submeter ou não a questão ao Pretório Excelso, já que detinha, com exclusividade, a competência constitucional para instaurar o controle abstrato de normas.

A discussão sobre a discricionariedade ou não do Procurador-Geral da República para ofertar representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal gerou bastante polêmica doutrinária. O professor Celso Bastos procurou sustentar uma posição intermediária, entendendo que, se a representação fosse formulada por pessoa jurídica de direito público, estaria o Procurador-Geral obrigado a encaminhar a representação, em razão da presunção de estar a mesma conforme o interesse público, o que não significa afirmar que tivesse ocorrido, efetivamente, a inconstitucionalidade, porém, o móvel que acionou a pessoa jurídica é um motivo de interesse público⁵.

Hoje, no entanto, com as inovações da atual Constituição, a questão que gerou tanta controvérsia se encontra inteiramente superada, pois, de conformidade com o seu art. 103, estão legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com relação aos titulares da ação direta de inconstitucionalidade, gostaria de deter-me um pouco sobre a chamada confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional, tendo em vista que a falta de Lei regulamentando a matéria levou o Supremo Tribunal Federal a dar uma interpretação restritiva da norma. Assim é que, procurando delimitar o conceito do que seja entidade de classe de âmbito nacional, direcionou o entendimento tão-somente para as associações formadas por pessoas que representem interesses comuns de uma determinada categoria.

Conseqüentemente, não constituem entidade de classe legitimada a propor ação direta de inconstitucionalidade aquelas associações que são integradas por pessoas de estrato social, profissional ou econômico diverso, cujos interesses possam ser conflitantes, como, por exemplo, a Associação Brasileira de Profissionais Liberais.

Da mesma forma, não reconhece tal condição àquelas organizações que congregam várias outras associações, v.g., a Associação Brasileira de Bancos, por se tratarem de verdadeiras associações dentro de associações, faltando-lhes, portanto, a qualidade de ente de classe, dado essencial para, com legitimidade, impulsionar o controle concentrado de constitucionalidade.

Também não constituem entidade de classe aquelas associações que, embora de nível nacional, estão voltadas para fins altruístas, por exemplo, a Associação dos Alcoólicos Anônimos e a Associação das Senhoras de Caridade.

O mesmo ocorre com aquelas associações que congregam representantes de órgãos públicos sem personalidade jurídica, tais como a Associação Nacional dos Prefeitos Municipais e o Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Justiça.

A Suprema Corte, além de procurar delimitar o raio de abrangência dessas associações de que trata o art. 103, inciso XI, do Diploma Maior, tem exigido, através de seus pronunciamentos, que essas organizações tenham, em seus quadros, associados de pelo menos nove Estados da Federação, para que possam ser consideradas de âmbito nacional, numa analogia à Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Igualmente, deixou-se de reconhecer legitimidade às chamadas Federações, para, numa interpretação mais restrita, compreender como organizações sindicais apenas aquelas constituídas nos moldes do artigo 535 da CLT, no caso, as Confederações Sindicais, que, de acordo com o texto consolidado, devem se organizar com o mínimo de três federações e terão sede na Capital da República.

Por fim, a jurisprudência do Pretório Excelso tem concebido que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelas entidades em questão, guarde relação de pertinência com suas atividades de representação.

Ante o que ficou dito, cumpre-nos, inicialmente, louvar a posição do Supremo, quando se preocupa em definir e delimitar o entendimento do que venha a ser confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, uma vez que o constituinte, realmente, colocou as expressões no texto de forma bastante abrangente.

Entretanto, entendo, com a devida vênia, que o Supremo comete um equívoco, quando faz analogia com a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, pois me parece frágil ou de nenhum fundamento jurídico tal proceder. Como assevera Gilmar Ferreira Mendes: "Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos - entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical -, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia aqui é de duvidosa exatidão".⁶

De outro modo, tratando-se de processo de natureza objetiva, como é a ação direta de inconstitucionalidade, não concebemos possível exigir-se, para sua proposição, que a matéria nela versada tenha pertinência com os objetivos da representação da entidade proponente. Ahamos que mencionada restrição não poderia sequer ser estabelecida pelo legislador,

muito menos pelo Tribunal, ainda que se trate da Corte Suprema que tem a função precípua de interpretar maior da Constituição.

Com efeito, a nosso ver, semelhante restrição só poderia ocorrer se originária do próprio texto constitucional, o que não se verifica, até mesmo porque a Constituição já estabeleceu instrumentos outros, visando a que essas associações pudessem atuar na defesa de seus interesses e no de seus associados, como é o caso do mandado de segurança coletivo, previsto no artigo 5º, inciso LXX, letra "b", da Constituição Federal.

Então, afigura-se-nos que, quando o Supremo Tribunal limita este direito de provocar o controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos às entidades de classe, cria uma injustificável diferenciação entre os órgãos e entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, não encontrando citada restrição qualquer respaldo constitucional, já que a Constituição não diferenciou entre os que ela elegeu como titulares da ação em referência.

Outra observação que merece ser feita, é que o art. 103 da Constituição Federal fala em Governador de Estado e em Mesa das Assembléias Legislativas, silenciando, contudo, a respeito do Governador e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, já que o Distrito Federal não é tratado como Estado, tanto que a Constituição afirma que a Federação é formada da união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (art. 1º).

De feito, impende verificar se Governador do Distrito Federal é ou não parte legítima para propor ação direta de inconstitucionalidade.

O § 1º do artigo 32 da Carta Magna diz que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios, não havendo, portanto, razão plausível para negar ao Governador do Distrito Federal, bem como à Mesa da Câmara Legislativa do mencionado ente federativo, legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Não há como pretender transformar a omissão do constituinte num silêncio eloqüente. Esse assunto, aliás, já foi pacificado na ADIN Nº 645, quando entendeu a Corte Suprema ter esse governante a mesma legitimidade que têm os Governadores dos Estados.

É preciso ressaltar, todavia, que, pelo disposto no § 1º do citado art. 32, ao Distrito Federal são atribuídas competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios. Destarte, o Governador só pode propor ação direta de inconstitucionalidade de leis que tratem de matérias reservadas aos Estados-membros. Se cuidar das atribuições próprias dos Municípios, como por exemplo, a política do parcelamento do solo urbano, essa matéria não pode ser objeto de controle pela via de ação perante o Supremo Tribunal Federal, porque se trata de Lei de natureza municipal. Como se sabe, consoante juízo pacificado pela nossa Corte Exceisa, as Leis

municipais não são objeto da fiscalização concentrada em face da Constituição Federal, somente podendo serem questionadas no âmbito do controle difuso, à mingua de previsão constitucional.

Concluindo, observamos que, com o advento da nova ordem constitucional, cessou a grande polêmica sobre a obrigatoriedade ou não do Chefe do Ministério Público instaurar o procedimento de controle abstrato de constitucionalidade das leis, quando encaminhado lhe fosse representação nesse sentido. Isso deve-se a salutar providência adotada pelo constituinte de 1988 (no art. 103), retirando do Procurador-Geral da República a legitimidade exclusiva para desencadear o processo concentrado de controle de constitucionalidade, estendendo-a a outros órgãos e entidades.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem estabelecido restrições às confederações e às associações de classe de âmbito nacional, ao nosso modo de entender, totalmente descabidas, só se "justificando" como meio de conter a crise por que passa a nossa Corte Maior, devido ao volume despropositado de processos que ali chegam, impossibilitando uma prestação jurisdicional adequada.

NOTAS

* Este trabalho constitui notas de participação do autor no painel sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade na 1a. Semana de Direito, Política e Justiça promovida pelo Instituto dos Magistrados do Ceará, em 18.03.97.

¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 45

² Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 267

³ Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, 6a. ed., RT, 1989, p.45

⁴ Sobre o assunto, confira Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 299 e Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 66-77.

⁵ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 7a. ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p.72-76.

⁶ *Op. cit.*, p. 141-142

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO POPULAR.
A DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS.
POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO *

SUMÁRIO: 1. Direitos coletivos e difusos. 2. Breve esboço histórico. O art. 6º Do Código de Processo Civil. 3. A ação civil pública. 4. Legitimidade para agir na ação civil pública. 5. Da concessão da medida liminar. 6. O artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública. 7. A tutela antecipada. 8. Responsabilidade na ação civil pública. 9. O Ministério Público na ação civil pública. 10. Conceito de patrimônio público e social - Eventuais desbordamentos da ação civil pública. 11. A ação popular: breves considerações gerais. 12. A legitimidade para agir. 13. Atos ilegais ou lesivos. 14. O patrimônio público defendido pela ação popular.

1. DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

Distinguem-se direito coletivo e difuso. Ambos, sem dúvida, transcendem ao direito individual. São metaindividuais. Concernem aos indivíduos, mas também à coletividade à qual se integram. O direito coletivo é o que tem como suporte certa relação-base, relação de determinada categoria.

Já averbamos em trabalho anterior¹ que o direito coletivo, como o próprio nome está a indicar, refere-se à série de "interesses" ou direitos de determinada classe. Demos, como exemplo, os interesses dos advogados, defendidos, tutelados pelas associações de classe. Ainda, em linha de exemplo, os direitos de determinadas categorias profissionais, reunidas em associações ou sindicatos.

Estes são os direitos coletivos pertencentes a determinadas classes sociais em seu conjunto. Doutra parte, difusos, como também já dissemos, são aqueles direitos mais esmaecidos, mais diluídos, cujos titulares não se podem identificar desde logo.

Direito difuso é o de cada um e de todos. De todos e de cada um. A indeterminação, como diz Rodolfo de Camargo Mancuso², a indivisibilidade, a conflituosidade são suas características.

Os direitos difusos, enfatizamos nós, são aqueles que transcendem a esfera do indivíduo. Por isso mesmo são chamados de "metaindividuais"

ou "supraindividuais".

Nossa Constituição anterior traduzia, de maneira enfática, o que denominamos de garantismo individual. Em face disso, como iríamos, então, extrair a garantia para o direito difuso e/ou coletivo?

O processo civil foi a grande amarra, o grande cerceamento para o desenvolvimento da proteção do direito difuso e/ou coletivo, antes da atual Constituição.

Lembraríamos observação muito interessante do Professor Geraldo Ataliba, ao referir que o juiz pode sufocar o direito material pelos tecnicismos processuais. Entretanto, afirmamos nós que, embora o tecnicismo exagerado deva ser proscrito, se não tivermos a adequada vestimenta processual, realmente não poderemos levar ao Judiciário direitos violados ou ameaçados.

A vestimenta processual acaba sendo de transcendental importância, como, também é - sem dúvida - o alargamento dessa vestimenta, aquela vista larga, aquela abertura, que se deve ter para compreensão dos institutos novos do direito processual³. Sobretudo dos que se ligam às garantias fundamentais, sejam elas individuais ou coletivas.

A mentalidade acanhada, a interpretação mesquinha do Direito Processual trouxe, deveras, durante longos anos, sério problema de tutela aos interesses difusos. Se os interesses coletivos, a lume da Constituição anterior, já eram difíceis de ser tutelados, o que se diria dos difusos?

Na verdade, como afirmado, o direito difuso é de todos, não obstante seu reflexo individual. Não se pode dizer que o direito difuso, exatamente porque se encontra esmaecido, não seja palpável e concreto desde logo, e que a ninguém pertença. Muito pelo contrário. A característica do direito difuso é abrigar o interesse de todos, pelo menos da coletividade como um todo. Esta a característica fundamental do direito difuso. Não obstante, possa haver direito individual.

Deveras, grande foi o esforço doutrinário, por se não ter construção sólida, para vencer a estrutura clássica processual garantidora apenas do direito individual e, sobretudo, vencer as amarras do art. 6º, do Código de Processo Civil⁴.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO. O ART. 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 6º do Código Civil, que dispõe sobre a substituição processual, trouxe sérios entraves, antes da Constituição de 1988, à tutela dos direitos difusos, pois estaria a vedar postulações de direitos que não próprios, a não ser em casos específicos e determinados pela lei.

Os sindicatos, mercê de legislação específica (art. 513 da CLT)

estariam legitimados para postulações trabalhistas. Porém, a jurisprudência tergiversava em admitir discussões outras. Aqui e acolá, todavia, encontravam-se decisões jurisprudenciais mais avançadas.

Dessarte, partindo-se do princípio que a todo direito deve existir, em contrapartida, dever, constituir-se em verdadeiro absurdo o juiz não conseguir extrair do contexto sistemático a tutela imprescindível ao direito difuso. Se o direito individual é tutelável, direito que transcende às classes, que atinge a coletividade, não poderia também deixar de ser por mesquinha questão processual.

Assim, se sempre tivesse havido tal preocupação, saberíamos extrair a tutela. Não seria possível que a Constituição enunciasse e não se encontrasse forma de garanti-los, por impedimento concernente à legitimidade para agir, estabelecido pelo Código de Processo Civil.

Já, em 1977, Barbosa Moreira⁵, com a sua acuidade peculiar, lançou mão das obrigações indivisíveis do Direito Civil para extrair a tutela dos direitos difusos. Observe-se a genialidade do processualista aberto, que não vê o processo como instrumental acanhado, mas como arma necessária para vestir o direito material, para fazer com que possa esse ficar protegido.

De conseguinte, em 1977, quando ainda nem se antevia a ação civil pública, quando ainda não tinham acontecido os Seminários⁶, em que Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Mariz de Oliveira, dentre outros, pontificaram em trabalhos, que correspondiam a subsídios inestimáveis para o tema atual, já vislumbrava o emérito Barbosa Moreira a forma de tutela. Foram, realmente, os trabalhos desses ilustres autores mencionados, o embrião, a matriz da Lei da Ação Civil Pública, progresso inestimável para a tutela dos direitos difusos.

O problema da legitimidade ativa, como já enfatizado, foi o grande problema da tutela do direito difuso e/ou coletivo. Ainda, muito mais facilmente poderíamos encontrar legitimidade para agir quando estivéssemos diante do direito coletivo do que do difuso. No direito coletivo tínhamos os sindicatos legitimados, as associações de classe.

A Constituição de 1988, em seu artigo 129, inciso III, traz, de maneira clara e precisa, a competência do Ministério Público para promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ainda, admitiu, concorrente e disjuntivamente, a legitimidade das associações bem como dos sindicatos⁷.

As ações, popular e civil pública (esta última a partir da Constituição de 1988), têm embasamento constitucional. Diríamos mesmo que a ação civil pública, na nossa Constituição, pode ser encontrada, de maneira clara, como embrião do garantismo social, que se pretendeu ver implantado.

Hermann Benjamin, a propósito da ação civil pública, averbou acerca do conceito de interesse público⁸:

"É a unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à idéia de contra-princípios ou contra-interesses, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supra-individuais (difusos e coletivos *stricto sensu*).

.....
 Nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial 8A, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.

Em síntese, o interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supra-individuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos (= condôminos sociais) que o partilham; ao revés, por pairar solitário, incontestado e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta, não estará habilitado a distingui-lo, adequadamente, das outras categorias que lhe fazem sombra^{8B}.

Vejamos, agora, as características essenciais da ação civil pública.

3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Felizmente a atual Constituição bem resolveu o problema da legitimação em seus artigos 5º, inciso XXI, e 8º, inciso III (legitimação por substituição processual para associações e para os sindicatos), como já dissemos.

De qualquer sorte, ainda remanesceria a questão de se saber se a competência do sindicato, quanto à legitimidade para defesa do direito coletivo, estender-se-ia somente a seus associados ou, também, a qualquer componente da classe. Pensamos que seja realmente para toda categoria,

pois que essa a função essencial dos sindicatos, tal seja, esse o resultado do associativismo voluntário.

4. LEGITIMIDADE PARA AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O alargamento da tutela dos direitos difusos tem que, necessariamente, estar atrelado ao alargamento da legitimidade para agir. Na medida que a Lei da Ação Civil Pública amplia a legitimidade para agir, estendendo-a a terceiros (art. 129, § 1º, da Constituição da República), e dá tal legitimidade, já de início, ao Ministério Público, vemos que não subsiste mais a necessidade do difícil enfrentamento da questão da possibilidade de tutela de certos direitos fundamentais arrolados na carta constitucional, tais sejam, direito do consumidor, do meio-ambiente, do patrimônio histórico, da moralidade administrativa, etc.

O art. 1º, da Lei 7.347/85, diz o seguinte:

"Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
- V - por infração da ordem econômica".

A titulariedade está presente no art. 5º, cujo teor de seu caput e incisos é o seguinte:

"Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

- I- esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;
- II- inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Verifique-se que, na medida em que o Ministério Público é autor da ação, e também podem ser autores da ação a União, Estados, Municípios, a tutela ficou muito mais facilitada.

A ação popular não é facilmente utilizada, por não termos conceito tão arraigado de cidadania. Outorgar-se, pois, legitimidade à pessoas física, como se faz, por exemplo, na ação popular, empobrece o espectro dessa importante garantia.

Seria necessária e elementar a conscientização da cidadania para

e possibilitar à pessoa física a tutela real e efetiva dos direitos de todos.

Não podemos esperar e cobrar que a União, Estados, Municípios, e mesmo o Ministério Público, associações de classe, façam por nós tudo aquilo que nos omitirmos de fazer enquanto cidadãos.

Considero muito importante a conscientização de que todos devam ter de trabalhar em defesa dos direitos coletivos e difusos conquistados nesta Constituição.

Assinalemos alguns pontos tópicos da ação civil pública, que entendemos importantes e que já foram por nós mencionados em outro trabalho⁹.

5. DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Na Lei da Ação Civil Pública, encontramos a possibilidade da concessão da medida liminar. O art. 12 faculta ao Juiz a concessão da medida, a maioria das vezes indispensável à preservação do próprio bem de vida.

De outra parte, as custas e honorários advocatícios não são devidos, a não ser nas hipóteses de litigância de má fé. Mas, de qualquer jeito, ficam para final.

6. O ARTIGO 14 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Temos, também, na ação civil pública, o art. 14, que, acreditamos, ser o que mais possibilita a evolução da tutela do direito difuso, do direito urbanístico e do direito ambiental, quando afirma o seguinte:

"O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

Comentemos um pouco esse artigo.

Note-se a dicção do artigo. Afirma: "o juiz poderá conferir efeito suspensivo ao recurso". Vejam sua importância, pois a Lei da Ação Civil Pública diz que, na hipótese de lacuna, enfim, no que não for expressa a Lei, rege-se a ação civil pública pelo Código do Processo Civil.

A praxe é de que os recursos tenham duplo efeito, devolutivo e suspensivo, salvo as exceções contidas no próprio Código¹⁰.

Verifique-se que, na, o Ação Civil Pública, art. 14, precisa ser utilizado como na sua previsão. É dizer: dar-se-á efeito suspensivo à apelação enquanto o bem de vida e, não seu sucedâneo, a indenização, ainda possa ser preservado.

No caso, pretende-se a volta ao statu quo ante. Em qualquer ação civil pública teremos, em regra, a mesma situação e, dificilmente, poder-se-á entender ter havido dano irreparável à parte, que está provocando dano ambiental, por hipótese, ou a saúde pública, etc.. Esta, a parte, via de regra,

somente terá ônus econômico.

Então, raras vezes poder-se-ia atribuir efeito suspensivo à apelação, protraindo-se a execução. Na verdade, com isso, esvaziar-se-ia o sentido da Ação civil pública. Entendemos que o art. 14, que possibilita ao juiz aferir a existência de dano irreparável à parte, e lhe faculta, de conseguinte, sopesar qual interesse em jogo é prevalente, constitui evolução do Direito Público sobre o Direito Privado, e, muito significativa.

Aliás, o juiz exerce, na ação civil pública, papel diferente. Não nos parece que a inércia possa se dar exatamente da mesma forma em que ocorre em outras ações.

7. A TUTELA ANTECIPADA

Em trabalho anterior¹¹ já abordamos a possibilidade de concessão da tutela antecipada na ação civil pública. Reproduzimos parcialmente o que já averbamos:

"Note-se que a tutela antecipatória pode ser deferida pelo magistrado singular como também pelo Tribunal, quando for o caso.

Consoante Arruda Alvim, no estudo mencionado:

..nomem iuris do instituto, Tutela Antecipatória, revela que poderá ser concedida a própria tutela, tal como constante do pedido, acolhendo-o totalmente ou em parte e, que, essa poderá ser concedida antes do momento normal para a sua concessão. Referimo-nos a "momento normal", pois que, se concedida antecipadamente a tutela, nem por isto o processo deixará de prosseguir e vir a comportar sentença (art. 273, §. 5º). O legislador assume o risco mínimo - de que a decisão concessiva da tutela possa vir a ser alterada, e, o faz, sopesando os valores em jogo.

Na verdade, a tutela antecipatória difere da medida liminar. Por meio dela **antecipa-se o provimento final**, sem que com isso a composição da lide seja interrompida.

Porém, repito, é o próprio bem da vida pretendido que é antecipado, sem prejuízo de que, a final, venha a ser decidido de forma diferente. Antecipa-se a própria execução.

Não se há de falar também na satisfatoriedade da tutela, o que implicaria na impossibilidade de desfazimento. Tenho dito, e reiteradamente, que a satisfatividade pode ser de fato, porém nunca de direito. Esta (a de direito)

somente será obtida com o trânsito em julgado da sentença¹².

Vejam os pressupostos da antecipação. E, para isso, trazemos à colação o artigo 273:

"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§. 1º - Na decisão que antecipar, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§. 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (...)"

O magistrado deverá inicialmente convencer-se: a) da verossimilhança da alegação; b) de haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; c) ou que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório do réu.

Vejam a questão da verossimilhança.

Deverá o magistrado pela prova já trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que - ao que tudo indica - o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia pôr em risco o bem de vida pretendido - dano irreparável ou de difícil reparação.

A irreparabilidade do dano na ação civil pública é manifesta, na hipótese de procedência da ação.

A volta ao statu quo ante é praticamente impossível e o fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85, não será suficiente a elidir o dano.

Mister também salientar que os valores envolvidos na ação civil pública têm abrigo constitucional. A lesão a ditos valores será sempre irreparável (danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores históricos, turístico e paisagístico).

O artigo 461 do Código de Processo Civil, em seu § 3º, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, possibilita a concessão da tutela

liminarmente, caso seja relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final.

Verifica-se que se pretendeu não o ressarcimento que, insista-se, na ação civil pública não ressarciria efetivamente, porém apenas minora o dano. Porém, pretende-se, isso sim, a tutela específica, que, muitas vezes, ou a maioria das vezes na ACP somente será alcançada com a medida liminar, ou a própria antecipação da tutela se for o caso.

Na verdade, somente com a casuística, que se colocará aos magistrados, será possível de se verificar a altíssima contribuição dada à agilização da prestação jurisdicional. Todavia, ao conceder a tutela antecipatória, porque presentes seus pressupostos, tais sejam, a verossimilhança do dano irreparável ou de difícil reparação, deverá o juiz motivar devidamente.

Aliás, a motivação se não fosse expressa garantia constitucional seria, sem sombra de dúvida, de inegável necessidade diante do inciso LV do artigo 5º do texto constitucional (devido processo legal), como também do inciso XXXV do mesmo artigo (amplo acesso à jurisdição). Ademais, a motivação encontra-se implícita nos direitos e garantias constitucionais e explícita no art. 93, IX da Lei das Leis. Anote-se que os direitos e garantias constitucionais, individuais e coletivos, fazem parte do cerne fixo da Constituição.

Como se tudo isso não fora suficiente, o § 1º, do artigo 273, determina que o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Todavia, ao enfatizarmos a motivação é bom deixarmos devidamente claro que a fundamentação legal, tal seja, a remissão ao artigo e inciso da lei não se constitui em motivação para a finalidade postulada pelo texto constitucional e pelo § 1º, do art. 273, do Código de Processo Civil.

A motivação deverá traduzir a indicação, **de modo claro e preciso**, das razões que formaram o convencimento do magistrado.

Em outro falar: é necessário que o magistrado aponte claramente o porquê da verossimilhança (conceito indeterminado).

Enfim, é necessário que motive devidamente.

Aduz-se, como reforço, que a necessidade de motivação é expressa no texto constitucional, mesmo para decisões administrativas. É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas."

8. RESPONSABILIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Passamos ao tópico da responsabilidade na ação civil pública. É objetiva. Todavia, a recomposição do patrimônio nunca se dá de maneira perfeita ou completa. A recuperação do patrimônio, na verdade, não é total. É dizer, a indenização, poderíamos afirmar ser mais ou menos assemelhada à indenização por dano moral.

Deveras, a indenização tem muito mais a chancela de sanção do que propriamente de recomposição, por impossibilidade fática, no mais das vezes. Todavia, não vamos dizer que a indenização seja inútil, até porque se houver agressão ao ordenamento jurídico, recomposição tem de haver, seja qual for. Por isso, também fomos fervorosos adeptos da indenização por dano moral, em boa hora acolhida pela Constituição de 1988(art. 5º,V)¹³.

9. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No texto constitucional, vê-se que a tutela dos direitos difusos foi cometida expressamente ao Ministério Público. Portanto, o Ministério Público tem o dever de velar por sua tutela.

Por força dessa legitimidade ativa, a nosso ver, tem o dever de propor a ação civil pública, todas as vezes que essa se coloque como possível. É direito indisponível do Ministério Público, pois que a competência deve sempre ser exercitada. Toda competência é dever, lembramos.

Todavia, com isso não se quer afirmar que, sempre, seja o Ministério Público obrigado a propor a ação civil pública. O juízo de necessidade, possibilidade e tipicidade, certamente é da Instituição, até mesmo porque, devemos lembrar, a legitimidade constitucional é disjuntiva e concorrente.

Ampliou-se, posteriormente, com a modificação do Código do Consumidor e da Lei Orgânica do Ministério Público, o objeto possível da ação civil pública.

Assim, por força do Código do Consumidor, com a modificação introduzida no art. 82 passou a competência do Ministério Público estender-se também ao parágrafo único do art. 81 do mesmo código.

De outro turno, a Lei Orgânica do Ministério Público, ver letras

"a" e "b" do art. 25, IV, dispõe:

"art. 25, IV:

-
- a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
 - b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado".

Assinala Ada Grinover¹⁴ que, na verdade, criou-se uma ação popular em que a legitimidade ativa teria sido ampliada, no que tange à letra "b", afirmando que se propostas ação popular e ação civil pública haveria verdadeira conexão e continência.

Em suas palavras, examinando hipótese concreta ocorrida:

"O fato de, na causa de pedir da ação popular constitucional, terem os Autores acrescentado a ilegalidade do objeto e o desvio de finalidade do ato de nomeação só se deve a que, segundo a doutrina, para ação popular não basta a lesividade, devendo também argüir-se a ilegalidade do ato. Mas, na verdade, no conceito de imoralidade administrativa estão compreendidos a ilegalidade do objeto e o desvio de finalidade.

6. A prática mostra, portanto, que pode existir tríplice identidade entre a ação popular constitucional e a ação civil pública.

A consequência processual da litispendência é a extinção do processo, a teor do disposto no art. 267, V, CPC.

E é evidente que a ação civil pública e a ação popular constitucional não podem, ambas, prosseguir, pois de seu julgamento poderiam surgir decisões contraditórias, com coisas julgadas não só logicamente inconciliáveis, mas praticamente incompatíveis^{14A}. Como poderiam, autores e réus, atender a dois julgados, quando um acolhesse o pedido de declaração de nulidade do ato de nomeação e o outro considerasse válido o mesmo ato? Trata-se de verificar qual dos dois processos deve ser extinto, em fase da litispendência. Pelo disposto no art.

219, CPC, é a citação válida que induz litispendência. A lei processual não toma em consideração, para a litispendência, a data do despacho da inicial, mas única e exclusivamente a ocorrência de citação¹⁵.

Todavia, embora se considere o que de comum têm as duas ações, não posso todavia entender que essa ação civil pública seja a mesma ação popular constitucional, apenas com legitimidade ampliada.

E, assim não posso entender porque lei não poderia estar a modificar a Constituição. Parece-nos, pois, que a ampliação da competência do Ministério Público decorre de norma constitucional, norma de eficácia limitada (art. 129 III), por admitir legislação ordinária.

Doutra parte, também se me afigura que a competência do Ministério Público para a interposição da ação civil pública tenha de ser bem avaliada, porque, se é verdade que a Instituição vem prestando valiosíssimos serviços à sociedade, não menos verdadeira é a assertiva que, no referente aos direitos individuais homogêneos, ocorre, algumas vezes, desbordamentos da atuação do Ministério Público.

Deveras, necessário é estar-se sempre atento ao texto constitucional, às competências estabelecidas no prefalado art. 129, sobretudo no que tange ao patrimônio social, que, mais adiante, se versará.

Demais disso, necessário dizer-se que, em face da textura aberta da linguagem constitucional, dependendo do momento histórico, poderá justificar-se a atuação do Ministério Público.

10. CONCEITOS DE PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL - EVENTUAIS DESBORDAMENTOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Cumprе conceituar patrimônio público e social, uma vez que constituem objeto de defesa do Ministério Público.

O ilustre Procurador do Estado, Dr. Elival da Silva Ramos, toma como sinônimo as expressões "bens públicos" e patrimônio público¹⁶. Dessarte, também descarta a inclusão de Hely Lopes Meirelles dos bens das entidades paraestatais como bens públicos.

Assim, pontua:

"Nos termos em que estão situados perante a nossa lei civil, os bens públicos pressupõem sempre a titularidade de uma pessoa jurídica de direito público. Ora, as sociedades de economia mistas, as empresas públicas e as fundações governamentais são entidades com personalidade jurídica de direito privado, sujeitando-

se ao regime jurídico privatístico em suas relações com terceiros (artigo 173, § 1º, da Constituição). Por outro lado, embora muitos dos bens que a elas pertencem sejam oriundos da Administração Centralizada, sendo usual a cláusula estatutária de reversão de seu patrimônio à entidade-mãe, na hipótese de sua extinção (cláusula essa que se pode entender implícita), o fato é que, enquanto existente a empresa ou fundação, não se confunde o seu patrimônio com o da Administração-geradora^{16A}.

E, conclui, em arremate à exposição que vinha desenvolvendo:

"O quarto elemento, sim, é de extrema importância: toda conceituação de bem patrimonial público ou de bem dominial público está vinculado a um determinado ordenamento jurídico. Não há nem pode haver um conceito universal de bem público, refletindo as variações terminológicas exatamente a variedade dos regimes jurídicos a eles aplicáveis".

Conceituamos nós patrimônio público:

"Bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto, imóveis, móveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, a União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configuram esses bens o **patrimônio público** e se encontram sob o regime de direito público¹⁷."

De seu turno, por **patrimônio social** dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, o conjunto de bens jurídicos, concebidos em face dos valores adotados pelo texto constitucional.

Assim, a moralidade administrativa integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente.

De outra parte, a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, por exemplo, constituem, sem dúvida, parte desse patrimônio social, dentre outros valores priorizados pelo texto constitucional, que apenas estudo exaustivo poderia indicar.

Portanto, na defesa de direitos individuais, ainda que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integrem o patrimônio social. Assim,

esses direitos serão, na verdade, também indisponíveis.

Noutro pensar, quando os direitos individuais homogêneos não tiverem repercussão no patrimônio social, não caberá ao Ministério Público defendê-los, pena de infringência ao art. 133 da Constituição (o advogado é indispensável à administração da Justiça).

A respeito, colacionamos a jurisprudência que se segue:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 129, III E LEIS 7.347/85, ART. 21, 8.078/90, ART. 81 E 117 - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Objetivando a Ação Civil Pública cobrar responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou proteger qualquer outro interesse difuso e coletivo - Lei 7.347 art. 1º, incisos I, II e IV, nos termos do art. 129, inciso III, da CF, é competente para o seu ajuizamento, dentro de suas funções institucionais, o Ministério Público;
...omissis...

Direitos individuais que, mesmo homogêneos, transcendem a individualidade de seus titulares;

3. Cuidando a espécie dos autos de participação em concurso público para o cargo de Fiscal de Trabalho de portador de diploma de título universitário de qualquer carreira, direitos individuais homogêneos, não coletivos nem difusos, pois, e não dizendo respeito tais direitos à proteção de consumidores, imperioso concluir-se pela ilegitimatio ad causam do Ministério Público;

4. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, IV do CPC.

(AC-79.813/95-CE, TRF 5ª R., 2ª T; Rel. Juiz Petrucio Ferreira; j. 19/09/95; DJU 20/10/95, pp. 72.144/5)¹⁸''.

Por outro lado, importante questão acerca da competência do Ministério Público é assinalada por Arruda Alvim¹⁹, tal seja, que a declaração de inconstitucionalidade na forma concentrada é privativa do Supremo Tribunal Federal, o que poderia vir a representar um dique à atuação do Ministério Público.

Averba, a respeito:

"4. Declarada que seja a norma inconstitucional, no âmbito de ação direta do STF, não poderá mais ela ser aplicada em todo o território nacional, precisamente porque a eficácia de uma tal decisão erga omnes.

5. Disto se segue que se encontram em pauta os seguintes valores fundamentais: a) controle da constitucionalidade das leis, com vistas a assegurar, neste particular, o primado da Constituição sobre todo o ordenamento, o qual nessa encontra seus pressupostos de validade; b) a necessária compatibilidade de uma lei com a Constituição; c) a lei que for assim declarada, exige que uma tal decisão tenha validade e eficácia em todo o território do país, não podendo haver fratura desse território; d) isto é assim porque ou a lei vale ou não vale, e, se era preordenada a valer em todo o território, no território todo haverá de ser aplicada, desde que ocorrentes os respectivos pressupostos de incidência; e) se se admitisse a inconstitucionalidade decretada, para parte do território, infringidos estariam os princípios da própria igualdade jurídica, como ainda, isto envolveria insuperável contradição, pois que a lei valeria para parte do território e para outra seria nula; f) há, no caso, exclusividade da competência do Supremo Tribunal Federal''.

Todavia, não entendemos possa a previsão constitucional significar inviabilização da competência do Ministério Público. O que é necessário - absolutamente necessário -, é que o Juiz limite exclusivamente à relação sub iudice a declaração incidental de constitucionalidade.

Dessarte, concordamos com a primeira parte da afirmação do ilustre autor, que se reproduz:

"A declaração incidental, restrita que é às partes, gera, apenas, ineficácia da lei, para um dado caso, e é exatamente por isso que se faz imprescindível identificar faticamente qual é esse caso²⁰. Na declaração incidental, uma vez declarada, há uma relação jurídica a ser fulminada, concretamente, mas a lei continua inteiramente em vigor^{19A}. No caso de que estamos a tratar, isso inoconorrá: 1º) porque inexistente qualquer relação jurídica substancial a ser "fulminada"; 2º) como também, as normas que poderiam ser havidas como

inconstitucionais, prática ou pragmaticamente, virão a perder a vigência apenas numa determinada parcela da Federação; ou, então, se o juiz entender-se com "competência nacional", a evidência de colisão com o que possa decidir o Supremo Tribunal Federal será curialmente maior" (grifos do autor).

Na conseqüente conclusão²¹ é que reside nossa parcial divergência, tal seja, a competência jurisdicional não estaria inviabilizada, a nosso ver, apenas deveria confinar-se dentro dos limites precisos da jurisdição e não poderia, evidentemente, extrapolar como em casos concretos vêm acontecendo.

Porém, erros dos magistrados não poderão acarretar a conseqüência extrema de se entender manietada a competência. Todavia, a alerta do eminente mestre é de suma importância para que cautelas extremas sejam tomadas quanto à eficácia das decisões.

Entretanto, não endossamos e, efetivamente não entendemos haver desbordamentos da atuação do parquet, quando se trata de constranger a municipalidade a não poluir, autêntica obrigação de não fazer, muito embora a jurisprudência ainda seja, em sua maioria, no sentido de que se estaria a invalidar, pelo Judiciário, a atuação discricionária da Administração Pública.

Deveras, recentemente, no M.P.E, tivemos possibilidades de abordar a matéria e concluímos a respeito:

"Questão que, nos últimos tempos, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, vem suscitando controvérsia é saber se cabe ao Poder Judiciário impor à Administração, no terreno do saneamento básico, obrigação de fazer consistente na realização de obras, prestação de serviços ou implantação de políticas públicas, quando a omissão administrativa esteja causando ou possa causar dano à saúde dos cidadãos e ao meio ambiente.

Em síntese, trata-se de perquirir-se, ao determinar comportamentos positivos ao Poder Público, não estaria o juiz invadindo a esfera discricionária da Administração, substituindo-se a esta na tarefa de examinar a conveniência e oportunidade na implementação ou não de medidas de saneamento básico.

Por primeiro, é bom lembrar que a matéria é hoje constitucionalmente regradada.

De fato, a Constituição Federal, após conferir a todos um "direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado" (art. 225, caput), impõe ao Poder Público o dever de "preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais" (art. 225, par. 1, I).

A água é, segundo os especialistas, o elemento chave para o equilíbrio ecológico e para a manutenção da vida no planeta, inclusive a humana.

Mais especificamente, a Constituição do Estado de São Paulo, no seu art. 208, estabelece que "Fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer "corpo de água". Tal norma, sem dúvida, é de eficácia completa; traz consigo um não-fazer objetivo, retirando do administrador qualquer possibilidade de optar entre tratar ou não tratar os efluentes urbanos. Bem se percebe que os dois dispositivos criam uma vinculação absoluta para o administrador: não lançar dejetos sem tratamentos em "corpo d'água", isto é, em qualquer aquático, mesmo no pequeno córrego.

Essa a razão que fez com que o constituinte estadual não se limitasse a apenas "recomendar" ao administrador que encetasse seus melhores esforços visando impedir ou mitigar os danos causados por esgoto não-tratado.

Foi mais longe, impondo um dever inafastável por simples critérios de conveniência ou oportunidade, negado à Administração o argumento de que, para atuar, haveria que se guiar pelos seus próprios juízos de valor. Por conseguinte, eventual recusa do Poder Público em cumprir a determinação constitucional pode - e deve - ser repreendida pela via de ação civil pública.

A observação tem grande importância em matéria orçamentária. O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pela Constituição Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada.

Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a

cumulação de pedidos em ação civil pública, um referente a obrigação de não-fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.

Trata-se de uma sofisticação do conceito de controle dos atos administrativos: se a Administração tem um dever-negativo e o descumpre, é razoável requerer que, junto com a determinação judicial do não-fazer, sejam viabilizados os recursos que permitam a realização do objetivo pretendido.

Sob outro aspecto, quero dizer que, se de um lado o Poder Público não tem como fugir da obrigação de não lançar efluentes "in natura" nos cursos d'água (dever de não fazer esse passível de cobrança pela via de ação civil pública e que, indiretamente, acaba por transformar-se numa obrigação de fazer, isto é, de tratar), não me parece que se possa, com o mesmo instrumento, impor à municipalidade a forma exata de tratamento, na hipótese de existirem várias tecnologias em condições de dar cumprimento integral e razoável ao mandamento constitucional e legal.

Finalmente, há o problema do momento em que a tutela de urgência, nesses casos, passa a ser exigível. Tenho para mim que, mesmo no caso de proibições peremptórias como as que temos em matéria de recursos hídricos e saneamento básico, o cumprimento do judicialmente determinado atrela-se ao princípio da razoabilidade, sob pena de se ter imposições de execução impossível, com o que não compactua o Direito. Parece ser tecnicamente impossível a uma municipalidade ou órgão público, por mais poderoso que seja, estancar, de imediato, o lançamento de esgoto não-tratado, construindo, em passe de mágica, rede coletora e estações de tratamento. Não é recomendável, pois, que sejam deduzidos pedidos de obediência imediata, mas, diversamente, que levem à fixação de cronograma, dividido em fases e metas trimestrais e anuais bem caracterizadas, permitindo-se, assim, sua fiscalização com imposição de "astreintes", que devem ser usadas não só para o caso de descumprimento do objetivo maior, mas também para as metas intermediárias²²³.

11. A AÇÃO POPULAR: BREVES CONSIDERAÇÕES GERAIS

Terminado este breve esboço da ação civil pública, passemos à ação popular, último tópico deste estudo.

No Projeto II, da Constituição, tivemos a ação popular com a legitimidade ativa ampliada. Entretanto, por força de modificação posterior, nitidamente involuiu-se, voltando-se à Carta de 1969. Apenas o cidadão pode interpor a ação popular.

Passamos, de conseguinte, para breve exame da Lei da Ação Popular, bem como do art. 5º, inciso LXXIII, do Texto Constitucional.

A Lei nº 4.717, de 1965, apresenta a seguinte contextura, em modesta síntese: há restrição quanto à legitimidade ativa, afeta somente ao cidadão o que, torna reduzida a possibilidade da ação popular.

Deveras, as ações populares, que ainda são movidas, vingam em cidades grandes; em cidades menores não, pois não se pode pensar no autor popular, como cidadão, a enfrentar a "Toda Poderosa Administração Pública".

De outra parte, a ação popular foi alargada constitucionalmente para abrigar também os atos lesivos praticados contra o patrimônio histórico e cultural, ao meio-ambiente, à moralidade administrativa, bem como contra o patrimônio de entidades de que o Estado participe.

12. A LEGITIMIDADE PARA AGIR

O texto da Lei da Ação Popular contém evoluções grandes, mas, de qualquer sorte, restringe-se à legitimidade ativa ao cidadão. Na medida em que só o cidadão puder acionar, puder ser autor popular, claro está que a ação popular perde muito de sua força e tem de perder. É difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública, como já assinalado.

A legitimidade para agir, atribuída somente ao cidadão, é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle de ilegalidade da administração, para controle da lesividade que a administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa.

Realmente subtrai a grandeza da ação popular. Pensem, por exemplo, se a legitimidade fosse dada às associações de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil, que se tem manifestado tão atuante ao longo desses anos. É claro que a ação popular teria muito mais condições. De conseguinte, a restrição quanto à legitimidade para agir é algo que precisaria ser modificada.

Todavia, com possibilidade da promoção da ação civil pública,

que tem por objeto a moralidade administrativa e a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, atribuída ao Ministério Público²⁴, temos que, em grande parte, encontra-se sanado o problema.

Acreditamos que, para efetivamente vingar a ação popular, está faltando, realmente, vivência efetiva de cidadania, de sentimento arraigado do status civitatis, necessário a postulações não apenas individuais, mas em benefício da coletividade.

Devemos tomar, como parâmetro, nosso grande e saudoso mestre, Seabra Fagundes. Em todas as horas de sua vida, o ilustre professor de todos nós, foi cidadão exemplar.

Todavia, embora a ação popular esteja restrita em sua legitimidade ao cidadão, depois de proposta, se houver desistência da ação, o Ministério Público deverá suceder o autor popular.

13. ATOS ILEGAIS OU LESIVOS

Não mais temos, na ação popular, restrição no tocante à necessidade de que o ato seja ilegal e lesivo. Não se trata de "e", mas sim de "ou" lesivo.

Aliás no Texto Constitucional de 1967, e posterior Emenda nº 1 de 1969, temos referência somente a atos lesivos. O texto constitucional anterior dispunha da seguinte forma, no parágrafo 31, do artigo 153:

"Qualquer cidadão será parte legítima para propor Ação Popular, que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidade pública".

A Lei da Ação Popular, entretanto, prescreveu que os atos deveriam ser ilegais e lesivos. O texto constitucional atual, felizmente, traz, apenas, o pressuposto da lesividade e não mais também da ilegalidade.

14. O PATRIMÔNIO PÚBLICO DEFENDIDO PELA AÇÃO POPULAR

No tocante ao conceito de patrimônio público, houve sua ampliação, albergando-se, também, atos lesivos ao patrimônio das empresas estatais. Isto já estava na Lei da Ação Popular, no parágrafo primeiro, do artigo 1º, porém não havia previsão constitucional.

Estendeu-se, ainda, ao patrimônio estético, artístico, histórico ou paisagístico. E, sobretudo, ao controle da moralidade.

Atente-se, agora, ao art. 4º da Lei da Ação Popular, que dispõe:

"Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

....."
Há, nessa hipótese, presunção de lesividade *juris et de jure*. Vale dizer, se algum contrato for pactuado sem licitação, quando esta for exigível, teremos ato nulo (embora não costumemos utilizar a nomenclatura "ato nulo", ora empregada por estar assinalada na Lei da Ação Popular), pois, por presunção, já seria lesivo e, de conseqüente, deveria merecer sanção.

Na atual ação popular constitucional, temos, com remarcado, abertura com relação a que os atos lesivos não se referem apenas ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa. É dizer, a moralidade administrativa, encartada como princípio, como se verifica no artigo 37 da Constituição da República, deve também poder contar com instrumental jurídico hábil a controlá-la.

Pretende-se, é óbvio, que o patrimônio público não seja malbaratado. Que o administrador sirva à comunidade e não se sirva desta.

Então, vejamos: na Ação Popular existe nitidamente a defesa de direito difuso, a *res omnium*, de todos. O patrimônio público não é *res nullius*, mas é *res omnium*, coisas de todos e, por ser coisa de todos, tem de ser interpretado com largueza o instituto para que se possa, porventura, dar solução compatível²⁵.

Não nos cumpria trazer minúcias do regime jurídico dessas ações, mas, tão-somente, trazê-las a contexto como garantias coletivas dos administrados, ao lado do mandado de segurança coletivo, que não foi versado por desbordante do tema. Ademais disso, as ricas questões processuais inerentes a ambos os temas tiveram de quedar-se ao largo, por se tratar, apenas, de exposição tópica.

NOTAS

* Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-SP. Juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

¹ *Direitos Coletivos e Difusos*, Coleção Primeira Leitura da Constituição de 1988, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

² Camargo Mancuso, Rodolfo de, *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir*, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 58 a 61.

³ Sirva de exemplo o novo agravo de instrumento, em que algumas perplexidades são sentidas ainda pela doutrina e jurisprudência, emperrando, assim, a finalidade essencial de agilização para a qual foi criado.

⁴ Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁵ Barbosa Moreira, José Carlos, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, em "Temas de Direito Processual", Saraiva, 1977.

- ⁶ Grinover, Ada Pellegrini, coordenadora, "A tutela dos interesses difusos", Editora Max Limonard, 1984.
- ⁷ O § 1º do art. 129 dispõe: "A legitimação do Ministério público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."
- ⁸ Benjamin Hermann, "A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor", in *Ação Civil Pública*, coordenação de Edis Milaré, pág. 70-151.
- ^{8A} Nota de rodapé da citação: tanto não se pode afastar a intervenção do Poder Judiciário que um dos fundamentos para a intervenção do Ministério Público no processo civil clássico é exatamente o interesse público (CPC, art. 82, inc. III).
- ^{8B} Continuando com nota de rodapé da citação: em sentido diverso, alguns administrativistas vêem, como única diferença entre interesses individuais e interesse público, o dado quantitativo, sendo este "o resultado da somatória de um número majoritário de interesses individuais coincidentes" (Hector Jorge Escola, ob. Cit., p. 242); trata-se de conceito, equivocado, que no caldo da processualística moderna, muito pouco diferiria dos interesses individuais homogêneos.
- ⁹ Já abordamos o tema no estudo já citado, ao qual, para evitarmos a repetição, remetemos o leitor, ao trabalho "Ação civil pública - Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória, in *Ação civil pública*, coord., Por Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 329/351.
- ¹⁰ Consulte-se topicamente o opúsculo do Professor Clóvis Beznos, *Ação Popular e Ação Civil Pública*, Coleção Constituição de 1988, Primeira Leitura, v. 2, Editora Revistas dos Tribunais.
- ¹¹ "Ação civil pública - Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos na tutela antecipatória, in *Ação civil pública*, coordenação de Edis Milaré, pp. 329-351.
- ¹² No mesmo sentido José Manoel Arruda Alvim, no trabalho mencionado, fls.7, nota de rodapé n° 5.
- ¹³ A jurisprudência quase não mais tergiversa ao admitir o dano moral, até mesmo cumulado com o material.
- ¹⁴ Grinover, Ada Pellegrini, "Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão. Continência e Litispendência", in *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 23/27.
- ^{14A} Nota de rodapé da citação: sobre inconciliabilidade lógica - aceitável - e incompatibilidade prática - inaceitável - entre coisas julgadas, v. Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, Ed. Rev. Tribs., 1978, pp. 12-13.
- ¹⁵ Idem, *ibid.*, I, p. 27.
- ¹⁶ Apud Figueiredo, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Malheiros, 1995.
- ^{16A} Notas de rodapé da obra citada: Ramos, Elival da Silva, *Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público*, in Cadernos FUNDAP, n. 17 São Paulo, 1989, pág. 16/31.
- ¹⁷ Idem, *ibid.*, p. 341.
- ¹⁸ in Repertório IOB de Jurisprudência n° 4/96, 2ª Quinzena de Fevereiro/96, p. 67.
- ¹⁹ Alvim, Arruda, A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de proteção ao consumidor, in *Civil Pública*, coordenação de Edis Milaré, S.P., RT, 1995, pp. 155/156.
- ^{19A} Idem: Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, cit., p. 108 e José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 1976, ed. Da Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 23.
- ²⁰ Nota de rodapé da citação: Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, São Paulo, cit., p. 107, com apoio de Marcelo Caetano.

- ²¹ Ob., cit., p. 158: "7.6. Em caso de ações civis públicas propostas, nas condições aqui descritas, diante de uma inicial 'confeccionada em tais condições, não leva a que se possa, sequer, vislumbrar propriamente um litígio, senão que, real, ontológica e exclusivamente, a pretensão à declaração de inconstitucionalidade de determinados textos legais, porque havidos como inconstitucionais... Isto configura uma utilização distorcida da ação civil pública, o que já tem sido objeto de estudos, precisamente, na linha do que aqui se sustenta, e, bem assim, a jurisprudência já se tem negativamente manifestado", V. Arnold Wald, Usos e abuso da ação civil pública (análise de sua patologia), in Revista Ajuris ("Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 6175-98, especialmente pp. 84-89); o ilustre constitucionalista, Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, em mais de uma oportunidade, manifestou-se pela impossibilidade de arguição de inconstitucionalidade, no bojo de ação civil pública (v. Arnold Wald, *op.ult. Cit., Ip. 87*); os nossos Tribunais assim já se tem manifestado, v.g., o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 1ª Câmara, apel. Civ. 191130194, j. Em 10/12-1991, constando da emenda do acórdão: "Ação civil pública. Ação direta de inconstitucionalidade de tributo travestida de ação civil pública. Descabimento" (Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, vol. 81, pp. 216-217); Em hipótese análoga a de que aqui teoricamente se cogita - ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal, com o objetivo de que, se acolhesse pretensão de inconstitucionalidade do art. 6º, § 1º, da Lei federal 8.162/91, "que seja atualizado o saldo das contas vinculadas (ao FGTS) nos mesmos percentuais praticados para a caderneta de poupança", decidiu o então Presidente do Tribunal Regional Federal, da 3ª Região, Dr. Homar Cais, inovando, como fundamento a própria circunstância da eficácia *erga omnes* da ação civil pública, e nesse caso concreto, como *Iratio decidendi* vislumbrou grave lesão à ordem, se executada fosse a liminar, mesmo porque, a mesma lei cuja inconstitucionalidade foi admitida pela decisão concessiva da liminar, estava sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pendente perante o Colendo Supremo Tribunal Federal.
- ²² Nesse sentido a medida provisória de n° 1.570-3, de 23.06.97, que dispõe, em seu art. 2º: "Art. 2º - O art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".
De fora parte que entendemos não poder a medida provisória dispor sobre processo civil. Não pode, porque os pressupostos constitucionais de *relevância e urgência* não estariam presentes.
Haveria - sem sombra de dúvida - usurpação da competência do Congresso Nacional.
- ²³ Excertos da palestra proferida na Procuradoria Geral da Justiça, em 10/10/96, por ocasião da 4ª reunião Ordinária do "Grupo Especial de Recursos Hídricos do Ministério Público de São Paulo, in Boletim MP Ambiental n° 1, out./dez/1996.
- ²⁴ L.O.M.P., art. 25, IV, "b" (Lei 8625/1993).
- ²⁵ Versou a matéria, de maneira sucinta, pois apenas enfrentava a Constituição de 1988, o Professor Clóvis Beznos, na obra "Ação popular e ação civil pública"; na coleção "Constituição de 1988, Primeira Leitura", Revista dos Tribunais, 1988. Deve-se consultar, para ampliação, a preciosa monografia de José Afonso da Silva, "Ação Popular, Constitucional, Doutrina e Processo", São Paulo, RT 1988. Também Rodolfo de Camargo Mancuso, "Ação Popular", São Paulo, RT, 1994.

LICITAÇÕES E CONTRATOS: O ANTEPROJETO DA NOVA LEI

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO

Professor de Direito Administrativo da PUC/SP e do Setor de Pós-Graduação da Universidade Católica de Santos.
Ex-Secretário do Governo do Município de São Paulo e
Ex-Chefe de Gabinete da Secretaria da Administração Federal.
Procurador e Vereador do Município de São Paulo.

Em um país onde a corrupção é um mal endêmico e de ampla incidência em todos os níveis federativos, é natural que as contratações firmadas pela Administração Pública sejam vistas como um tema de extrema atualidade. Principalmente quando se discute, com fortes motivações políticas e ideológicas, o papel do Estado e a necessidade da sua própria modernização em face dos desafios apontados pela nova realidade da conjuntura mundial.

Que atividades devem ser executadas diretamente pelo Poder Público? Quais devem ser exercidas por meio de contratos firmados com particulares? Que regras devem orientar a escolha das pessoas a serem contratadas pelos órgãos públicos? Qual o grau e qual a flexibilidade que deve possuir o administrador no momento em que define as regras e as condições de um ajuste negocial que firmará com terceiros? Estas e outras perguntas tem sido objeto de permanentes e acalorados debates no mundo jurídico e administrativo brasileiro, em especial nas últimas décadas.

E como não poderia deixar de ser, esta aguda controvérsia tem motivado sucessivas alterações legislativas no campo das licitações e dos contratos celebrados pelo Poder Público. E, digamos, em ritmo relativamente acentuado, contrariamente, aliás, ao que acontece em outros campos do direito positivo brasileiro.

Deveras, enquanto o nosso Código Comercial data de 1850, o nosso Código Civil de 1916, o nosso Código Penal de 1940, o nosso Código Tributário Nacional de 1966, nestes últimos trinta anos assistimos em nosso país, até o momento, nada menos que três diplomas legislativos diferentes se sucedendo no trato da disciplina dos procedimentos destinados a celebração de contratos pelo Poder Público. Isto, esclareça-se, sem nos referirmos às próprias modificações - algumas, aliás, de grande porte - a que estiveram sujeitos estes próprios diplomas ao longo do período das suas respectivas vigências.

De fato, tivemos no Decreto-Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, a nossa primeira efetiva tentativa de tratar de modo sistematizado o instituto da licitação¹. Revogado nos dispositivos que cuidavam dessa matéria, foi este diploma legislativo substituído, em 21 de novembro de 1986, pelo

Decreto-Lei nº 2.300/86. E este, por sua vez, passou a ter o seu lugar ocupado pela nossa vigente lei de licitações e contratos da Administração Pública, em 21 de junho de 1993 (Lei nº 8.666/93).

Agora, nem tendo ainda completado cinco anos de vida a nossa atual legislação, já se pensa em nova modificação. Alegando a necessidade de se agilizar a atuação do Estado e os altos custos decorrentes dos controles impostos pela Lei nº 8.666/93, fez o governo federal elaborar anteprojeto de nova lei disciplinadora da matéria a ser oportunamente encaminhado ao Congresso Nacional.

É sobre esta proposta que gostaríamos de tecer algumas breves considerações.

De imediato, poderíamos dizer que seria de todo adequado que diante das razões alegadas pelo governo, a proposta de texto elaborada para substituir a atual Lei nº 8.666/93 fosse um conjunto global de disposições harmônicas e bem talhadas, orientadas no sentido de superar alguns dos graves problemas que apresenta nossa atual legislação, sem prejuízo dos controles que introduziu na busca de forçar contratações mais adequadas à satisfação de princípios básicos como os da isonomia, probidade e moralidade administrativa.

Deveras, se problemas de técnica legislativa existem na nossa vigente Lei nº 8.666/93, em momento algum, porém, poderá vir a ser esta acusada de não ter criado óbices a históricas práticas imorais que em nosso país serviram apenas para favorecer maus administradores e espertos empresários, com prejuízos incalculáveis para os cofres públicos. De todos os textos legislativos que tivemos, sem sombra de dúvida, no que concerne a mecanismos de fiscalização, de controle e de combate a práticas imorais na realização de procedimentos licitatórios, a lei nº 8.666/93 vem sendo a melhor.

Assim, seria de se esperar que o governo federal tomasse como ponto de partida os avanços deste diploma legislativo, e se ocupasse apenas da correção dos seus problemas ao elaborar um novo anteprojeto de lei de licitações.

Não foi, lamentavelmente, o que ocorreu.

Embora tenha superado alguns dos graves problemas apresentados pela lei nº 8.666/93, o texto do atual anteprojeto qualifica, a nosso ver, um radical retrocesso no campo dos controles que devem existir sobre as licitações e sobre as contratações efetuadas pelo Poder Público. Muitos dos dispositivos introduzidos pela nossa atual legislação na busca de evitar os desmandos e as imoralidades foram colocados por terra. Algumas das inovações introduzidas parecem se postar na linha de legitimar conhecidas artimanhas daqueles que se doutoraram na arte de burlar as exigências éticas que devem recair necessariamente sobre os atos de gestão da res publica.

Nesta medida, ousaríamos mesmo a dizer que a pretexto de se modernizar o Estado e de se dar maior maleabilidade ao seu agir acabou esta proposta legislativa por colocar em cheque o próprio instituto da licitação. A liberdade de contratar do administrador será tão grande, seu agir na definição de parâmetros tão largamente discricionário, a ausência de definições prévias de conduta tão acentuadas, que os cidadãos, os Tribunais de Contas, os Legislativos, e os órgãos jurisdicionais de todo o país, terão em muito reduzidas as possibilidades de questionar comportamentos suspeitos ou até de comprovar de forma objetiva a ocorrência de práticas imorais.

Não queremos dizer com isso que a técnica jurídica pode ser capaz de elaborar um texto legislativo em matéria de licitações e contratações da Administração Pública que seja imune a falcaturas, a privilegiamentos imorais, a contribuições eleitorais firmadas em contraprestação a favores concedidos por governantes ou ao desvio de dinheiros públicos. Isto é, a bem da verdade, impossível. A mente humana normalmente é mais eficaz na busca de mecanismos de burla à lei, no que no encontrar de definições e regramentos capazes de aperfeiçoar os seus propósitos.

Todavia, o caminho do anteprojeto elaborado a mando do governo federal - que se nos perdoe a contundência - extrapola em muito os limites que dentre nós devem ser vistos como verdadeiras conquistas na luta contra a imoralidade e o desrespeito aos interesses públicos. Sem dúvida, ela possibilitará maior agilidade administrativa. Mas a um custo tão alto de princípios que os cofres públicos brasileiros com certeza preferirão a menor rapidez - que pode ser perfeitamente compatibilizada com diretrizes de planejamento e eficácia de gestão dos órgãos públicos - do que a celeridade liberta de parâmetros de conduta de administração que forcem a obediência de critérios isonômicos, éticos e de probidade no dispêndio de recursos públicos.

Talvez em países mais avançados, onde a cultura predatória do que é público não esteja tão impregnada nos comportamentos e atos dos agentes públicos que governam ou que administram o Estado, propostas deste jaez tenham mais chance de frutificar. Afinal, em certos lugares do mundo, governantes submetidos à mera suspeita de improbidade ou de uso da máquina administrativa são submetidos a execução pública, e muitas vezes quando descobertos em flagrante delito preferem pôr fim à própria vida do que se submeterem aos olhares de reprovação moral de uma sociedade que lhes indica, como única alternativa para os seus dias futuros, o fim da vida pública e o recolhimento a cárcere muito bem fechado.

Dentre nós, não é bem assim que as coisas se passam. Governantes enriquecem a olhos vistos, empreiteiros de obras públicas engordam suas empresas ilicitamente, e os calabouços se encontram abarrotados apenas

por pequenos assaltantes ou meliantes que nunca tiveram a oportunidade de freqüentar palácios governamentais, serem donos de uma empreiteira ou exercerem algum mandato parlamentar ou junto ao Executivo. Os que notoriamente enriqueceram com dinheiro público voltam a ocupar cargos de mando. Nada acontece. A tudo se assiste passivamente.

Não se pode, por conseguinte tratar o nosso país como um Estado em que a distinção entre o público e o privado seja uma marca da sua cultura política. Aqui as restrições legais, os rígidos controles jurídicos, são a única salvaguarda para que os predadores do Estado não assumam ainda mais a sua gestão. O extermínio desses controles, assim, não é um avanço, ou uma postura voltada à modernidade. É a convivência com um estado de coisas que com certeza o cidadão comum - aquele que paga impostos e não se beneficia com o resultado dos serviços públicos que com seu trabalho custeia - se pudesse ter uma exata compreensão do que ocorre assumiria uma praxis transformadora e, porque não dizer, revolucionária até. Afinal, neste país, cada vez mais, fazer com que os interesses privados não se apropriem do que é público parece ser uma tarefa verdadeiramente revolucionária.

Mas, no que baseamos estas contundentes críticas ao anteprojeto de lei elaborado pelo governo federal ?

Passemos, pois, a analisá-lo topicamente. Primeiro, apontando alguns de seus poucos aspectos positivos. Depois, dando alguns exemplos dos seus muitos pontos negativos.

No campo das inovações positivas, haverão de merecer destaque, a nosso ver, dois aspectos.

Em primeiro lugar, deve ser louvado o tratamento dado ao problema da definição das normas legislativas federais que devem obrigatoriamente incidir sobre Estados, Distrito Federal e Municípios.

Este é um problema antigo que começa agora, por via desse anteprojeto, dar os primeiros passos para ser superado.

De fato, já sob o período da vigência da Constituição da República de 1967 se discutia se a União poderia impor normas legais à obediência obrigatória de Estados e Municípios. Um dos dispositivos daquela Carta Constitucional (o artigo 8º, XVII, "c") autorizava a União editar normas gerais em assuntos relacionados com o direito financeiro. Para os que entendiam que a licitação era um instituto deste campo do direito estas regras, por óbvio, haveriam de ser vistas como vinculantes em nível nacional. Para outros que, como nós, entendiam que a licitação era um instituto de direito administrativo estas normas jamais poderiam ser impostas como obrigatórias a Estados e Municípios.

Reinava, pois, relativa confusão, em especial em sede doutrinária² sobre a matéria.

Com o advento da nossa atual Constituição da República, todavia,

o problema foi reduzido. Estabeleceu o artigo 22, XXVII, deste texto que compete privativamente a União legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para a Administração Pública, Direta e Indireta". Nesta medida, passou a restar incontroverso que embora a competência para legislar sobre licitação ainda continue a ser concorrente, a União pode editar normas gerais de âmbito nacional de forma a vincular as licitações e as contratações realizadas por Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dissemos, porém, que o problema acima foi apenas reduzido, e não solucionado. Isto porque o tratamento legal dado ao problema ainda continua a ser confuso e tormentoso. Assim afirmamos porque embora disciplinando a Lei nº 8.666/93 de forma detalhada o processamento das licitações e as contratações a serem firmadas pelos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta, veio esta a afirmar literalmente em seu próprio artigo 1º que todas as suas regras são normas gerais aplicáveis indistintamente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Disto decorreu um grave problema. Muitos, seguindo a literalidade desta disposição, passaram a entender que a lei nº 8.666/93 em todos os seus termos teria verdadeiro caráter nacional. Todos os entes da Federação estariam, nessa medida, obrigados a seguir a totalidade das suas regras.

Outros, contudo, em melhor exegese, passaram a ver nessa interpretação literal uma manifesta colidência com a Constituição Federal. Reconheceram que muitos dispositivos da lei nº 8.666/93 não teriam um caráter verdadeiramente nacional. Apenas alguns de seus dispositivos, nessa medida, deveriam ter aplicabilidade a Estados, Distrito Federal e Municípios: as suas verdadeiras normas gerais, ou seja, os seus princípios e as suas orientações gerais. As suas demais normas, por serem específicas, não teriam este condão. Teriam seu campo de aplicabilidade restrito à União, ou seja a Administração Pública Federal, direta e indireta.

Esta polêmica que ainda hoje permanece acalorada em sede doutrinária, encontrará o seu fim se for convertido em lei o anteprojeto em comento.

Deveras, dividiu esta proposta legislativa seu conjunto de regras em três "Títulos". No primeiro, a que denominou "Dos princípios e normas gerais", reuniu as regras que terão plena e integral aplicação a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. No segundo, denominado "Das normas e dos procedimentos da Administração Pública Federal Direta, autárquica e fundacional", estabeleceu os comandos específicos que devem incidir exclusivamente sobre a órbita federal. E finalmente, no terceiro, fixou as "disposições finais e transitórias" válidas para todos entes da Federação.

Com isso, dúvidas não mais existirão acerca de quais regras tem

autêntico caráter nacional, e quais apenas exclusivamente federal. A Constituição desta feita será respeitada, na medida em que não se terá buscado qualificar normas específicas como se fossem gerais com desrespeito aberto e escancarado à autonomia legislativa de Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em segundo lugar, deve também ser aplaudida a tentativa de se dar novo tratamento às modalidades de licitação.

A lei nº 8.666/93 ao consagrar as cinco modalidades de procedimentos licitatórios (concorrência, tomada de preços, convite concurso e leilão), deu a cada uma destas modalidades um tratamento em certa medida confuso, dando origem a dúvidas interpretativas (em especial quanto ao convite) e a críticas generalizadas (em particular, quanto a própria utilidade da existência da tomada de preços em face da reduzida distinção que passou a ter, no seu específico modus de processamento, em relação à modalidade *concorrência*).

Independentemente de outras críticas que possam vir a ser feitas, julgamos ter se apresentado em bom tom a nova definição das modalidades de licitação contida no artigo 5º do anteprojeto. Serão agora quatro as modalidades de licitação, a saber: concorrência, coleta de preços, concurso e leilão. A nova modalidade introduzida, em substituição a tomada de preços e ao convite ("coleta de preços") será um procedimento realizado apenas entre interessados devidamente cadastrados.

Nisto, como dissemos, alguns dos poucos pontos positivos do anteprojeto.

Já os pontos negativos se acumulam, sendo quase que impossível em um modesto e rápido estudo abordar de modo aprofundado e suficiente a sua totalidade.

Nos dediquemos, porém, a sinteticamente fazer referência a alguns.

Um dos mais escandalosos inconvenientes está, sem sombra de dúvida, no tratamento que a lei dá ao dever de licitar de empresas públicas, sociedades de economia mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

De início, afirma literalmente o projeto que as hipóteses de dispensa de licitação para estas pessoas deverão estar previstas em regulamento e não em lei. Isto, proclamemos em alto e bom som, além de manifestamente inconstitucional é de todo inaceitável.

Inconstitucional porque o artigo 37, XXI, da nossa lei maior ao estabelecer o dever de licitar para a "Administração Direta, Indireta e Fundacional", apenas ressaltou deste dever nos "casos especificados na legislação". Ou seja: as hipóteses de dispensa de licitação apenas podem ser consagradas em lei. Regulamentos internos de entidades estatais de

direito privado não podem ter, em nosso direito, este poder.

Inaceitável porque admitir que regulamentos internos fixem hipóteses de dispensa de licitação será o mesmo que admitir por vias oblíquas o fim da incidência deste instituto para as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Indireta. Qual administrador não se sentirá tentado em criar o maior número possível de hipóteses de dispensa de licitação? Os honestos pensarão que como se guiam pela probidade administrativa não necessitarão perder tempo com "trâmites burocráticos" inúteis. Os desonestos verão a possibilidade de agir de forma livre e sem riscos nos seus atos de rapinagem.

Esqueceu-se, assim, o governo federal que a licitação não é algo que deve passar pela vontade do administrador, mas por uma imposição que está acima dele, decidida por representantes diretamente eleitos pela própria coletividade. Se é a coletividade que por desejo de atender a isonomia e de satisfazer a probidade impõe pela Constituição e pela lei o dever de licitar, somente esta mesma coletividade, pela lei, pode dizer os casos em que a realização de procedimentos licitatórios não é necessária.

Mas, lamentavelmente, não é só. Estabelece o anteprojeto que "a alienação, cessão ou locação de bens" obedecerão "às normas estabelecidas em regulamento", "no caso de empresa pública, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público" (art. 10). E mais: afirma que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista poderão estabelecer suas normas próprias sobre licitação e contrato, independente de lei", devendo apenas obediência às normas gerais estabelecidas no Título I (art. 48, parágrafo único).

Tal somatória de disposições deixa claro que as empresas estatais licitarão quando quiserem, e basicamente do modo que desejarem. A lei, instrumento pelo qual a comunidade afirma como deve ser gerida a *res publica* muito pouco ou quase nada poderá dizer em relação a estas entidades. Uma lei estadual ou municipal, por exemplo, que pretenda estabelecer maior controle em relação às licitações e às contratações das suas empresas públicas ou das suas sociedades de economia mista estará impedida de fazê-lo. Estabeleceu-se em nível nacional que, em princípio, tudo ou quase tudo os regulamentos destas pessoas podem estabelecer. Assim, os próprios administradores de momento decidirão os caminhos que estas entidades deverão seguir em matéria de licitação e contratos.

Voltamos, assim, praticamente ao período anterior ao da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 2.300/86 em que predominava a visão de que empresas públicas e sociedades de economia mista estavam livres do dever de licitar. Os desmandos, as falcatruas, as imoralidades, a esbórnica com o dinheiro público se sucediam e exigiram do legislador uma postura, qual seja a própria extensão para tais entes do dever de licitar.

Só que agora a intenção é de modernizar o Estado. E esta modernização exigirá que venhamos a retroceder ao que já existia há mais de uma década. As estatais licitarão quando e como bem entenderem. A probidade e a isonomia serão respeitadas quando desejarem o governo e os senhores dirigentes destas estatais. É a velha e desejada modernidade do Estado livre, leve e solto que volta agora travestida com nova roupagem e nova aparência, mas ainda sujeita a um velho custo que a nossa sociedade tristemente já pagou e ainda hoje continua pagando nas seqüelas que remanescem no tempo.

Outro ponto inaceitável se prende a abordagem que faz o anteprojeto acerca dos tipos de licitação. Estabelecendo que as licitações serão julgadas, em princípio, pelos critérios de **melhor preço, melhor técnica e técnica e preço**, não colocou o anteprojeto quaisquer limites à sua adoção discricionária pelo administrador. Com isso, evidentemente, permitirá que a licitação de qualquer objeto possa ser realizada pelo tipo **melhor técnica ou técnica e preço**.

Isto é também inaceitável. É sabido teoricamente que todo e qualquer julgamento que em licitação adote o componente técnica envolve certo subjetivismo que não pode, mesmo nos mais bem talhados instrumentos convocatórios, ser eliminado. Por isso é que a melhor doutrina sempre recomendou que sua adoção se deva dar apenas em casos **excepcionais, em que o seu acolhimento tenha uma efetiva justificativa à luz dos interesses públicos**. Assim, aliás, o fez a atual lei nº 8.666/93, na medida em que limitou a sua adoção para a contratação de alguns objetos, como por exemplo, nos procedimentos em que se licitam serviços predominantemente intelectuais (art. 46, caput).

Nos termos do anteprojeto, porém, estas restrições cairão por terra. Tudo, a livre critério da Administração poderá ser licitado pelos tipos melhor técnica e técnica e preço. Inclusive - pasme-se - as obras públicas.

Com isso, sem dúvida, felizes devem estar as empresas que nesse país se esmeraram na arte de bem enriquecer às custas da execução de obras públicas. O julgamento por técnica poderá voltar a estas licitações. Os riscos da elaboração de Editais dirigidos diminuirão sensivelmente. A eficácia de resultados nas licitações conduzidas será maior. Agora, pela possibilidade do julgamento de licitações de obras pelo tipo técnica ou técnica e preço, os conluios ficarão menos expostos, e os favorecimentos menos evidentes. Voltamos, assim, com a nossa "modernidade" ao que tínhamos antes da lei nº 8.666/93.

Mas talvez mais grave seja o problema das faixas de valor atribuídas às modalidades de licitação. Estabelece o artigo 5º, parágrafo 4º, do anteprojeto que "os valores fixados para a União Federal constituem os limites para a dispensa de licitação, a coleta de preços e a concorrência no

âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das empresas públicas e das sociedades de economia mista".

E quais serão estes valores? Pasmese: para a dispensa de licitação o valor será de trinta mil reais (art. 68). Entre este valor e o de três milhões de reais a modalidade cabível será a coleta de preços. E acima deste último valor a concorrência (art. 63).

Estes valores, nos desculpem a franqueza, são absurdos e escandalosos. Liberar licitações até o valor de trinta mil reais é injustificável. Exigir concorrências apenas em contratações superiores a três milhões de reais também. Pode-se dizer que acolhidos estes limites por outros entes da Federação (e ninguém duvide que o serão na quase totalidade dos casos, como o diz a nossa história administrativa) a licitação deverá ser um fenômeno quase excepcional em nosso país. As concorrências então um privilégio praticamente desconhecido. Aliás, podemos dizer que inúmeros Municípios não terão que licitar nunca. Receberão, assim, uma verdadeira alforria licitatória.

Outros, pontos ainda devem ser lembrados nesse anteprojeto. Não com menor indignação.

É o caso, por exemplo, do estranho parágrafo 1º do seu artigo 14. Afirma este dispositivo que "as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância da contratada".

O que se quer dizer com tal disposição?

Em má redação, poderíamos pensar, o que pretenderia o anteprojeto nesse dispositivo é que os valores estabelecidos no contrato devem ser revistos de comum acordo pelas partes contratantes para que se assegure sempre a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Deveras, seria razoável que fosse isso o que se estivesse pretendendo dizer. Afinal é noção absolutamente assentada em doutrina que o equilíbrio econômico financeiro dos contratos é uma garantia própria e característica destes ajustes negociais regidos pelo direito público.

Todavia, em boa hermenêutica não parece ser isto o que se pretende com este dispositivo. Com efeito, se assim fosse não precisaria o anteprojeto voltar a reproduzir este mesmo dispositivo na parte das normas aplicáveis à União (art. 103, parágrafo 1º) quando logo a seguir estabelece literalmente que as partes de comum acordo devem restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato sempre que "sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis" (art. 110, II, "d").

O que pretenderá então o anteprojeto? Apenas uma única resposta nos parece possível. Mas nos repugna pensar que esta seja a canhestra intenção subjacente a este dispositivo. Trata-se da intenção de permitir que as partes contratantes possam de comum acordo alterar o próprio equilíbrio

econômico-financeiro do contrato, burlando o resultado oriundo da própria licitação. Afinal, o dispositivo em comento nos diz que as "clausulas econômico-financeiras" não podem ser alteradas *sem prévia concordância da contratada*. Mas então de comum acordo podem alterar estas cláusulas? Poderá então a Administração consentir na mudança do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato oriundo de uma proposta licitada?

Se esta for a intenção do anteprojeto, melhor teria sido eliminar de vez o instituto da licitação do direito brasileiro. A modernização pretendida teria a mesma eficácia, e muito mais transparência de propósitos.

Muito mais poderia ser dito. Optamos, porém, por interromper aqui a nossa análise. É o suficiente para demonstrar que se esse anteprojeto for acolhido estaremos mergulhando em um profundo retrocesso administrativo e ético. A lei que antes em nosso país não era suficiente para evitar as falcatruas em matéria de licitação, agora passará a legitimar a improbidade.

Nessa medida, se é para mudar nesses termos, melhor seria ficar como estamos. Já temos problemas demais com o nosso "velho" Estado. O que não ocorrerá então se voltarmos a ter esse nosso antigo e decrépito Estado "moderno"?

NOTAS

- ¹ O Decreto-Lei nº 200/67 denominado de "Reforma Administrativa Federal" cuidava das "normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações" no seu Título XII, composto pelos artigos 125 a 144.
- ² Dizemos doutrinária porque havia à época um entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que sendo a licitação um instituto de direito financeiro seria possível a União legislar sobre normas gerais sobre licitações de modo a poder vincular, na sua respectiva obediência, a Estados e Municípios. Já em sede doutrinária esta posição era também predominante, mas encontrava a contradita de diversos administrativistas de grande respeitabilidade, dentre os quais deve ser destacado o nome de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (V., em especial a monografia *Licitação*, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pags. 6 a 8)

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO EXECUTIVO

MARCELO LIMA GUERRA

Professor de Direito Processual Civil
da Faculdade de Direito da UFC

SUMÁRIO: 1. Delimitação do problema. 2. Finalidade da antecipação prevista nos arts. 273, I e 461, § 3º. 3. Estrutura do processo executivo e sua aparente incompatibilidade com a antecipação de tutela. 4. Efeito suspensivo dos embargos do devedor e possibilidade de surgimento de "*periculum in mora*" também no processo executivo. 5. Caracterização da "prova inequívoca" e do "*fumus boni iuris*" no processo executivo. 6. No processo executivo a antecipação consiste em se permitir a satisfação (fática e provisória) do direito do credor, na pendência dos embargos do devedor. 7. Presentes os requisitos da antecipação o juiz tem o poder-dever de concedê-la. 8. Sendo a antecipação de tutela forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, sua utilização se impõe sempre que necessária, independente e mesmo contra texto legal expresso. 9. A compatibilidade entre antecipação e processo executivo permite a sua concessão, "*in executivis*", com base no art. 598, do CPC. 10. Negar a possibilidade de antecipação de tutela no processo executivo resulta de interpretação que conduz a absurdo, em face do disposto no art. 461, § 3º. 11. A antecipação de tutela no processo de execução acha-se expressamente reconhecida no ordenamento pátrio, na Lei Antitruste (L. 8.884/94, art. 66).

1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Desde a recente reforma de 1994, a antecipação de tutela vem sendo intensamente debatida em sede doutrinária, tendo-se produzido, sobre o tema, um volume considerável de trabalhos, na tentativa de elucidar seus aspectos mais controvertidos. Há, todavia, pelo menos um ponto sobre o qual ainda não houve uma reflexão mais aprofundada, a saber, a possibilidade de se determinar a antecipação de tutela no processo executivo. O presente trabalho propõe-se, precisamente, a enfrentar essa questão.

Cumpre, no entanto, delimitar o âmbito da questão a ser aqui enfrentada, no sentido de descartar-se, desde logo, a possibilidade de antecipação de tutela no processo executivo com fundamento no inc. II do art. 273 do CPC. É que nessa modalidade de processo, como é amplamente sabido, não há "defesa" do devedor, sendo impensável, por isso mesmo, caracterizar-se o seu "abuso de direito de defesa". De outra parte, qualquer conduta do executado, que pudesse ser caracterizada como "manifesto propósito protelatório" não implicaria, ao menos juridicamente, na paralização dos atos executivos, todos eles voltados à satisfação do direito do credor.

Dessa forma, a presente investigação limita-se a examinar a possibilidade de antecipação de tutela, no processo executivo, com fundamento no art. 273, inc. I e art. 461, § 3º, ambos do CPC.

2. FINALIDADE DA ANTECIPAÇÃO PREVISTA NO ARTS. 273, I E 461, § 3º.

A orientação predominante na doutrina atual nega o caráter cautelar da antecipação de tutela. Os mesmos autores que sustentam tal opinião reconhecem, todavia, que a antecipação de tutela prevista no inc. I, do art. 273 e no § 3º, do art. 461, é destinada a eliminar ou neutralizar o *periculum in mora*, ou seja, o risco de que a demora do processo cause danos irreparáveis ou de difícil reparação àquele que requer a tutela jurisdicional.

Assim, por exemplo, Ovídio Baptista da Silva, embora negando a identidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, reconhece "a estreita analogia entre este inciso I do art. 273 e o pressuposto para as medidas cautelares, constante do art. 798 do Código de Processo Civil". Também Arruda Alvim nega o caráter "cautelar" da antecipação, mas afirma: "No que atine com a hipótese do art. 273, I, resta inequivocamente presente, em nosso sistema, a possibilidade de antecipar-se a tutela, por razão ou motivo de ordem cautelar, levada a cautelaridade às últimas consequências (...)".

Desde a magistral obra de Calamandrei, considerada um marco no estudo da tutela cautelar, a doutrina reconhece que de duas maneiras distintas a duração do processo pode representar uma ameaça de dano àquele que requer a tutela jurisdicional, identificando-se, assim, duas modalidades de *periculum in mora*. Recentemente, vale ressaltar, essas idéias de Calamandrei foram retomadas com muita propriedade por Italo Andolina, havendo esse ilustre processualista preferido substituir a tradicional denominação "*periculum in mora*" por aquela já sugerida por Finzi de "dano marginal".

Realmente, essa duração, por um lado, pode apenas criar a oportunidade de que certos eventos ocorram e desses eventos adviria, diretamente, o dano à parte vitoriosa. É o que ocorre, por exemplo, ao

deteriorar-se o bem controvertido por fatos acontecidos na pendência do processo. Essa situação de risco foi denominada por Calamandrei de "perigo de infrutuosidade" (*pericolo di infruttosità*), correspondendo ao que Andolina reconhece como "dano marginal em sentido amplo".

De outra parte, a duração do processo pode ser, ela própria, causa imediata de danos ao autor, simplesmente por submeter o direito controvertido a um prolongado estado de insatisfação. Nessa hipótese a mera permanência no estado de insatisfação do direito, imposta pela duração do processo é a causa imediata de danos irreparáveis ou de difícil reparação, que tornam inviáveis a prestação efetiva da tutela jurisdicional pretendida. Esse risco de dano é aquele denominada por Calamandrei de perigo de tardança e por Andolina de dano marginal em sentido estrito ou por indução processual.

Ora, como se pode facilmente perceber, a técnica da antecipação de tutela visa a eliminar, precisamente, essa Segunda modalidade de *periculum in mora* ou dano marginal. Com efeito, para combater o "perigo de tardança" ou "dano marginal por indução processual" só se revelam eficazes medidas que permitam uma imediata, ainda que a título precário, utilização do bem da vida pretendido pelo autor. Nesses casos, na lição insuperável de Andolina, "*l'unico strumento in grado di arrestare il prodursi del dano marginale è quello di attribuire prontamente all'attore il bene controverso, nonostante la perdurante incertezza relativa all'esistenza del suo diritto*".

3. ESTRUTURA DO PROCESSO EXECUTIVO E SUA APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Definida a função da tutela antecipada prevista no art. 273, I, e 461, §3º como sendo a de eliminar ou minimizar o *periculum in mora*, mais precisamente, aquela modalidade já referida como o dano marginal por indução processual, pode parecer, à primeira vista, inviável a utilização desse instituto no processo executivo, por absoluta falta de necessidade. É que sendo esse processo voltado, exclusivamente, à satisfação concreta do direito do credor consagrado em título executivo é característica de sua estrutura interna que ele seja composto, predominantemente, de atividades ou operações práticas, voltadas a proporcionar esse resultado. Sendo assim, o processo executivo, não submeteria o credor a um prolongado estado de insatisfação, não podendo vislumbrar-se, nesse processo, o surgimento daquele *periculum in mora* contornável através da antecipação de tutela.

Assim entende, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso: "O processo de execução, por outro lado, já é satisfatório por natureza (CPC, art. 612), implicando atos de constrição do patrimônio do devedor ou meios coativos (astreintes) conducentes à execução específica (CPC, art. 461 e parágrafos, redação da Lei n. 8.952/94), a par de já ser dotado de cautelares

específicas (arresto, seqüestro); de outro lado, na execução, propriamente, não há "sentença", de sorte que tal processo também não parece afinado com os pressupostos e as finalidades da tutela antecipada".

4. EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR E POSSIBILIDADE DE SURGIMENTO DE *PERICULUM IN MORA* TAMBÉM NO PROCESSO EXECUTIVO

Convém lembrar, no entanto, que o processo de execução pode ter seu curso normal interrompido pela eventual oposição de embargos do devedor. Acrescente-se, inclusive, que o CPC assegura, de forma expressa e inequívoca, que os embargos do devedor terão sempre efeito suspensivo. Se antes da reforma de 1994, o caput do art. 741 e o inc. I, do art. 791, ambos do CPC, deixavam alguma dúvida sobre isso, agora não é mais lícito questionar que, em qualquer hipótese, os embargos do devedor suspendem a execução, em face do disposto no § 1º, do art. 739, verbis "Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo".

Ora, o simples fato de que o processo executivo seja, em qualquer hipótese, paralisado pela oposição de embargos do devedor, impede que se negue e/ou ignore a possibilidade de que, também nesse processo, fique caracterizado um *periculum in mora*. Em outras palavras, a suspensão do processo executivo em razão dos embargos do devedor traz ínsita a possibilidade de danos marginais ao credor, decorrentes da sua espera pelo desfecho dessa ação de conhecimento, em que consistem os embargos. Observe-se, por oportuno, que essa mesma suspensão pode causar tanto o dano marginal em sentido amplo, como também o dano marginal em sentido estrito, derivado, como se viu, do prolongado estado de insatisfação do direito que se quer ver tutelado.

Uma confirmação de que os embargos do devedor, por suspenderem a execução, podem comprometer o seu resultado útil está, precisamente, na exigência legal da segurança do juízo, como requisito de admissibilidade dos embargos. Sendo os embargos do devedor uma autêntica ação de conhecimento, a sua propositura não poderia estar condicionada ao atendimento de ônus patrimoniais, como é a segurança do juízo, pois isso representaria uma limitação inaceitável a um direito fundamental. Como se sabe, limitações a direitos fundamentais só são toleradas quando exigidas como medida de proteção a outro direito fundamental.

Ora, isso é, exatamente, o que ocorre, como já se procurou demonstrar em outra oportunidade. Na realidade, justifica-se essa limitação ao exercício do direito de ação do devedor, consistente no condicionamento da oposição dos seus embargos ao atendimento da segurança do juízo, na necessidade de assegurar o efetivo exercício do

direito de ação (executiva) do credor. Torna-se evidente, portanto, que a função específica do requisito da segurança do juízo consiste em evitar o surgimento de danos marginais decorrentes da suspensão do processo executivo pela oposição dos embargos, servindo, assim, à garantia da fruibilidade da tutela executiva.

Impõe-se reconhecer, todavia, que a segurança do juízo não é medida apta a evitar, em todos os casos, o surgimento de danos marginais durante a suspensão do processo executivo em virtude da oposição de embargos. Observe-se, desde logo, que o requisito da segurança do juízo é atendido através de medidas executivas em tudo análogas às medidas cautelares conservativas, ou seja, aquelas que são capazes de prevenir apenas o dano marginal em sentido amplo, por limitarem-se a manter inalterada a situação material das partes, sobre a qual incidirá a tutela jurisdicional a ser prestada. Assim, na execução por quantia certa e na de entrega de coisa, a penhora permite manter inalterada a situação patrimonial do devedor, durante a pendência dos embargos e o depósito da coisa assegura a sua integridade, no mesmo período.

Dessa forma, se durante a espera pelo julgamento dos embargos, verificar-se uma situação de dano marginal em sentido estrito ou por indução processual, que consiste, seja recordado, no risco de dano decorrente da simples sujeição do direito do credor a um prolongado estado de insatisfação, a segurança do juízo já não é capaz de assegurar a prestação efetiva de tutela executiva.

Não é outra a situação verificada na execução de prestação alimentícia onde, dada a relevância da obrigação a ser satisfeita para a manutenção do credor, o prolongado estado insatisfação de seu direito é fonte de danos irreparáveis, a impedirem uma satisfação integral de seu crédito, se julgados improcedentes os embargos. Por essa razão é que o legislador autoriza, no par. único do art. 732, do CPC, o levantamento mensal de importância correspondente à prestação alimentícia, quando a penhora recair sobre dinheiro. Dessa forma, não é lícito negar que esse levantamento mensal consiste num inequívoco exemplo de antecipação de tutela executiva na pendência dos embargos do devedor.

Por outro lado, a possibilidade de verificarem-se danos marginais no processo de execução, durante sua suspensão em virtude de terem sido opostos os embargos do devedor, está presente, com toda clareza, na execução de obrigação de fazer e de não fazer. É que, como não se ignora, não há como segurar o juízo nessa modalidade de execução forçada. Sendo assim, os embargos respectivos podem ser opostos livremente e, com isso, suspenderem a execução sem nenhuma medida que assegure seu resultado útil, em caso de serem julgados improcedentes, os mesmos embargos. Nessa situação, como se vê facilmente, o credor da execução é colocado em posição

idêntica ou análoga ao autor, no processo de conhecimento, uma vez que a satisfação do seu direito passa a depender da cognição quanto à existência mesma desse direito.

Observe-se, ainda, que a desnecessidade da segurança do juízo para opor embargos à execução de obrigação de fazer e de não fazer, aliada à suspensividade sempre presente desses embargos, permite o surgimento quer de dano marginal em sentido amplo, quer daquele em sentido estrito, isto é, o chamado dano marginal por indução processual.

5. CARACTERIZAÇÃO DA "PROVA INEQUÍVOCA" E DO FUMUS BONI IURIS NO PROCESSO EXECUTIVO

Não resta dúvida, portanto, que também no processo executivo podem se manifestar situações de *periculum in mora* ou danos marginais, principalmente aquela modalidade consistente no prolongado estado de insatisfação do direito, a saber o dano marginal por indução processual. Tal possibilidade, insista-se, é bastante acentuada na execução de obrigação de fazer, tendo em vista que aí não se exige a segurança do juízo.

Nessa ordem de idéias, convém recordar que além do *periculum in mora* a antecipação de tutela está condicionada à "prova inequívoca da verossimilhança" ou, na opinião de segmento importante da doutrina, ao mero *fumus boni iuris*, na antecipação fundada no art. 461 do CPC. São notórias as dificuldades suscitadas pelas tentativas de conceituar, com exatidão, ambas as noções. Verifica-se, mesmo assim, que seja qual for o significado atribuído à "prova inequívoca" e ao "fumus", tais requisitos podem ser considerados atendidos, no processo de execução, pelo(s) documento(s) apresentado(s) como título executivo.

É importante advertir que não é o título executivo como tal que preenche o requisito do *fumus boni iuris* ou da "prova inequívoca". É que o título executivo é "algo que só existe no processo de execução e esgota nesse toda sua eficácia (...)". Assim, enquanto representação documental típica do crédito a ser satisfeito *in executivis*, o título executivo é apenas a *fattispecie* à qual está subordinada a prestação de tutela executiva. Serve, desse modo, como parâmetro para estabelecer os limites subjetivos e objetivos da atividade executiva, sem que, no entanto, seja dotado de qualquer "eficácia certificativa" ou "valor probatório" quanto à existência do crédito por ele representado.

De outra parte, para atender qualquer uma das hipóteses legais de título executivo, é necessária uma documentação e essa documentação é que irá satisfazer o requisito da "prova inequívoca", ou do mero *fumus boni iuris*, na cognição sumária sobre o direito, a ser realizada pelo juiz para a concessão de tutela antecipada.

6. NO PROCESSO EXECUTIVO A ANTECIPAÇÃO CONSISTE EM SE PERMITIR A SATISFAÇÃO (FÁTICA E PROVISÓRIA) DO DIREITO DO CREDOR, NA PENDÊNCIA DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Convém esclarecer que a antecipação de tutela, no processo executivo suspenso em virtude da oposição de embargos, consistiria, apenas, em permitir a satisfação (total ou parcial) meramente fática e provisória do crédito objeto da execução, antes de serem julgados os embargos do devedor, assim como ocorre no processo de conhecimento. Dito de outra forma, a antecipação de tutela, nessa hipótese, não consiste na própria atividade executiva (satisfativa no plano jurídico), pois tal atividade encontra-se suspensa, total ou parcial, pelo efeito suspensivo dos embargos do devedor. Trata-se, portanto, assim como a antecipação concedida no processo de conhecimento, de permitir a satisfação, repita-se, fática e provisória de um direito, cuja existência está sendo discutida em juízo (nos embargos do devedor).

7. PRESENTES OS REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO O JUIZ TEM O PODER-DEVER DE CONCEDÊ-LA

Vários são os argumentos que se pode aduzir em defesa dessa interpretação, admitindo a antecipação de tutela no processo executivo. Inicialmente, cumpre observar que a concessão de tutela antecipada não caracteriza-se como ato discricionário do juiz. Isso significa que, presentes os requisitos legais da antecipação, ela deve ser concedida.

É o que ensina Nélson Nery Jr.: "Embora a expressão "poderá", constante do CPC 273 *caput* possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente".

8. SENDO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA, SUA UTILIZAÇÃO SE IMPÕE SEMPRE QUE NECESSÁRIA, INDEPENDENTE E MESMO CONTRA TEXTO LEGAL EXPRESSO

De outra parte, é certo que tanto no art. 273, como no art. 461, a lei só prevê, expressamente, a concessão da tutela antecipada no processo de conhecimento. Não é lícito, todavia, concluir que o silêncio da lei quanto à utilização de tais medidas no processo executivo significa uma vedação legal nesse sentido.

É importante esclarecer que as medidas antecipatórias, quando

destinadas a eliminar pericula in mora, caracterizam-se como autêntica concretização do direito fundamental ao processo devido, insculpido no inc. XXV, do art. 5º, da CF. Ora, uma das principais características da especial força jurídica (positividade) que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata. Por tal característica se deve entender que, no atendimento concreto do juiz a exigências que se lhe revelam indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental pode (e deve) ocorrer independentemente e mesmo contra a lei infraconstitucional.

Como ensina Vieira de Andrade, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, "o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua autosuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa".

Dessa forma, revelando-se indispensável para a prestação efetiva de tutela executiva, numa dada situação concreta, a antecipação de tutela no processo de execução suspenso em virtude de embargos do devedor, está o juiz autorizado a fazê-lo, mesmo na falta de expressa autorização legal. Isso se justifica em razão do caráter de medida concretizadora de direito fundamental reconhecido a essa modalidade de antecipação de tutela, ou seja, a das medidas destinadas a eliminar danos marginais por indução processual (art. 273, inc. I e art. 461 § 3º, ambos do CPC).

9. A COMPATIBILIDADE ENTRE ANTECIPAÇÃO E PROCESSO EXECUTIVO PERMITE A SUA CONCESSÃO, NESSE PROCESSO, COM BASE NO ART. 598, DO CPC

De outra parte, a demonstrada possibilidade do credor vir a sofrer dano marginal por indução processual no processo executivo suspenso por embargos, é indicativo suficiente da compatibilidade da antecipação de tutela, quando destinada a eliminar tais danos, com a estrutura e função próprias da execução forçada. Sendo assim, em face do silêncio da lei é possível utilizar a antecipação de tutela no processo executivo, também com fundamento no art. 598 do CPC, segundo o qual "Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento".

A aplicação subsidiária ao processo executivo de norma relativa ao processo de conhecimento exige a presença cumulativa de dois pressupostos, a saber, a existência de lacuna no processo de execução que possa ser preenchida com norma do processo de conhecimento e a

compatibilidade entre a aplicação de tal norma e a função e estrutura próprias do processo de execução. É que sem lacuna, não há que se falar em "aplicação subsidiária", ao passo que a falta de compatibilidade do instituto a ser "importado" do processo de conhecimento com o executivo conduz, inevitavelmente, a uma distorção desse último.

Na lição lapidar de Arruda Alvim "*toda vez que se tratar de 'arrancar' do Livro do Processo de Conhecimento um instituto, pretendendo que haja uma lacuna no livro do Processo de Execução, há que se verificar: primeiro, se existe realmente lacuna; segundo, se o instituto que se pretende usar é compatível com aqueles princípios que informam, estruturam e traçam o perfil do Processo de Execução, pois se não houver compatibilidade, apesar da lacunosidade não poderá haver aplicação subsidiária, devendo, então, a referida lacuna ser suprida por princípios inerentes e próprios ao processo de execução*".

10. NEGAR A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO EXECUTIVO RESULTA DE INTERPRETAÇÃO QUE CONDUZ A ABSURDO, EM FACE DO DISPOSTO NO ART. 461, § 3º

Cumprir advertir, ainda, que negar a aplicabilidade da antecipação de tutela no processo executivo conduziria a um resultado bizarro e paradoxal, a saber, o titular de um direito meramente afirmado poderia obter uma tutela jurisdicional mais "forte", mais imediata do que o titular de um direito consagrado em título executivo. Realmente, não parece razoável que alguém apenas afirmando-se titular de um direito (e desde que demonstre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) possa obter uma satisfação imediata desse direito, ainda que apenas de fato e provisória, enquanto a mesma possibilidade não estaria disponível a alguém titular de um direito já considerado merecedor de satisfação definitiva, ou seja, de um direito consagrado em título executivo. Uma tal interpretação conduz a um flagrante absurdo, o que viola dos mais tradicionais princípios hermenêuticos.

11. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO JÁ FOI EXPRESSAMENTE RECONHECIDA NO ORDENAMENTO PÁTRIO, NA LEI ANTITRUSTE (L. 8.884/94, ART. 66)

Finalmente, cumpre lembrar que a antecipação de tutela em processo executivo foi, recentemente, admitida de modo expreso pela Lei Antitruste. Com efeito, dispõe o art. 66, da L. 8. 884/94: "Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito

das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo”.

Dessa forma, ainda que não fossem considerados qualquer dos argumentos acima, e uma vez identificada como lacuna a falta de referência expressa à antecipação no processo executivo, poder-se-ia facilmente integrá-la, por analogia, recorrendo à referida norma da Lei Antitruste.

AUCTORITAS FIDEI E AUCTORITAS IURIS
Análise da pluralidade significativa na hermenêutica
de Santo Agostinho e de Hans Kelsen

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ*
mdiniz@oraculo.lcc.ufmg.br

Abstract:

This paper contains some analysis of the relationships between Saint Augustines's and Hans Kelsens's hermeneutics, as well their legal theories.

1. A HERMENÊUTICA AGOSTINIANA

Quando Santo Agostinho elaborou seus princípios hermenêuticos tinha em mente explicar o que significavam as palavras contidas nas Sagradas Escrituras e estabelecer a melhor forma de entender todo o seu conjunto. Uma vez apreendida tal significação, o passo seguinte seria ensinar um método de pregação cristã ("modus inveniendi quae intelligenda sunt et modus proferendi quae intellecta sunt")¹.

Toda a doutrina agostiniana acerca da hermenêutica da Bíblia não se concentra em apenas um só livro. Possuidor de diversas idéias, seus ensinamentos podem ser encontrados em várias de suas obras, vez que se preocupava sempre em transmitir didática e claramente a sua mensagem, com finalidade essencialmente pastoral.

É possível encontrar, no entanto, uma abordagem sistemática no *De Magistro*, consagrado expressamente à linguagem, em *De Doctrina Christiana*, dedicado à exegese bíblica, onde também aborda problemas relativos à linguagem e, por fim, em *De Trinitate*.

1.1. A LINGUAGEM NO DE MAGISTRO

Santo Agostinho, inovando as concepções então dominantes acerca da linguagem, introduz no *De Magistro* uma interpretação teológico-filosófica da palavra. O diálogo sobre o Mestre inicia com duas constatações essenciais:

a) a linguagem tem por finalidade ensinar e suscitar recordações: "E desde já declaro que o fim da palavra é duplo: ou para ensinar ou para suscitar recordações nos outros ou em nós mesmos"².

b) as palavras, a seu turno, são signos das próprias coisas: "Assim, com as palavras nada mais fazemos do que chamar a atenção; entretanto, a memória,

a que as palavras aderem, em as agitando, faz com que venham à mente as próprias coisas, das quais as palavras são sinais".³

Santo Agostinho demonstra que só se pode falar de um signo quando ele designa alguma coisa. Dito de outra forma: todas as palavras são sinais, de maneira que ninguém emprega uma palavra a não ser para significar alguma coisa com ela⁴. Mas, no caso de palavras como "se", "de" ou "nada", onde a equivalência entre palavra (*verbum*) e sinal (*signum*) possui algumas dificuldades, o que é "alguma coisa"?

Santo Agostinho não se deixa vencer por tal obstáculo. Pede a Adeodato, seu interlocutor, que se pergunte se o sentido de uma palavra só pode ser percebido através de outras palavras ou se é possível mostrar as próprias coisas.

O reenvio às próprias coisas parece não colocar problemas, pelo menos no domínio das coisas visíveis - as "coisas conhecidíssimas". Se alguém me pergunta sobre o que eu quero significar (*signa-facere*) com a palavra "parede" - *sic: paries* -, basta que eu a mostre com meu dedo e instruir, sem qualquer palavra, aquele que me interroga.⁵

A parede, independentemente de qualquer coisa, está presente; mas a sua apresentação só será possível através de um signo. Daí porque tanto os gestos, como a mímica, pertencem à categoria dos signos; eles podem, por exemplo, na ausência da audição, substituir a fala e permitir que, na medida do possível, possa alguém que não pode se expressar por meio da palavra ensinar ou indicar tudo ou quase tudo o que deseja.

Assim, a) existem signos que podem ser mostrados por signos, da mesma forma que uma determinada palavra pode ser substituída por outra; paralelamente, b) as próprias coisas, que são signos, podem ser mostradas pelos signos, sejam eles lingüísticos ou gestos:

"Parece-me, portanto, que falando, significamos pelas palavras ou as próprias palavras ou outros sinais, como seria o gesto quando falamos, ou as letras quando escrevemos; porque as coisas que indicamos com estes dois vocábulos (gesto e letra) ou são ainda sinais (o próprio gesto e as próprias letras), ou algo que não é sinal, como quando dizemos 'pedra'. Esta palavra, pois, é um sinal enquanto significa algo, mas não é um sinal o que ela indica. Este gênero de palavras que significam coisas que não são sinais não pertence, porém, à parte que nos propomos discutir. Com efeito, nós nos propomos considerar o caso dos sinais que se mostram por sinais, e nele distinguimos dois aspectos: ou se ensinam e recordam os mesmos sinais ou outros sinais diferentes".⁶

Após esta demonstração preliminar, Santo Agostinho conclui que:

- 1) existem signos que significam não somente outra coisa, mas também eles próprios⁷;
- 2) existem signos que se significam mutuamente:
 - a) com diverso âmbito de significação;
 - b) com o mesmo âmbito de significação (extensão), mas com designação diferentes (intensão); e
 - c) com extensão e intensão idênticas (*nomen, p.ex*)⁸.

*"Com isto ficamos avisados que: ou se mostram sinais com sinais; ou, com sinais se mostram outras coisas que sinais não são, ou então, sem sinal podem mostrar-se as coisas que podemos fazer depois de interrogados; e, desses três casos, detivemo-nos a considerar e discutir com mais minúncia o primeiro. Mediante esta discussão, ficou esclarecido que existem sinais que não podem, por sua vez, ser significados pelos sinais que eles significam (...), ao passo que existem outros que, ao contrário, o podem, como quando dizemos 'sinal' (*signum*) e entendemos significar 'palavra' (*verbum*), pois sinal e palavra são dois sinais e duas palavras (*sinal-palavra, palavra-sinal*). Neste caso, em que os sinais se significam reciprocamente, demonstramos, ainda, que uns não têm o mesmo valor, outros o têm igual e, outros, finalmente, são idênticos".⁹*

A partir deste momento, o diálogo caminha para a discussão central com a seguinte indagação: **é possível demonstrar alguma coisa sem o auxílio de signos?**¹⁰. Adeodato responde que não, pois não vê nada que não possa ser indicado sem sinais. Santo Agostinho, no entanto, demonstra que é possível, sem a ajuda de signos, demonstrar algumas atividades se no momento em que as fazemos somos interrogados a seu respeito, tal como o ato de caminhar:

"Se, porém, eu te perguntasse o que é caminhar e tu te levantasses e fizesses aquela ação, não usarias da própria coisa para ensinar-me isto, em vez de palavras ou de outros sinais?"¹¹.

Este exemplo, que demonstra a possibilidade de um ensinamento sem signos possibilita a Santo Agostinho concluir que, se existem coisas que podem ser ensinadas sem sinais, é falsa a afirmação de que não existe nada que se possa mostrar ou ensinar sem palavras:

"Com efeito, se me for apresentado um sinal e eu me encontrar na condição de não saber de que coisa é sinal, este nada poderá ensinar-me; se, ao contrário, já sei de que é sinal, que aprendo por meio dele?"¹²

Santo Agostinho demonstra essa tese segundo o raciocínio pelo qual, na palavra falada (o exemplo que dá é a palavra "cabeça" [caput]) é necessário distinguir o som (sonus) e a significação (significatio), pois escutando somente o som é impossível discernir o seu significado se aquele que a ouve não já conhecesse a coisa significada, isto é a coisa a que a palavra se refere:

"Portanto, mais através do conhecimento da coisa se aprende o sinal do que se aprende a coisa depois de ter o sinal.

*.....
E disto maximamente procurarei convencer-te, se puder: que não aprendemos nada por meio desses sinais que chamamos palavras: antes, como já disse, aprendemos o valor da palavra, ou seja, o significado que está escondido no som através do conhecimento ou da própria percepção da coisa significada; mas não a própria coisa através do significado".¹³*

Ou ainda:

"Só depois de conhecer as coisas se consegue, portanto, o conhecimento completo das palavras; ao contrário, ouvindo somente as palavras, não aprendemos nem sequer estas. (...) Ao serem proferidas palavras, é perfeitamente razoável que se diga que nós sabemos ou não sabemos o que significam; se o sabemos, não foram elas que no-lo ensinaram, apenas o recordaram; se não o sabemos, nem sequer o recordam, mas talvez nos incitem a procurá-lo."¹⁴

Tais reflexões levam Santo Agostinho a afirmar que o verdadeiro conhecimento, embora mediado pelas palavras, é essencialmente interior¹⁵, seja fruto da percepção sensível ou resultado de uma atividade do espírito: aquilo que os sentidos não alcançam, deve ser compreendido pela fé na palavra de quem transmite, pois se Isaias (Is, 7, 9) disse "Nisi crederitis, non intelligetis"¹⁶ ele certamente julgou necessário fazer essa diferença¹⁷. Assim:

"No que diz respeito a todas as coisas que compreendemos, não consultamos a voz de quem fala, a qual soa por fora, mas a verdade que dentro de nós preside à própria mente, incitados talvez pelas palavras a consultá-la. Quem é consultado, ensina verdadeiramente, e este é Cristo, que habita, como foi dito, no homem interior, isto é, a virtude incomutável de Deus e a sempiterna Sabedoria, que toda alma racional consulta, mas que se revela a cada um quanto é permitido pela sua própria boa ou má vontade. E se às vezes há enganos, isto não acontece

por erro da verdade consultada, como não é por erro da luz externa que os olhos, volta e meia, se enganam: luz que confessamos consultar a respeito das coisas sensíveis, para que no-las mostre na proporção em que nos é permitido distingui-las".¹⁸

A partir desta passagem, Santo Agostinho efetua a distinção entre as coisas "sensíveis" ou "carneais" - perceptíveis pelos sentidos do corpo - e "inteligíveis" ou "espirituais" - perceptíveis pela mente, isto é, através do intelecto e da razão. Para as coisas sensíveis, é suficiente a intuição pessoal, pois é extremamente útil e necessário ao ser humano crer nos relatos dos outros, quando relativos às coisas que ele não conhece; quando se trata, porém, das coisas espirituais, a verdade habita no homem interior, na luz Divina interior, fonte de toda a sabedoria eterna¹⁹.

É possível detectar, aqui, uma gradação nos níveis de conhecimento, que revela nítido fundamento platônico, muito embora influenciada e estruturada de acordo com seu paradigma teológico.

O nível mais baixo do conhecimento é aquele relativo às sensações físicas, comuns aos homens (razão inferior) e aos animais; o nível mais alto, por sua vez, característica apenas e tão somente aos homens, é a contemplação das coisas eternas e imutáveis pelo intelecto, sem intervenção das sensações (razão superior). No que se refere aos homens, a ciência nada mais é do que o conhecimento racional das coisas temporais e a sabedoria o conhecimento intelectual das realidades eternas; apenas esta última constitui, no Homem, a Imago Dei.²⁰

Há, no entanto, um grau intermediário, que pertence apenas aos homens, porque racional e ocorre quando a mente emite juízos acerca das realidades corporais segundo razões incorpóreas e eternas, vale dizer, segundo modelos eternos, os quais a mente humana reconhece como imutáveis.²¹

É nesse momento que Santo Agostinho refuta a doutrina platônica da reminiscência e introduz um componente teológico - a teoria da iluminação²² -, para justificar a distinção entre sabedoria e ciência e o relevante papel que atribui à memória:

"Assim, é preferível acreditar que a natureza da alma intelectual foi criada de tal modo que, aplicada ao inteligível segundo sua natureza e tendo assim disposto o Criador, possa ver esses conhecimentos em certa luz incorpórea de sua própria natureza".²³

Se o conhecimento de todas as coisas, sensíveis ou inteligíveis, se dá pelos sentidos ou pela auto-contemplação, as palavras nada podem

ensinar, mas somente proporcionar a alguém a possibilidade de exercitar a memória ou torná-lo apto para enxergar a Verdade Divina que habita em seu próprio interior²⁴. Daí porque, como bem afirmam Boehner & Gilson²⁵, a teoria do conhecimento, na filosofia agostiniana, é inseparável da prova da existência de Deus, vez que, tanto uma como outra, terminam por conduzir o homem a Ele.

2. LINGUAGEM E HERMENÊUTICA EM DE DOCTRINA CHRISTIANA E DE TRINITATE.

2.1. BREVE INTRODUÇÃO.

Logo no início da obra dedicada à doutrina cristã (*De Doctrina Christiana*, escrito por volta de 389), onde se encontra sistematizada sua teoria da interpretação da Bíblia Sagrada, Santo Agostinho assim se pronuncia:

*"A respeito da interpretação das Escrituras existem certas normas que me parecem poder ser ensinadas com proveito aos que se dedicam a esse estudo. Assim, poderão eles progredir não apenas lendo as obras de outros que esclareceram as obscuridades dos Livros santos, mas ainda progredir, com os esclarecimentos que eles próprios poderão dar a outros. Proponho-me comunicar essas normas aos que desejam e são capazes de aprendê-las..."*²⁶

Após sua conversão ao catolicismo, Santo Agostinho rejeitou as posições maniqueístas que até então aceitava. Não mais considerava coerentes as propostas de se interpretar as Escrituras por sua estrita literalidade e de ver a verdade nelas contida apenas pela razão, sem qualquer crença na fé²⁷.

Uma vez rompido com tais doutrinas e convertido à fé cristã, propôs-se alcançar pela fé a inteligência dos ensinamentos contidos nas Sagradas Escrituras: se o homem não caminhar pela fé, jamais poderá chegar a compreender o verdadeiro sentido das Escrituras.

Com fundamento nesse novo postulado, a fé desempenha, em Santo Agostinho, uma dupla função: conduzir a razão à inteligência e purificar o coração do Homem, levando-o à caridade²⁸:

"Ergo, quoniam intellectus in specie sempiterna est, fides vero in rerum temporalium quibusdam cunabulis quasi lacte alit parvulos; nunc autem per fidem ambulamus, non per speciem; nisi autem per fidem ambulaverimus, ad speciem pervenire non poterimus, quae non transit, sed permanet, per intellectum

purgatum nobis cohaerentibus veritati: propterea ille ait, Nisi crederitis, non permanebitis; ille vero, Nisi crederitis, non intelligetis".

Etienne Gilson²⁹ dá conta desse novo modo de pensar:

"Há que se aceitar pela fé as verdades que Deus revela, se se quiser adquirir em seguida alguma inteligência delas, que será a inteligência do conteúdo da fé acessível ao homem neste mundo. Um texto célebre do Sermão 43 resume essa dupla atividade da razão numa fórmula perfeita: compreende para crer, crê para compreender (intellige ut credas, crede ut intelligas). Santo Anselmo exprimirá mais tarde essa doutrina numa fórmula que não é de Agostinho, mas que expressa fielmente o seu pensamento: a fé em busca da inteligência, fides quaerens intellectum".

Após seus contatos com Santo Ambrósio, que repetia a máxima paulina segundo a qual *"Littera enim occidit, Spiritus autem vivificat"*³⁰ (2 Cor 3,6)³¹, passou a sustentar que o método alegórico era a chave para a interpretação bíblica; considerou que as Sagradas Escrituras apresentavam uma natureza selada e misteriosa, e que somente através da solução metafórica de seus mistérios é que as pessoas poderiam exercitar-se na busca e deleitar-se na descoberta³².

No entanto, a preferência inicial pelo sentido alegórico da Bíblia seria substituída ao longo dos anos pela *tendência a realizar a exegese cada vez mais de acordo com o sentido literal*, como é possível observar em vários ensaios que Agostinho escreveu sobre o Livro do Gênesis³³.

Em função de sua inquietude de espírito, o novo convertido sentia ainda uma grande necessidade de métodos e critérios seguros onde pudesse se apoiar e passou incessantemente a defender a interpretação da Bíblia pela própria Bíblia - dada a sua autoridade de *Regula Christianitatis* -, voltando à tendência de interpretá-la em sua literalidade, mas desta feita alicerçado num critério de fé, bem como na autoridade dos Livros Sagrados e da própria Igreja³⁴:

*"Se existe alguém que interprete as Sagradas Escrituras ao pé da letra, sem ver-se obrigado a dizer blasfêmias ou heresias, esse tal é aquele que melhor a compreende".*³⁵

2.2. O SIGNO E O SIGNIFICADO

Retomando os ensinamentos contidos no diálogo sobre o Mestre, Santo Agostinho continua a entender que todo signo está sempre em lugar

de algo e aquilo que denota o signo é precisamente o seu significado:

*"Toda doutrina reduz-se ao ensinamento das coisas e dos sinais. Mas as coisas são conhecidas por meio dos sinais. Portanto, acabo de denominar coisas a tudo o que não está empregado para significar algum outro objeto... (...) Existem sinais, mas de outro gênero, cujo emprego se limita unicamente a significar algo, como é o caso das palavras (verba). Ninguém emprega as palavras a não ser para significar alguma coisa com elas. Daí se deduz que denomino sinais a tudo o que se emprega para significar alguma coisa além de si mesmo".*³⁶

Dessa definição, exsurge outra, segundo a qual o signo é toda coisa que, além da impressão que produz em nossos sentidos, faz com que nos venha ao pensamento outra idéia distinta:

*"Signum est enim res, praeter speciem quam ingerit sensibus, aliud aliquid ex se faciens in cogitationem venire".*³⁷

Santo Agostinho, partindo dessas premissas, mostra que os signos podem ser naturais - quando, sem desejo de significação, dão a conhecer, por si próprios, alguma outra coisa do que são em si, como, p.ex., a fumaça em relação ao fogo - e convencionais, vale dizer, aqueles que os seres humanos utilizam para manifestar os movimentos de sua alma (as sensações e os pensamentos), de forma que não há nenhuma outra razão para emitir estes signos (significar) a não ser expor e comunicar ao espírito dos outros aquilo que se tinha em si próprio ao emitir o sinal³⁸.

Será sobre esta classe de signos que o Bispo de Hipona dedicará suas atenções, pois os sinais que nos foram comunicados por Deus e que se encontram nas Sagradas Escrituras, foram-nos comunicados pelos homens que as escreveram: *"quia et signa divinitus data, quae in Scripturis sanctis continentur, per homines nobis indicata sunt, qui ea conscripserunt"*.

Toda a teoria hermenêutica agostiniana é voltada, como se percebeu, para a busca da correta e segura interpretação do conteúdo intelectual existente nas Sagradas Escrituras. Era natural, portanto, que ele desse especial atenção ao problema do significado das palavras nelas contidas, ressaltando o papel da letra escrita em sua teoria do signo.

Se as palavras ocupam, dentre os homens, o principal lugar para a expressão de qualquer pensamento sempre que alguém quer manifestá-lo, as letras escritas nada mais significam do que signos das palavras - signos de signos -, que os homens criaram para que pudessem torná-las signos fixos e permanentes:

"Verba enim prosurs inter homines obtinuerunt principatum significandi quaecumque animo concipiuntur, si ea quisque proderere velit.

*Sed, quia verberato acre statim transeunt, nem diutius manent quam sonant, instituta sunt per literas signa verborum."*³⁹

No Tratado sobre a Santíssima Trindade (*De Trinitate*)⁴⁰, Santo Agostinho considera que quando dirigimos a palavra aos outros, acrescentamos a nosso verbo interior o ministério da voz ou algum outro signo sensível, a fim de produzir na alma daquele que escuta, por meio de uma lembrança material, algo muito semelhante ao que na alma do interlocutor permanece.

Isso significa que a palavra, como signo, não se encontra imediatamente no lugar do pensamento, mas representa o signo de nosso "verbo interior", pois ninguém deseja fazer algo sem que antes tenha falado ao seu próprio coração. Como consequência, o nosso pensamento ocupa um lugar que é anterior ao signo, pois *"nosso verbo se faz palavra vestindo-se de som, não convertendo-se nele"*⁴¹; sendo assim, a "palavra interior" é uma linguagem universal, anterior a todos os signos que, em qualquer idioma, a representam⁴².

2.3. DISPOSIÇÕES ESPIRITUAIS E REGRAS PRÁTICAS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS SAGRADAS ESCRITURAS

É nas palavras do próprio Santo Agostinho onde pode ser encontrada uma perfeita síntese de sua hermenêutica:

*"O homem temente a Deus procura diligentemente a vontade Divina nas Santas Escrituras. Pacificado pela piedade, que não ame as controvérsias. Munido do conhecimento das línguas, que não se veja embaraçado por palavras e expressões desconhecidas. Provido de certos conhecimentos necessários, que saiba identificar a natureza e as propriedades das coisas quando empregadas a título de comparação. Finalmente, apoiado na exatidão do texto obtido por trabalho consciencioso de correção, que ele, assim preparado, possa dissipar e resolver as ambigüidades das Escrituras".*⁴³

No Capítulo 7 do Livro II do *De Doctrina Christiana*, Santo Agostinho descreve o que ele denomina "graus na ascensão espiritual" para que se possa interpretar as Sagradas Escrituras.

O temor a Deus torna o homem convertido e voltado para

conhecer-lhe a verdade, para saber o que ele nos ordena buscar ou rejeitar. Em seguida, é necessário que o homem, já convertido, se torne manso pela piedade, para que aceite toda a verdade revelada e não contradiga a autoridade da Escritura.

Após convertido e manso pela piedade, o intérprete chega ao grau da ciência que a caridade lhe ensina, isto é, verá que as Escrituras o ensinam o dever fundamental de amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo por amor a Deus.

Deverá ainda reforçar estas virtudes pela força, pelo conselho da misericórdia, pela pureza total do coração e, enfim, pela sabedoria, para que possa obter o pleno desenvolvimento de sua empreitada⁴⁴.

Uma vez fixadas as diretivas espirituais, Santo Agostinho trata de estabelecer as regras para o estudo das escrituras. Em suas próprias palavras:

"Em todos esses livros da Sagrada Escritura, os homens tementes a Deus e apaziguados pela piedade, buscam a vontade de Deus.

A primeira observação a ser feita quanto a essa busca e empresa é, como já dissemos, tomar conhecimento dos Livros Santos. Se, a princípio, não se conseguir apreender o sentido todo, pelo menos fazer a leitura e confiar à memória as santas palavras. De toda forma, nunca ignorar por completo os Livros Sagrados. Em seguida, se há de verificar com grande cuidado e diligência os preceitos morais e as regras de fé que a Escritura propõe com clareza. Serão encontrados tão mais abundantemente, quanto maior for a abertura do entendimento de quem busca, visto que nas passagens que a Escritura oferece com clareza encontram-se todos os preceitos referentes à fé e aos costumes, à esperança e à caridade, sobre os quais tratamos no primeiro livro.

Tendo então adquirido certa familiaridade com a linguagem das Divinas Escrituras, devemos prosseguir examinando as passagens obscuras em vista de as esclarecer e explicar. Chega-se lá tomando exemplos de textos mais claros. Assim, o testemunho das sentenças de sentido certo fará desaparecer a dúvida das sentenças de sentido incerto.

Em todo esse trabalho, a memória é de grande valor, pois, se ela faltar, não serão os preceitos que a poderão despertar".⁴⁵

Dessas considerações, podem ser extraídos os seguintes princípios:

- a) as Escrituras possuem preceitos éticos, que norteiam a conduta terrena;
- b) o intérprete deve privilegiar, antes de tudo, a literalidade do Texto; c) o

intérprete deve ater-se primeiramente às passagens cujo sentido não padece de dúvidas e d) quanto às passagens obscuras, ele deve esclarecê-las à luz das passagens de cujo sentido tem certeza.

Note-se que essa necessidade de se proceder a uma *interpretação sistemática* da Sagrada Escritura - aclara-se as passagens de sentido obscuro por meio daquelas passagens cujo sentido é certo⁴⁶ é fruto, talvez, da intuição agostiniana da relação entre as partes e o todo, no *De Trinitate*⁴⁷:

"A parte tem relação com o todo; porque toda parte é parte de algum todo e o todo só o é com todas as suas partes. Todavia, como a parte e o todo são corpos, possuem não somente um valor relativo, mas também substancial".

Quando as ambigüidades das Sagradas Escrituras não puderem ser solucionadas pelo entendimento do próprio intérprete, proclama o Bispo de Hipona a necessidade de se recorrer à *Tradição*, transmitida pelas diversas revelações apostólicas revestidas de caráter universal, bem como à *autoridade da Igreja*, a qual resolve todas e quaisquer contradições através de seus concílios⁴⁸. Essa, a denominada *Regula fidei*.

2.4. A VERDADE E AS SAGRADAS ESCRITURAS

Santo Agostinho parte do princípio de que o conhecimento humano deve se dirigir às realidades eternas e imutáveis e, quando a alma se depara com objetos desta natureza, encontra a verdade. Sua epistemologia, à semelhança do platonismo e do neo-platonismo, mas com as peculiaridades que lhe são próprias, é uma teoria do ser.

Dessa forma, apenas Deus, porque necessário, imutável e eterno, é Verdadeiro. Ele é o próprio ser (*ipsum esse*), porque disse a Moisés "Ego sum qui sum" (Ex., 3,14) quando quis se fazer conhecer aos homens. Além disso, É verdadeiramente porque É sempre da mesma maneira⁴⁹.

Finalmente, não sendo os objetos sensíveis que podem fornecer ao homem a verdade sobre as coisas, porque mutáveis, contingentes e passageiros, apenas o conhecimento intelectual de algo que transcende a razão e que lhe é ao mesmo tempo necessário, pode fornecê-la. Assim, a verdade excede e transcende o próprio homem. É algo eterno, imutável, necessário e puramente inteligível: Deus⁵⁰.

Santo Agostinho, pois, não cansava de afirmar que "tudo o que é verdadeiro procede daquele que disse: 'Eu sou a verdade'"⁵¹ e que "onde eu encontrei a verdade, aí encontrei o meu Deus, que é a própria verdade"⁵². Além disso, todas as suas concepções ontoteológicas se transmitem para as Sagradas Escrituras, o *Verbum Dei*: "Senhor, por acaso não será verdadeira a tua escritura, ditada que foi por Ti, que és verdadeiro, ou melhor, que és a

*própria verdade?*⁵³.

Corolário de tais postulados é o entendimento agostiniano da importância e autoridade das Sagradas Escrituras, onde está contida toda a manifestação da Palavra Divina através da escrita. Por conter todo o Verbo divino, jamais a compreenderá quem dela não extrair um ensinamento de caridade para com Deus ou o próximo⁵⁴.

Tudo isso leva à conclusão de que *"todo aquele que nas Escrituras entender de modo diferente ao do autor sagrado engana-se em meio mesmo da verdade, visto que as Escrituras não mentem"*; daí a necessidade da fé, que fortalece a esperança e a caridade, sem as quais não há qualquer possibilidade do conhecimento da Palavra Divina: *"Ora, a fé cambaleará se a autoridade das Escrituras vacilar"*⁵⁵.

2.5. A AUTORIDADE DO TEXTO SAGRADO. DA ALEGORIA À LITERALIDADE

O significado é, na teoria agostiniana, aquilo que o signo ocupa o lugar, ou seja, aquilo que denota o signo ou, mais precisamente, aquilo que faz vir ao pensamento o signo. A influência dessa concepção em seus postulados hermenêuticos é considerável: *há íntima conexão entre o significado das palavras contidas nas Sagradas Escrituras e a vontade Divina*.

Ora, a palavra de Deus contida na Bíblia, embora tenha sido escrita numa só língua - o que lhe permitia propagar-se por todo o mundo -, foi amplamente divulgada, em virtude do episódio bíblico da torre de Babel, numa diversidade de línguas, conforme a multiplicidade de seus intérpretes.

Dessa forma, para corrigir qualquer possibilidade de equívoco, todos aqueles que a lêem *não podem desejar encontrar nela mais do que o pensamento e vontade dos que a escreveram e, desse modo, chegar a conhecer a vontade de Deus, segundo a qual crêem que esses homens compuseram:*

*"quam legentes nihil aliud appetunt quam cogitationes voluntatemque illorum a quibus conscripta est, invenire, et per illas voluntatem Dei, secundum quam tales hominis locutos credimus"*⁵⁶.

É interessante destacar que Santo Agostinho, por privilegiar a memória, nunca duvidava daquilo que ouvia falar, isto é, do testemunho alheio, muito embora nunca tenha visto as imagens sobre as quais lhe tenham falado⁵⁷:

*"Todos nós que lemos, sem dúvida nos esforçamos para averiguar e compreender o que quis dizer o autor que lemos e, quando o cremos verdadeiro, não nos atrevemos a afirmar que ele tenha dito alguma coisa que entendamos ou creiamos que seja falso"*⁵⁸.

Ocorre a mesma coisa, afirma ainda, quando alguém se esforça para entender nas Sagradas Escrituras aquilo que pretende dizer nelas o escritor⁵⁹. Agostinho tratou de imprimir autoridade às palavras contidas nas Sagradas Escrituras e, conseqüentemente, à interpretação que delas se faz - de fato, esta exegese se encontra profundamente ligada ao seu conteúdo (= Palavra Divina) em virtude da conexão significado-pensamento acima posta em destaque.

O papel desempenhado pela fé (*fides*) se revela como de grande importância neste particular, pois, como se viu no *De Magistro*, ela não é somente útil, mas necessária à incessante busca da perfeição do conhecimento humano, por si só deficiente⁶⁰.

Se autoridade (*auctoritas*) é a qualidade do *Auctor* - daquele que cria, o Criador -, surge clara a necessidade de pressupor o "crer" como vontade que se agrega à razão (*ratio*) mediante a fé (*fides*). Através desse ponto de vista a *auctoritas* se torna completa no devenir histórico do Homem e da Revelação Divina⁶¹.

Se o verdadeiro conhecimento não se torna completo somente por meio de uma *ratio autônoma*, mas requer um percurso lado a lado com a *fides* até a luz interior, a ausência de fé implicaria uma total irracionalidade, porque o Homem partilha interiormente da Verdade Divina através da razão superior contida na Alma (*Imago Dei*)⁶²: a autoridade se fundamenta na fé e, ao mesmo tempo, conduz o Homem à inteligência.

Assim, em virtude desta concepção de *auctoritas*, o Bispo de Hipona construiu um vetor, um ponto de partida ou um ponto axial supremo e transcendente - a vontade de Deus -, com base no qual seriam solucionados todos os problemas seculares.

Esta vontade Divina, como se pode perceber, é dotada de um sentido objetivo capaz de corrigir a literalidade imediatamente perceptível e os possíveis defeitos que possam ser encontrados na sua expressão por meio dos signos contidos nas palavras escritas:

*"O tradutor engana-se também, a maior parte das vezes, pela ambigüidade do texto original. Por não conhecer bem uma expressão, ele a traduz, dando-lhe sentido inteiramente estranho ao que foi desejado pelo autor. (...) Na verdade, tais traduções não são obscuras, mas falsas, e com elas se há de manter esta outra atitude: não prescrever que tais códigos sejam explicados, mas sim corrigidos"*⁶³.
"Acontece que não se vê qual seja o sentido de uma mesma passagem quando muitos autores intentam interpretar conforme a própria capacidade e discernimento. Seria preciso cotejar com o próprio original a sentença traduzida por eles, pois muitas vezes se o tradutor não é muito douto,

*afasta-se do sentido original do autor. Portanto, para se conhecer o sentido exato é preciso recorrer às línguas de onde foi traduzido para o latim. Ou então consultar as versões dos que se prenderam mais à letra. Não porque essas versões sejam suficientes, mas porque mediante elas descobrir-se-á a verdade ou o erro da versão de outros que, ao traduzir, preferiam seguir o sentido figurado a ater-se à tradução literal*⁶⁴.

Tais premissas conduzem à conclusão de que a existência de um Texto dotado de autoridade e transcendência, onde suas palavras são, ao mesmo tempo, eixo centralizador e verdade definitiva, requer um postulado hermenêutico no qual *esteja pressuposto um significado unívoco das expressões simbólicas nele contidas*⁶⁵.

O postulado da autoridade, no sistema agostiniano, possui a função de preparar o intelecto para a manifestação da luz interior da Verdade, que a mera razão pura não poderia atingir apenas com suas forças.⁶⁶ Dessa forma, muito embora Santo Agostinho ainda leve em consideração os sentidos alegóricos⁶⁷, *a exigência de fidelidade ao Texto Sagrado estaria destinada, gradativamente, a impossibilitar qualquer interpretação alegórica na busca de uma verdade absoluta e segura*⁶⁸.

Esta autoridade simbólica, ou seja, a premissa inafastável de que *existe uma vontade racional, única e coerente por detrás da expressão literal do Texto* deve ser considerada como um principal fundamento da hermenêutica teológica construída por Santo Agostinho. Apenas quando uma interpretação se adequa àquela vontade, poderá ser havida como autorizada e possuidora de uma verdade dogmática.

Intérprete autorizado do Texto Sagrado, portanto, será *todo aquele que reproduz, sem contestar, a verdade do pensamento contido em sua expressão escrita, de tal maneira que a autoridade do texto transmitir-se-á para o trabalho daquele que o interpreta*⁶⁹.

Em Santo Agostinho⁷⁰, a situação histórica na qual o intérprete se encontra inserido, em confronto com a tradição que o antecede, prepara e justifica o recurso ao argumento de autoridade: a auctoritas das Sagradas Escrituras e do pensamento dos hagiógrafos surge como *necessária*, inclusive em função do respeito devido (a *fides*, o *credere*) às maneiras correntes de sentir, dizer e narrar vigentes na época em que viveram estes últimos⁷¹:

"Eis porque a restauração que em sua bondade inefável a Divina Providência propõe à alma é também mui bela em seus graus e ordem. Deus emprega dois meios: a autoridade e a razão. A autoridade exige a fé e prepara o homem para a reflexão. A razão conduz à compreensão e ao

conhecimento. A autoridade, porém, jamais caminha totalmente desprovida da razão, ao considerar Aquele em quem se deve crer. Certamente, a suma autoridade será a verdade conhecida com evidência"⁷².

3. A MULTIPLICIDADE DE SENTIDOS ATRIBUÍDOS PELO INTÉRPRETE

A interpretação para Santo Agostinho consiste na clarificação, explanação e busca do *exato sentido da eloquentia* de que Deus se utilizou para exprimir os fatos históricos da Revelação (*facta*) e as palavras (*verba*) contidas nas Sagradas Escrituras.

Tanto a intenção como a mensagem contidas na Bíblia devem ser trazidas para junto de todos os cristãos (*credentes*) e, ao mesmo tempo, ajudá-los no caminho para a sua compreensão (*intelligere*)⁷³. Assim, o princípio básico da hermenêutica agostiniana se encontra no Livro I (36, 40) do *De Doctrina Christiana*:

"Se alguém julga ter entendido as Escrituras Divinas ou partes delas, mas se com esse entendimento não edifica a dupla caridade - a de Deus e a do próximo - é preciso reconhecer que nada entendeu".

Um dos temas que mais polêmica suscita perante todos aqueles que se dedicam à hermenêutica de Santo Agostinho refere-se precisamente à sua teoria acerca da pluralidade de sentidos das Sagradas Escrituras: *tudo o que um leitor pode ou deseja compreender de piedoso e verdadeiro ao ler a Bíblia, ainda que o autor sagrado não tivesse pensado nisso, seria o sentido desejado pelo Espírito Santo, que previu essa futura interpretação*⁷⁴.

Um dos pontos fundamentais da epistemologia agostiniana é aquele segundo o qual embora o homem seja mutável e temporal, a razão percebe, quando voltada para o seu interior, as normas eternas e imutáveis da Verdade.

Relacionada com o Texto das Sagradas Escrituras, essa concepção faz com que a sua especial qualidade, ao serem lidas e interpretadas, resida no fato de que, *por mais que o autor tenha bem expressado suas palavras, coexiste, sempre e em qualquer lugar, uma mensagem Divina mais profunda do que a literalidade textual: a caridade (caritas)*. O que importa, neste particular, é a atividade humana, no campo da praxis, voltada para sua descoberta, pois esse é o objetivo de toda interpretação.⁷⁵

Esse peculiar modo de entender a Bíblia faz com que o intérprete deva partir de um pressuposto fundamental: Deus se dirige ao espírito de cada um através das Sagradas Escrituras e, levando em conta que toda a sua obra foi e sempre será boa⁷⁶, possuir uma correta opinião sobre o sentido

de uma passagem obscura é algo bom, mas irrelevante; contudo, ter uma correta opinião sobre a necessidade dos princípios da caridade (caritas) e de com eles pautar ou reformar a conduta pessoal não é somente algo bom, mas a única coisa que delas se deve esperar: para Agostinho *as interpretações realizadas pelos cristãos não devem ser julgadas por padrões de objetividade existentes no mundo terreno, mas pelo modelo absoluto contido na ordem espiritual, onde reside a verdadeira inteligência.*

O que conta, pois, na prática, é o resultado: se uma interpretação alcança a caritas e, ao mesmo tempo, ataca a cupiditas, ela é uma boa interpretação. Assim, *contanto que a atividade do intérprete se destine a essa finalidade e esteja de acordo com a Regula fidei*, a conformidade com os padrões humanos de certeza ou verdade é irrelevante.⁷⁷

É perfeitamente natural, portanto, que coexistam, lado a lado, uma grande variedade de interpretações sem que haja qualquer prejuízo, desde que sejam respeitados estes princípios hermenêuticos fundamentais. Conformidade com a caritas significa conformidade com a Verdade Divina, pois autoridade da *regula fidei* faz com que a crença da comunidade cristã em seus postulados seja o único e adequado guia prático e espiritual.⁷⁸

Tais princípios levam Santo Agostinho a reconhecer como dotadas de uma objetividade intrínseca as múltiplas interpretações subjetivas do intérprete, pois o que importa, acima de tudo, é o comportamento do fiel que lê e interpreta as Sagradas Escrituras à luz dos princípios básicos da doutrina cristã. Se ele tira proveito desse procedimento para sua vida prática, o método é de pouca ou nenhuma importância:

"Quando das mesmas palavras da Escritura são tirados não somente um, mas dois ou vários sentidos - ainda que não se descubra qual foi o sentido que o autor tinha em vista - não há perigo de se adotar qualquer um deles. Sob a condição, porém, de se poder mostrar, através de outras passagens das santas Escrituras, que tal sentido combina com a Verdade.

Todavia, quem escruta os divinos oráculos (Divina eloquia) deve esforçar-se por chegar ao pensamento do autor, por cujo intermédio o Espírito Santo redigiu a Escritura. Quer ele consiga isso, quer tire daquelas palavras um sentido diferente, mas não incompatível com a pureza da fé (fidei rectae), que ele tenha como testemunha qualquer outra passagem dos divinos oráculos.

Pode bem ser, aliás, que o autor das palavras que pretendemos esclarecer tenha tido o mesmo pensamento que nós encontramos. Por certo, o Espírito Santo, do qual o autor é instrumento, previu que esse pensamento se apresentaria, por se achar fundado na mesma verdade. De fato, poderia haver

prova maior e mais rica da Providência Divina do que fazer com que as mesmas palavras sejam entendidas de modo distinto? Modos esses confirmados por outras passagens não menos Divinas, num testemunho concorde da Escritura".⁷⁹ Também nas Confissões, Santo Agostinho adota idêntica forma de pensar, quando se refere à possibilidade de coexistirem várias interpretações e, portanto, opiniões diversas sobre o Livro do Gênesis:

"Ouidas e consideradas todas estas teorias, quero evitar questões de palavras que para nada aproveitam, senão para confusão dos ouvintes. Porém, a Lei é boa para edificação, se se usa legitimamente, porque a Lei tem por fim a caridade nascida dum coração puro, duma consciência reta e duma fé não fingida. Nem se devem esquecer os dois preceitos em que o nosso Mestre resumia toda a lei e os profetas.

Ora, se eu confesso ardentemente esses preceitos, ó meu Deus, Luz dos meus olhos na escuridão, que me interessa que se dêem sentidos diferentes àquelas palavras, se todos são verdadeiros? Sim que me interessa que outro tenha uma opinião diferente da minha, se julga ser esse o verdadeiro pensamento do Escritor?

Nós todos os que o lemos esforça-mo-nos por indagar e compreender o pensamento do autor. Quando o temos por verídico, não ousamos imputar-lhe, como dito por ele, nada do que sabemos ou julgamos ser falso.

Contanto que cada um se esforce por interpretar bem as passagens da Sagrada Escritura conforme a idéia daquele que as escreveu, que mal há em interpretá-las noutra sentido, se Vós, ó Luz de todas as mentes sinceras, lho mostrais como verdadeiro?

Que mal há nisso, se o autor que lemos só teve em vista a verdade, apesar de não ter dado ao texto este segundo sentido?"⁸⁰

A questão, realmente, é delicada. Segundo o pensamento de Ir. Nair Oliveira⁸¹, Santo Agostinho admite, de fato, que um intérprete suficientemente instruído possa adotar diversas interpretações - todas igualmente legítimas - se não forem contrárias ao ensinamento da Igreja, no que diz respeito à moral e à fé.

Quando o sentido literal do texto se apresenta sem obscuridades, o problema não se coloca, dado que o leitor, embora livre, é limitado pelo próprio texto. No entanto, a partir do momento em que se passa do sentido literal

para a espiritual, a liberdade do intérprete é bem maior, pois um mesmo texto pode vir a ter diversas interpretações alegóricas.

Assim - continua a autora -, se o intérprete atingir a meta cristã segundo os preceitos contidos na *regula fidei*, os possíveis enganos acerca do sentido desejado pelo autor sagrado não seriam perigosos, desde que seu trabalho se destine a edificar a caridade.

Sob o ponto de vista agostiniano, "o intérprete esforçar-se-á para descobrir o sentido desejado pelo autor. Se não o conseguir, proporá um sentido que esteja de acordo com alguma outra passagem das Escrituras", pois "o Espírito Santo - principal autor da Escritura - previu e quis a pluralidade dos possíveis sentidos que mais tarde seriam percebidos".⁸²

Na mesma linha de raciocínio, Pe. Lope Cilleruelo⁸³ deixa claro que os Padres da Igreja que antecederam a Santo Agostinho já haviam admitido a multiplicidade de sentidos nas Escrituras; o que lhe foi peculiar foi ter atribuído também ao hagiógrafo, e não só a Deus, esta multiplicidade de sentidos. Ao colocar a questão dessa maneira, pretende que qualquer dúvida ou obscuridade do Texto Sagrado desapareça, vez que não se trata de um propósito de Deus demonstrado nas Escrituras, mas sim de uma consolação para todos aqueles que possuem dúvidas, ou delas não podem sair, e não podem alcançar a caridade.

Dessa maneira, ainda nas palavras de Cilleruelo, "Santo Agostinho se limita a dizer: *posto que ninguém consegue fornecer um sentido hermeneuticamente certo, deixai a cada um que diga o que queira, contanto que diga uma verdade*".⁸⁴

Todos esses postulados já haviam sido lançados nas Confissões. No capítulo XII, Santo Agostinho nota que duas espécies de questões se podem originar, "quando uma coisa é enunciada por intérpretes fidedignos": uma coisa é averiguar o conteúdo de veracidade das afirmações, em si mesmas consideradas e outra é saber se os próprios intérpretes estão em desacordo com a intenção daquele que as enuncia. Em seguida, propõe uma solução conciliatória, não sem antes repelir as interpretações que se afastam da Verdade.⁸⁵

"Possa eu associar-me e deliciar-me em Vós, Senhor, com aqueles que se alimentam com a vossa Verdade, na amplidão da Caridade. Aproximemo-nos simultaneamente das palavras do vosso Livro, procurando nelas o sentido genuíno do vosso Pensamento, segundo a intenção do vosso servo, por cuja pena as revelastes".

Ora - continua Santo Agostinho -, se dentre tantas opiniões igualmente verdadeiras através das quais os leitores compreendem, de uma forma ou de outra, as Escrituras, quem poderá afirmar com segurança haver encontrado o único significado possível do pensamento e das narrações de Moisés, quando é sabido que, ao proferir suas palavras, adotou tantos

sentidos quantos tenham sido possíveis, porque não se deve duvidar "de que ele tenha conhecido a verdade e de que a enunciou de um modo adequado".⁸⁶

A conclusão agostiniana, neste particular, ressaí como um resultado lógico de suas premissas:

"Assim, quando alguém disser: 'Moisés entendeu isto como eu' e outrem replicar: 'Pelo contrário, pensou como eu', julgo que se dirá com mais piedade: 'Por que não quis ele antes expressar uma e outra coisa, se ambas são verdadeiras?' Se alguém encontrar um terceiro e um quarto ou mais sentidos verdadeiros, por que não acreditaremos que todas estas interpretações as viu Moisés, por meio do qual o Único Deus acomodou a Escritura Sagrada à inteligência de muitos que haviam de descobrir nela coisas diferentes?"⁸⁷.

4. A HERMENÊUTICA KELSENIANA

A hermenêutica kelseniana gira em torno do problema básico da produção da norma individual dentro de um quadro de múltiplas possibilidades extraídas com base na norma geral.⁸⁸ Diante dessa perspectiva, ela não pode ser examinada sem que se faça, previamente, uma breve exposição de dois pontos cardiais de sua teoria, como forma de colocar o problema: a) a teoria da estrutura escalonada ou piramidal do ordenamento jurídico (*Stufenbaulehre*) e b) as relações existentes entre a validade (*Geltung*) e a eficácia (*Wirksamkeit*) de uma norma jurídica.

O desenvolvimento da "Teoria Pura do Direito" pode, segundo a análise de Stanley L. Paulson, ser desmembrado em cinco fases. Em primeiro lugar, um período inicial, que corresponde aos seus primeiros escritos e à primeira edição dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas Fundamentais da Teoria Jurídica do Estado - 1911), onde é possível vislumbrar os seus debates com os teóricos do Direito Público alemão (Gerber, Laband, Jellinek).

Já numa segunda fase, na década de '20, nota-se a sua adesão aos postulados do neo-kantismo. Na terceira fase, os escritos de Adolf Julius Merkl acerca da *Stufenbaulehre* possuíram uma sensível influência na Teoria Pura do Direito. O próprio Kelsen, já na segunda edição (1923) de seus *Hauptprobleme*, se baseava nos escritos de Merkl, do período 1917-1923 e ressaltava, no prefácio, a importância, a contribuição e o significado de sua obra na elaboração da teoria pura, que seria mais detalhadamente desenvolvida nos anos seguintes.⁸⁹

A quarta fase do pensamento kelseniano retrata a adesão à obra

de David Hume, principalmente sua noção de causalidade, cuja recepção, aliada às categorias *a priori*, o levou a um distanciamento do próprio pensador britânico. Por fim, a quinta e última fase pode ser localizada a partir de 1960 - data da segunda edição da Teoria Pura -, quando Kelsen introduz em sua obra o elemento voluntarista, o que constituiu uma verdadeira mudança nos fundamentos teóricos de suas especulações.⁹⁰

Para Kelsen, o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade⁹¹.

No topo do ordenamento, visto como um sistema dinâmico, se encontra a Constituição, norma superior a todas as demais normas postas e, a medida em que se vai progressivamente descendo das normas gerais para as normas individuais, percorre-se graus normativos mais inferiores, até alcançar a "base" da pirâmide normativa, onde será possível encontrar normas individuais (sentenças, regulamentos administrativos e negócios jurídicos).

Imediatamente abaixo das normas individuais, encontram-se os atos de execução, espontânea ou coercitiva e, mais acima do que a Constituição, inclusive da primeira Constituição histórica, encontra-se, já fora do âmbito da pirâmide normativa, a norma fundamental (*Grundnorm*), norma pressuposta e condição lógico-transcendental⁹² do trabalho científico do jurista.⁹³

Segundo Stanley L. Paulson, a resposta dada por Kelsen à sua própria "questão transcendental" - situada no âmbito da pretendida distinção entre *sein* e *sollen* e consequência direta de seu dualismo metodológico - está vinculada à sua referência à norma fundamental:

"Segundo o seu ponto de vista [de Kelsen], a validade de uma norma jurídica se estabelece a partir de uma referência à norma de nível superior adequada, cuja própria validade se estabelece, sucessivamente, com relação à correspondente norma de nível superior a ela e assim sucessivamente, até que se alcance a norma de nível mais alto no sistema jurídico, o nível da constituição. Mais além do nível constitucional, não é possível haver mais referências. Todavia, uma referência a um nível mais alto de normas de Direito positivo se exclui ex hypothesi. E uma referência a algum tipo de fato está impedida pela forte e firme distinção entre 'ser' e 'dever-ser', como reflexo do dualismo metodológico. Uma terceira via de referência, a da moral, está também excluída pela tese da separação.

Como se estabelece, então, a validade das normas no nível

*constitucional? À falta de qualquer outra referência, se assume a sua validade. E a assunção toma a forma da norma fundamental"*⁹⁴

Todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal - à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução - são, ao mesmo tempo, atos de aplicação das normas mais gerais e superiores e atos de produção das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da teoria pura, os atos de aplicação constituem um dever jurídico imposto aos "destinatários" primários e secundários e os atos de produção constituem atos de poder, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica⁹⁵.

O ponto de ligação de todas estas normas reside precisamente no conceito lógico-formal de "fundamento de validade"⁹⁶, segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (*princípio de legitimidade*)⁹⁷.

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e materiais previstos no próprio ordenamento, relativos ao sujeito ou órgão competente, ao procedimento e - em certa medida - conteúdo estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim sucessivamente se percorre todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental pressuposta.⁹⁸

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, vez que existe sempre uma certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a norma inferior.⁹⁹

Assim, a nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (relação esta que caracteriza os sistemas estáticos).

Numa perspectiva cada vez mais crescente, no entanto, "uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas".¹⁰⁰

Este "princípio de efetividade" parte da afirmação segundo a qual um ordenamento jurídico será válido na medida em que for eficaz em sua totalidade, mesmo que, por vezes, uma de suas normas, em si considerada, não venha a ser observada ou aplicada num caso concreto; a validade é aferida, em última análise, em termos de eficácia tanto das normas isoladamente

consideradas, como do ordenamento jurídico tomado em seu conjunto.

Assim posta a questão, a eficácia de todo o ordenamento é também condição de validade de cada uma das normas que dele fazem parte. Nas palavras de Mário G. Losano¹⁰¹, um dos grandes estudiosos da teoria pura:

"Uma ordenação jurídica para Kelsen é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de 'dever-ser') que desce da constituição à lei e desta à sentença. Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do 'ser' e o do 'dever-ser', a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever. Realmente, para que uma norma jurídica seja válida, é preciso que ela também seja eficaz: ou seja, não basta o respeito a certas formalidades no estabelecimento da norma, mas é preciso que, de fato, a norma assim estabelecida seja também efetivamente aplicada. Kelsen é obrigado a admitir que 'tanto uma ordenação jurídica como um todo quanto uma norma jurídica isolada perdem a validade, quando deixam de ser eficazes'. Em outras palavras, para responder à questão em torno da qual constrói toda a sua doutrina (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à rigorosa separação entre mundo natural e mundo normativo, entre 'ser' e 'dever-ser'".

Kelsen, no entanto, afirma que isto se trata não de uma *conditio per quam*, mas sim de uma *conditio sine qua non*: a eficácia global de um ordenamento jurídico é uma condição, mas não a razão da validade das normas que o integram¹⁰²; a validade, assim, não reside no fato de que o ordenamento em sua totalidade seja eficaz, mas na elaboração de uma norma de acordo com o processo lógico-formal de produção e significa, em termos conceituais, o fato de que estas normas *devam* ser obedecidas ou aplicadas.¹⁰³

O problema em torno da eficácia de uma norma jurídica na teoria pura do Direito coexiste com a definição de validade, entendida como sua existência específica no âmbito do *Sollen* e no tornar obrigatório um determinado comportamento humano.¹⁰⁴

As indagações acerca de como conciliar o comportamento humano concreto - no mundo dos fatos -, tornado obrigatório, com a existência deontológica da norma - sem comunicação com a realidade - vem respondida por Kelsen através da *diferenciação* entre as esferas do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*): não há qualquer coincidência entre o comportamento prescrito

por uma norma e o comportamento efetivo que lhe seja conforme, pois aquele primeiro nunca poderá ser teoricamente concebido como algo pertencente ao mundo do ser, mas ao âmbito do dever-ser.¹⁰⁵

Essa forma de encarar o comportamento humano concreto, cuja obrigatoriedade indica meramente a presença de um significado normativo, radica na diferença conceitual entre a norma e o ato de vontade do qual ela representa o sentido, mais especificamente entre este ato e o sentido de vontade que ele representa.¹⁰⁶

Contudo, se a distinção entre a norma jurídica e o ato de vontade que a põe é algo evidente e verificável empiricamente - vez que a norma jurídica adquire vigência somente após a conclusão do processo legislativo (= conclusão do ato de vontade) e assim permanece mesmo que "o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe"¹⁰⁷ -, já é mais difícil perceber a pretendida diferença entre o comportamento devido e o comportamento efetivo, em virtude da "certa medida" de conformidade que deve necessariamente intercorrer entre o comportamento indicado na norma e aquele que se realiza no mundo dos fatos.¹⁰⁸

O problema enfrentado por Kelsen acerca da eficácia consiste, dessa forma, na determinação da natureza desta "certa medida de conformidade", que permita estabelecer uma relação entre validade e eficácia sem infringir tanto a distinção fundamental entre *Sollen* e *Sein*, como o caráter ideal de que se reveste a validade das normas jurídicas.¹⁰⁹

Por eficácia, Kelsen entende o fato de que uma norma seja efetivamente observada ou aplicada¹¹⁰. Assim entendida, trata-se de uma condição de validade da norma jurídica - ao lado de sua própria estatuição -, de tal maneira que não se pode considerar norma jurídica válida uma norma que não seja aplicada nem observada durante algum tempo e que, por isso, se torna ineficaz.

No entanto, a eficácia, tal como acima definida, não se identifica com a validade¹¹¹, vez que deve subsistir a possibilidade de um comportamento não conforme à norma jurídica, para que não se cometa o erro metodológico de se cair numa consideração determinista, ou seja, daquilo que deve necessariamente acontecer segundo uma lei natural¹¹².

Todos os postulados epistemológicos kelsenianos não poderiam deixar de ter sensíveis efeitos em sua teoria da interpretação, cujas bases, contemporaneamente à primeira edição da teoria pura, já haviam sido construídas desde 1934. Acrescente-se, ainda, que a época em que ele viveu foi um período de reação às concepções hermenêuticas do século XIX, concentradas na Escola da Exegese francesa e na Pandectística tedesca.¹¹³

Daí porque todas as correntes do pensamento jus-filosófico - do positivismo ao realismo, passando pelas Escolas da Livre Investigação Científica e do Direito Livre -, embora partissem de postulados

metodológicos francamente diversos, estavam unidas em torno de uma única concepção: *o exercício da função jurisdicional implica criação do Direito, em função do elemento volitivo que predomina na sentença judicial.*¹¹⁴

Da mesma maneira que os seus postulados epistemológico-jurídicos, a teoria da interpretação kelseniana pode ser vislumbrada segundo algumas fases evolutivas. Ainda de acordo com Stanley L. Paulson, a primeira fase é contemporânea ao período da primeira edição dos *Hauptprobleme*, onde o debate é travado especialmente com G. Jellinek. O segundo momento pode ser localizado na década de '30, principalmente no ano de 1934, data da publicação de seu artigo acerca da teoria da interpretação (*Zur Theorie der Interpretation*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Vol. VIII), no qual já fazia suas críticas às teorias hermenêuticas tradicionais. Na terceira fase, por fim, Kelsen ratifica todas as suas construções do período precedente e, nos comentários à Carta das Nações Unidas (1950), elabora a versão definitiva de sua teoria da interpretação, consolidada na segunda edição da Teoria Pura.

Em Kelsen, a interpretação é "uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" - toda norma jurídica, de acordo com sua concepção, na medida em que deva ser aplicada - e também observada - , é interpretada¹¹⁵.

Nesse particular, como se viu, a norma superior não "não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada"; pois deverá sempre ficar, "... uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa, ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por esse ato"¹¹⁶. Ao lado de uma indeterminação intencional do seu conteúdo, existe uma indeterminação não intencional, originadas da inexistência de um único sentido correto possível da lei¹¹⁷ que se pretende aplicar a um caso concreto.¹¹⁸

Essa plurivocidade semântica, aliás, é originada do fato de haver sido formulada lingüísticamente e, por isso, qualquer intuito metodológico de se determinar a priori uma única solução jurídica a partir do conteúdo da norma geral colide com obstáculos insuperáveis, sendo assim concebida como um marco (uma "moldura") que oferece tantas possibilidades igualmente válidas de aplicação quantas forem as possibilidades de sentidos cognoscitivos que sua interpretação intelectual possa fornecer.¹¹⁹

Em outras palavras, uma lei apresenta não apenas uma, mas várias soluções judiciais possíveis para um só caso concreto, de tal maneira que não é possível dela deduzir uma solução correta que exclua as demais; assim, dentro da "moldura" contida na norma geral, todas as soluções possíveis possuem, em princípio, o mesmo valor intrasistemático¹²⁰:

"O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma

moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura, em qualquer sentido possível.

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução, como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente.

*Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral".*¹²¹

Para melhor entender como ocorre tal procedimento, necessário se faz destacar a distinção feita entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica. Autêntica, será toda e qualquer interpretação realizada por órgãos autorizados a produzir/aplicar o Direito, destacando-se aqui os órgãos jurisdicionais; não autêntica, por sua vez, será a interpretação desenvolvida por um indivíduo e, especialmente, pela ciência jurídica (interpretação científica).

A interpretação científica, que possui a função de expor os diversos significados que a formulação lingüística da norma permite desenvolver, é um momento da interpretação autêntica, anterior àquele que fornece a esta última a sua especificidade: a eleição, mediante um ato de vontade, de um dos vários sentidos possíveis previamente fixados e a estatuição de uma nova norma individual - no caso do judiciário, a sentença¹²². De acordo com a análise de Bernadette Pedrosa¹²³:

"A interpretação jurídica autêntica, no sentido kelseniano, constitui um verdadeiro processo, no qual o momento cognoscitivo combina-se com o momento voluntarista para compor uma unidade de sentido.

Desarticulada esta unidade, ou a interpretação autêntica

desaparece para ceder lugar à inautêntica, pela redução do processo ao componente cognoscitivo, ou deixa de haver qualquer interpretação, subsistindo o ato de pura vontade pela eliminação do componente cognoscitivo. Em nenhum dos dois casos, se pode falar de criação do Direito".

Laborando nos seus precisos limites, a interpretação científica deve apenas expor os significados possíveis da norma jurídica, inclusive os politicamente indesejáveis e talvez sequer previstos pelo legislador, mas todavia incluídos no teor literal das normas. Nesta explicitação dos vários sentidos se encerra a sua função. Ultrapassar este limite significa não mais estar a fazer ciência do Direito, mas política do Direito, implícita ou explicitamente.¹²⁴

A nota que responde pela especificidade da interpretação autêntica reside justamente no fato de que é possível ao órgão produtor/aplicador do Direito eleger um dos vários sentidos que a expressão lingüística da norma geral permite optar. A produção da norma individual enfrenta e soluciona um problema político através da emissão de um ato puramente volitivo, frente ao qual a ciência jurídica nada pode opor.

O entendimento acerca da "dinâmica jurídica" constitui também um ponto de partida de grande importância para a compreensão da hermenêutica kelseniana. Quando o ordenamento jurídico é concebido como um sistema dinâmico, nenhuma norma posta tem o condão de (pré)determinar, em termos absolutos, o conteúdo final da norma ou da decisão que constituem sua aplicação - ainda que seja necessário o *feed-back* intrasistemático a uma norma fundamental pressuposta como fundamento de validade de todas as demais.¹²⁵

Uma norma superior¹²⁶, nesse contexto, se limita a estabelecer um processo lógico-formal de produção e, de forma geral, o conteúdo da norma a ser produzida; dessa maneira, restam legitimados, ao mesmo tempo, tanto a forma de produção normativa, como o ato de vontade que, ao fazer uma opção hermenêutica diante dos vários sentidos possíveis que se apresentam, põe a norma individual inferior, isto é, cria Direito ao concretizar a norma geral superior.¹²⁷

Isso significa que esta opção hermenêutica não pode ser o resultado de um ato cognoscitivo, mas de um ato de vontade, vez que a validade das normas jurídicas se verifica unicamente com base no procedimento lógico-formal de sua produção; não se trata, pois, de um problema técnico-jurídico, mas de política jurídica. Busca Kelsen, obviamente, combater os postulados lógico-dedutivos de inferência construídos pela ciência jurídica do século XIX que, segundo ele, buscavam fornecer "através de uma pura atividade de inteligência", uma única solução correta.¹²⁸

Essa maneira de compreender a hermenêutica kelseniana em função do conceito de norma e dos postulados da dinâmica jurídica existentes na teoria pura, permite tecer algumas observações.

É justamente o reconhecimento dos pressupostos lógico-formais de produção do Direito que, no pensamento kelseniano, dota de sentido objetivo um ato (subjetivo) de vontade através do qual o intérprete oficial (autorizado, autêntico) elege e decide aplicar um dos vários sentidos possíveis da norma superior no estágio final de concretização.

Conseqüentemente, os postulados metodológicos de Kelsen o levam a reconhecer caráter normativo tanto a uma lei como a uma sentença judicial, vez que ambas foram criadas no âmbito do próprio Direito, com base num processo técnico e específico no qual vão buscar sua validade.

Em outras palavras: num sistema dinâmico, tanto o legislador como o juiz criam normas jurídicas¹²⁹; a diferença reside apenas no grau de generalidade ou individualidade do ato no âmbito da pirâmide normativa, sem que isso afete a unidade lógica do ordenamento jurídico, vez que o Direito possui a especificidade de regular a sua própria criação¹³⁰.

Toda a teoria pura do Direito, inclusive a postura acima posta em destaque - que assinala para a ciência do Direito uma função meramente descritiva -, foi severamente criticada por várias correntes do pensamento jurídico e por diversas razões. No caso específico da interpretação, Kelsen não poderia deixar de seguir o seu pressuposto epistemológico fundamental: *não interessam para a ciência do Direito as razões metafísicas com base nas quais o intérprete autorizado optou por este ou aquele sentido da norma, dado que este campo não é o da ciência, mas da política jurídica.*

Há, contudo, a possibilidade de que o próprio juiz venha a optar por um sentido não pré-fixado pela interpretação científica, isto é, "que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa"¹³¹. Esse problema será analisado com base na solução atribuída à questão do conflito de normas de diferente hierarquia.

Segundo Kelsen, as normas jurídicas constituem enunciados de dever-ser dotados de sentido prescritivo, razão pela qual é impossível se lhes atribuir caráter de verdade/falsidade (como numa análise lógica), mas apenas de validade/invalidade (em função do caráter dinâmico do ordenamento jurídico). Apenas nos enunciados proposicionais, próprios da ciência do Direito, poder-se-ia falar em verdade/falsidade, vez que esta enuncia proposições de dever-ser dotadas de caráter descritivo.¹³²

Assim, não se pode falar rigorosamente em conflitos de normas ou, o que é o mesmo, só é possível concebê-lo como aparente, vez que tal conflito aparece não no ordenamento jurídico, mas nas proposições jurídicas que lhes correspondem e que afirmam a validade de suas normas: "um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta

como devida e outra determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela".¹³³

A função da ciência do Direito consiste em *descrever a-valorativamente o seu objeto - o Direito positivo - como um todo dotado de sentido*, através de orações não contraditórias entre si, partindo do pressuposto de que os aparentes conflitos normativos podem e devem ser solucionados por via de interpretação.¹³⁴

Uma vez feitas estas considerações, analisar-se-á, a partir de agora o problema do "conflito" entre *normas de diferente nível hierárquico*¹³⁵ e suas relações com a hermenêutica kelseniana.

Como foi possível constatar, a teoria pura do Direito parte de alguns pressupostos epistemológicos, dentre os quais:

a. o Direito regula a sua própria criação;

b. uma norma só pertence a um determinado ordenamento jurídico se e na medida em que for produzida de acordo com os parâmetros contidos numa norma superior que condiciona a sua validade (= fundamento de validade).

Para Kelsen, o conflito de normas de *diferente* escalão é aparente, da mesma forma que o conflito de normas do mesmo nível, uma vez que é impossível haver Direito contrário a Direito; se assim não fosse, a unidade sistemática do ordenamento jurídico restaria totalmente comprometida.

Kelsen oferece essencialmente a mesma solução para duas diferentes hipóteses do conflito normativo em questão. A primeira, relativa a uma decisão judicial "contrária" à ordem jurídica¹³⁶:

"O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir.

Tanto é assim que o tribunal de última instância tem poder para criar quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não ache deste jeito predeterminado, mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância. Mas também o fato de a decisão do tribunal de primeira instância e do tribunal de qualquer outra instância que não seja a última ser, de acordo com as disposições da ordem jurídica apenas anulável, quer dizer o fato de ela permanecer válida enquanto não for anulada por uma instância superior, significa que estes órgãos recebem da ordem jurídica poder

para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra predeterminado, mas é estabelecido por estes mesmos órgãos - com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância".

A segunda, relativa à "lei inconstitucional"¹³⁷:

"A Constituição dá ao legislador competência para, através de um processo diferente do diretamente determinado pelas normas constitucionais, criar normas jurídicas gerais e dar a estas normas um conteúdo diferente daquele que as normas da Constituição diretamente determinam. (...)

As determinações constitucionais que regulam a legiferação têm o caráter de determinações alternativas. A Constituição contém uma regulamentação direta e uma regulamentação indireta da legiferação e o órgão legislativo tem a possibilidade de opção entre as duas. (...)

As chamadas 'leis inconstitucionais' são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos, as determinações constitucionais que regulam a legiferação têm a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial".

Carlos Santiago Niño¹³⁸ resume perfeitamente o pensamento kelseniano, quando lhe opõe algumas críticas incontornáveis:

"A solução de Kelsen, ao problema do conflito de normas de diferente hierarquia, que consiste em supor que as normas de competência possuem tacitamente uma cláusula que autoriza a não obedecer as condições que tais normas estabelecem expressamente, me parecem inaceitáveis em virtude dos argumentos que passo a expor:

1) Como na teoria de Kelsen toda norma de um sistema jurídico - salvo as de grau inferior - regula a criação de outras, se se

pudesse admitir que todas elas incluem uma cláusula alternativa tácita, que contém uma autorização aberta, ocorreria a hipótese de que nenhuma norma do sistema, à exceção daquelas que não sejam aplicáveis para a criação normativa, teria a possibilidade - no sentido lógico desta palavra - de ser desobedecida, já que o órgão inferior sempre se ajustaria a alguma das duas alternativas que a norma oferece;

2) O próprio Kelsen requer que haja a possibilidade, inclusive empírica, de que um ato de vontade seja desobedecido para que tenha o sentido objetivo de norma jurídica, o que implica, sendo a possibilidade lógica mais forte do que a empírica, que se todas as normas do sistema jurídico incluíssem uma cláusula de habilitação aberta, nenhuma delas satisfaz essa exigência;

3) Em suma, a tese de Kelsen implica supor que todas as normas do sistema jurídico são tautológicas, posto que prescrevem uma conduta e, ao mesmo tempo, autorizam a conduta oposta".

Apesar destas críticas, o mesmo autor, analisando a "cláusula alternativa tácita" à luz do próprio pensamento kelseniano - onde parece adquirir certa "coerência" - traz dados significativos: o conceito adotado por Kelsen, ao analisar a validade de uma norma na hipótese do conflito em exame, diz respeito à sua "força obrigatória", no sentido de que pode ser transmitida de uma norma para outra *não somente autorizando os termos em que a norma conflitante foi editada, mas também mediante a imposição do dever de obedecê-la*¹³⁹:

"Quando Kelsen afirma que a validade de uma norma depende de sua concordância com outra superior, menciona, no meu ponto de vista, apenas uma condição necessária para que as normas não soberanas sejam válidas, mas tal formulação não implica uma definição do conceito de validade.

A propriedade relevante das normas válidas, na teoria de Kelsen, é o fato de expressarem um dever-ser 'objetivo', por serem o produto de um ato de vontade que coincide com outra norma válida ou com o pressuposto gnoseológico da dogmática jurídica. [...]

Admitidas essas premissas, resulta claro que são válidas não somente as normas cuja criação está autorizada, mas também aquelas cuja obediência ou execução é obrigatória".

A análise feita por Santiago Niño, à luz do próprio pensamento kelseniano, não merece reparos. Com efeito, a partir do momento em que Kelsen afirma que um mínimo de eficácia é condição de validade de uma

norma e aplica o "princípio da efetividade" também como condição de validade de todo o ordenamento jurídico, deve admitir *que a teoria pura necessita de verificação empírica, inclusive em seu pressuposto gnoseológico principal, que é a norma fundamental.*

Se Kelsen reconhece que uma norma, seja ela de caráter legislativo ou jurisdicional, embora produzida em desacordo com as prescrições contidas na norma superior, permanece válida se ou enquanto não for expulsa do ordenamento pelos meios previstos nele próprio - arguição da inconstitucionalidade ou meios processuais recursais, p.ex. -, deveria admitir que, no processo de positivação do Direito, em função da obrigatoriedade ou objetividade que na ordem dos fatos logrou obter o sentido específico de um ato de vontade, o *Sollen* se encontra estritamente ligado ao *Sein*.¹⁴⁰

Diante dessas considerações, pode-se constatar que:

a) a "cláusula alternativa tácita" constitui um meio de *convalidar os atos de uma autoridade que cria Direito em desacordo com as prescrições contidas na norma superior*, seja em nível legislativo ou jurisdicional - numa macroperspectiva, como conseqüência direta do *princípio da efetividade* 141 pode-se chegar inclusive a uma série de atos contrários ao sistema em vigor, que acarretem a modificação da própria norma fundamental;

b) havendo uma apreciação jurisdicional do conflito normativo, correr-se-á o risco de não existirem mais normas do que as produzidas ao final de um processo jurisdicional:

b.1.) no caso de arguição de inconstitucionalidade, ficará nas mãos do judiciário ou do tribunal constitucional o poder de decidir acerca da constitucionalidade da lei e definir, em termos definitivos, qual o sentido que ela virá a ter¹⁴²;

b.2.) o mesmo raciocínio pode ser aplicado, com as devidas adaptações, às hipóteses em que não se esteja a discutir uma questão de constitucionalidade, mas num caso qualquer e corriqueiro, em que o juiz ou o tribunal devem fixar previamente o *regime jurídico* da situação de fato, antes de proferir sua decisão - incidindo, no caso, o princípio da coisa julgada como fator estabilizador.¹⁴³

5. CONFRONTAÇÃO DAS TEORIAS DE SANTO AGOSTINHO E HANS KELSEN

Afirma Ir. Nair Oliveira que a teoria agostiniana acerca da pluralidade dos sentidos das Escrituras está, nos dias de hoje, universalmente abandonada; destaca, inclusive, que teria sido fatal à exegese bíblica se tal entendimento tivesse prevalecido.¹⁴⁴

A incessante busca pela verdade e por uma convivência pacífica, ordenada pelo amor entre os cristãos, sempre foram as molas propulsoras

das investigações de Santo Agostinho em todo o decorrer de sua vida - fatores esses que influenciaram sensivelmente tanto a sua epistemologia como a sua hermenêutica.

Como sua obra possuía uma vocação inarredável para a prática, não pretendeu voltar seus esforços apenas para as especulações filosóficas e teológicas, mas buscou sempre aplicar esses fundamentos no sentido de contribuir para a formação cultural e aperfeiçoamento da vida cristã.

A análise do seu pensamento demonstra que as conclusões acerca da pluralidade de sentidos da Bíblia constituem uma solução extraída sistematicamente de seus postulados teológico-filosóficos. Com efeito,

a) se os atos humanos não podem ser julgados por padrões mundanos, mas sim pela Verdade eterna e imutável; e

b) se essa Verdade, que habita no coração de cada um, só pode ser alcançada pela razão interior,

c) todo aquele que, na leitura da Bíblia, busca praticar a caridade segundo os parâmetros contidos na regra da fé alcança, de acordo com a sua razão (= luz) interior, a própria Verdade.

Há, de certa forma, um movimento circular, conseqüência direta de uma idêntica concepção circular da dialética da Trindade, a qual parte da existência terrena para a contemplação da Verdade Divina que habita no reino das coisas eternas e imutáveis. O espírito humano - e a interpretação, apesar de visar resultados práticos, é uma atividade do espírito - age sempre numa constante movimentação entre o Verbo, o amor e o objeto de contemplação; movimento este que tende ao infinito.¹⁴⁵

O caminho a ser seguido é justamente a prática dos mandamentos contidos nas Escrituras, Verbo (*ou Logos*) Divino revelado aos homens através da palavra de Cristo, através de quem Deus se manifesta e fala: a) o Verbo interior supõe o conhecimento das verdades eternas e imutáveis, b) o Verbo é um conhecimento que implica o amor e, ao mesmo tempo, c) o Verbo é gerado pela mente que nele se diz e se exprime.¹⁴⁶

Assim, Santo Agostinho parte de um fundamento de natureza metafísica para justificar o seu posicionamento acerca da pluralidade dos sentidos:

a) se a fé é um postulado essencial para qualquer entendimento humano (*crede ut intelligetis*); e

b) considerando que não é por meros raciocínios humanos que se alcança a fé, mas com o auxílio da Autoridade Divina (*non argumentatione humana, sed Divina Auctoritate*), então

c) qualquer interpretação da Bíblia será válida desde que a atividade do intérprete se destine a alcançar a *caritas*, destruir a *cupiditas* e esteja de acordo com a autoridade da *regula fidei* (por meio da qual a Igreja fixa os limites das possíveis interpretações), veículo por excelência de expressão do Pensamento Divino contido nas Escrituras.

Se tais postulados transformarem e contribuirão para melhorar a existência terrena do cristão, bem como puderem levá-lo a alcançar a salvação e o reino das coisas eternas e imutáveis, qualquer padrão terreno é de pouca ou nenhuma relevância.

Em que ponto essa doutrina teológico-hermenêutica se comunica com a hermenêutica kelseniana?

De um ponto de vista externo:

1. Hans Kelsen comunga com Santo Agostinho a opinião acerca da pluralidade de sentidos do enunciado lingüístico que será objeto da interpretação;

2. Tanto em Kelsen como em Santo Agostinho os vários possíveis sentidos do texto interpretado devem ser, pelo menos em princípio, fixados previamente por uma atitude cognoscitiva dotada de autoridade: a *Regula fidei* prescrita pela Igreja ou os enunciados proposicionais descritivos elaborados pela ciência jurídica;

3. Por fim, ambos admitem a possibilidade de que o intérprete venha a optar não por um dos vários sentidos previamente fixados, mas que adote outro completamente diferente, passível, no entanto, de ser deduzido do teor literal do texto que se está a interpretar.

3.1. Para Santo Agostinho, o Espírito Santo previu todas as futuras interpretações que sigam os mandamentos da Doutrina Cristã; Kelsen, por sua vez, afirma a existência da "cláusula alternativa tácita", a qual legitima e torna obrigatória a norma individual produzida em desacordo com as prescrições formais ou fora das possibilidades contidas no "quadro" que a norma superior representa, se ou enquanto ela não for expulsa do ordenamento jurídico através dos meios disponíveis.

Se a análise externa permite a fixação de pontos de contato entre a hermenêutica agostiniana e a teoria de Hans Kelsen, a perspectiva interna demonstra o contrário.

Tanto Kelsen como Santo Agostinho partem do princípio de que o objeto da interpretação é o sentido objetivo de um ato de vontade superior, que se impõe em razão de sua obrigatoriedade; no primeiro, uma norma jurídica posta (já que não há Direito que não seja Direito positivo), no segundo, a totalidade dos mandamentos contidos nas Sagradas Escrituras (os quais expressam o *Logos Divino*).

No entanto, quando se vai para o nível dos fundamentos em que cada um busca justificar suas premissas metodológicas, há uma diferença manifesta entre ambos: o ponto de vista ético. Kelsen pretende afastar qualquer consideração acerca da justiça no conhecimento e na aplicação do Direito, enquanto Santo Agostinho constrói toda uma teoria da justiça na base de suas especulações sobre a *lex humana*.

Na teoria pura do Direito, um sistema normativo estático se

caracteriza pelo fato de que a validade das normas reside em seu conteúdo, derivado de uma norma superior, da mesma forma que um particular pode ser racionalmente derivado do universal; num sistema *dinâmico*, por sua vez, as normas que o integram não podem ser criadas mediante uma operação intelectual a partir de uma norma básica e, por isso, devem ser derivadas de um ato de vontade (= de um ato de poder e não de um ato de conhecimento) dos indivíduos para tanto autorizados por uma norma de hierarquia mais alta - a ausência dessa "validade intrínseca" faz com que a norma superior jamais possa determinar inteiramente o conteúdo da norma inferior que a concretiza, mas apenas legitimar e tornar obrigatório (= formalmente válido) o conteúdo do ato de vontade que a editou.¹⁴⁷

Kelsen, dessa forma, pretende que a justificação do fundamento de validade de uma norma jurídica não necessite submeter-se a uma instância sobre-humana (metafísica), mas sim na validade de uma outra norma pré-existente. Esse o sentido de suas afirmações segundo as quais um dever-ser só pode derivar de outro dever-ser e que a eficácia global de um ordenamento jurídico é apenas uma *condição*, mas não a *razão* da validade das normas que o integram.¹⁴⁸

Nesse afã de eliminar as considerações meta ou extrajurídicas para justificar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, Kelsen recorre à norma fundamental como forma de buscar consolidar a idéia de que o Direito é obrigatório - e portanto válido - em função dele próprio, tentando preservar, dessa forma, a autonomia do especificamente jurídico com relação à faticidade do *Sein* e afastar o *Sollen* de qualquer tipo de considerações éticas, quaisquer outros valores transcendentais ao Direito positivo.

Ao considerar a norma fundamental como um pressuposto "lógico-transcendental" sob o ponto de vista teórico-gnoseológico, busca Kelsen fornecer resposta à questão do fundamento de validade (= razão de obrigatoriedade) do ordenamento jurídico como um todo - assim como de suas normas isoladamente consideradas -, qualificando-a não como norma posta (querida), mas como norma *pressuposta* (pensada) ou Constituição em sentido lógico-jurídico.¹⁴⁹

Nesse quadro conceitual, ela funciona como o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo, de tal sorte que deve haver uma pressuposição tácita, uma causa primeira, da qual depende ou se fundamenta a aceitação do sentido subjetivo de um ato volitivo (no caso, a Constituição em sentido jurídico-positivo) como seu sentido objetivo.¹⁵⁰

A unidade do ordenamento jurídico, portanto, não se justifica para além do âmbito lógico-formal e, no caso da teoria da interpretação, a norma fundamental funciona como condição *lógico-transcendental*¹⁵¹ necessária para justificar objetivamente as decisões interpretativas que se manifestam nos atos de vontade dos órgãos autorizados (intérpretes autênticos), sem que seja

possível - porque fora dos limites de uma teoria pura do Direito - criticar o conteúdo ético de tais decisões.

Quais as conseqüências dos postulados epistemológicos de Kelsen em sua teoria da interpretação? A resposta, fornece-a Mário G. Losano¹⁵²:

"Declarando improponível a solicitação de indicar uma teoria da justiça melhor do que as outras, o resultado obtido por Kelsen não é resolver o problema, mas pôr em crise o caráter descritivo da teoria pura do Direito, no sentido de apresentá-la como uma doutrina que prescreve descrever."

De fato, ele mesmo admite que, na realidade, a pergunta sobre a justiça absoluta é efetivamente dirigida à ciência do Direito e da justiça; que essa pergunta não deva ser feita a uma ciência pura de cunho neokantiano é, portanto, um desejo de Kelsen e não uma constatação empírica.

Essa discrepância entre a teoria pura do Direito como teoria descritiva e a realidade a ser descrita também se repete na teoria da interpretação proposta por Hans Kelsen.

Uma vez que na interpretação de uma norma os valores de justiça incidem com evidência máxima sobre o sistema jurídico, a teoria interpretativa de Kelsen só poderia propor a constituição de um elenco das possíveis interpretações, correspondente ao elenco dos possíveis valores de justiça proposto como solução do problema da justiça. Por conseguinte o jurista deveria limitar-se a descrever todas as interpretações possíveis de uma norma, sem indicar qual delas seria preferível, pois se assim agisse estaria de fato formulando um juízo de valores e, portanto, não estaria mais desempenhando atividade científica.

Contudo, nenhum jurista jamais procedeu assim na interpretação de uma norma, nem mesmo o próprio Kelsen, que redigiu poucos, mas importantes pareceres jurídicos¹⁵³. (...) Kelsen não formulou listas abstratas de possíveis interpretações, mas indicou uma entre as possíveis soluções. Por que Hans Kelsen não aplicou sua teoria da interpretação? De conformidade com a sua teoria pura, poderíamos dizer talvez que ele forneceu a seus constituintes um produto não científico, subjetivo ou - para usar sua própria terminologia - irracional?

A essas indagações só se pode dar uma resposta: a teoria pura do Direito não tem condições de descrever de modo satisfatório (ou seja, conforme à realidade) o fenômeno jurídico da interpretação".

Em Santo Agostinho, foi possível constatar a propositura de um duplo critério de autoridade para servir de guia na atividade hermenêutica: antes de tudo, a autoridade das Sagradas Escrituras, cuja lei principal e mais clara, da qual todas as demais dependem, é a lei do amor a Deus e ao próximo; em segundo lugar, a autoridade da Igreja e da tradição. Introduce, portanto, uma série de considerações éticas em suas análises acerca da hermenêutica bíblica, transmitindo para o seu jusnaturalismo suas concepções teológicas.

Ao adotar, embora com algumas modificações essenciais, a doutrina platônica das idéias, leva para o centro de seu pensamento o primado da vontade em contraposição ao intelecto (o conhecimento depende de um "querer conhecer") na construção de sua doutrina do livre-arbítrio e na distinção fundamental entre *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex temporalis* em seu sistema teológico-metafísico das duas cidades.¹⁵⁴

No jusnaturalismo agostiniano (*ratio Divina, vel voluntas Dei*), a questão ética acerca da lei eterna como fundamento das leis positivas implica, de acordo com o Pe. Manfredo Ramos¹⁵⁵, uma abordagem do tema no nível de sua concretização sócio-política, isto é, nas "leis da cidade": é necessário analisar "o problema mais profundo da 'autonomia' do Estado, como fonte do direito, com relação às 'duas Cidades' agostinianas - a 'celeste' e a 'terrestre' " e "se perguntar pelo sentido genuíno da 'verdadeira justiça' (*vera iustitia*), prerrogativa da Cidade de Deus e que corresponde, aqui na terra, 'à nossa justiça' participada e imperfeita, diante da 'justiça perfeita de Deus' ".

A *lex aeterna*, em Santo Agostinho, tem por característica ser imutável, vez que é a "Razão suprema de tudo, à qual é preciso obedecer sempre", pois ela "é aquela lei em virtude da qual é justo que todas as coisas estejam perfeitamente ordenadas".¹⁵⁶ Essa ordem natural, que constitui o conteúdo da *lex aeterna*, é precisamente a *Ordem Divina da criação, na qual se reflete a hierarquia das coisas terrenas, todas voltadas, numa perspectiva de baixo para cima, para Deus*.¹⁵⁷

A *lex naturalis* é uma transcrição da *lex aeterna* na alma, na razão e no coração do homem, também chamada *lex intima*, porque é através dela que Deus se dirige ao homem em sua consciência. O seu conteúdo é o ditado: "não faças a outrem aquilo que não desejas que façam a ti".¹⁵⁸

A *lex temporalis* - lei humana que se promulga nos códigos -, em princípio justa, mas entretanto mutável e sujeita aos fluxos dos tempos - porque obra humana - só possui força obrigatória se buscar fundamento na *lex aeterna*:

"Ag. Mas quanto àquela lei que é chamada a Razão suprema se tudo, à qual é preciso obedecer sempre e em virtude da qual os bons merecem vida feliz e os maus vida infeliz, é ela o fundamento da retidão e das modificações daquela outra lei

que justamente denominamos temporal, como já explicamos? (...)

Ag. Reconhecerás também, espero, que na lei temporal dos homens nada existe de justo e legítimo que não tenha sido tirado da lei eterna".¹⁵⁹

Se uma lei humana deve ser baseada na lei eterna, e não podendo esta última, nunca, ser considerada injusta¹⁶⁰, uma lei que não atende a esse pressuposto necessário não pode ser considerada lei, nem muito menos justa e obrigatória.¹⁶¹ Nesse contexto, é possível concluir que o primeiro pressuposto da filosofia jurídico-antropológica de Santo Agostinho é a admissão clara "de uma lei ou direito natural como fundamento ou justificativa da lei positiva, ambas referidas a uma lei eterna ou Divina".¹⁶²

Já se pode vislumbrar, neste passo, os fundamentos da ética agostiniana, baseada nas noções de "ordem" e "amor": "Ora, explica Agostinho, 'nós homens', nesta terra, 'vivemos justamente segundo a lei eterna pela qual se respeita a ordem natural, se vivemos com a fé não fingida que atua pela caridade'. Toda a sua doutrina, portanto, gira em torno do "amor ordenado, que se fundamenta por sua vez, na própria ordem dos seres".¹⁶³

Ainda segundo Pe. Manfredo Ramos¹⁶⁴, quando "o homem guarda esta ordem dos seres, cumpre a justiça, cujo papel é de dar a cada um o que lhe é devido (e deste modo se estabelece no próprio homem uma certa ordem justa da natureza que submete a alma a Deus, a carne à alma e, por conseguinte, a alma e a carne a Deus)".

Embora a justiça dos homens seja imperfeita, porque habita no reino das coisas mutáveis, ela pode sofrer mudanças sem injustiças, desde que se assemelhe o tanto quanto possível à lei eterna e possa guiar a conduta dos homens tendo como mediadores necessários a Graça Divina e a fé.¹⁶⁵ Assim, em Santo Agostinho o Direito se reduz à justiça (*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*¹⁶⁶) e "esta última ao amor ordenado que, por sua vez, não se atua sem a graça".¹⁶⁷

Como a existência terrena e a conduta dos homens são pautadas numa busca para alcançar a Verdade e estando esta Verdade somente em Deus, da qual o homem participa pela vontade de conhecê-la através da razão, a lei eterna serve de critério último e fundamento da lei humana em virtude de sua imutabilidade e em função dos princípios essenciais do amor e da ordem.

A lei temporal, "que é mutável e imperfeita, de acordo com os tempos e os lugares diversos, se fundamenta, enquanto é verdadeira, naquela 'lei natural' que está impressa na nossa consciência como participação da 'lei eterna', da 'razão suprema' de Deus mesmo que tudo criou e dispôs com ordem perfeita - esta ordem,

quanto ao agir, consiste primeiro em não prejudicar a ninguém, depois em ser útil a quem se pode".

Contudo, a "vontade má" do pecador "pode descumpri-la e, de fato, somente pela graça podemos guardá-la como se deve. Por isso mesmo, para o cristão - que de per si poderia dispensá-la - esta lei pode e deve ser corrigida e orientada 'para os fins da paz celeste', sem que com isto ela mesma seja desvirtuada como lei temporal".¹⁶⁸

Embora a justiça (= Direito) humana possa ser variável de lugar para lugar, já que as leis humanas são mutáveis e temporais, a Justiça Divina nunca mudará e servir-lhe-á sempre como critério e fundamento, pois "será sempre justo, em todos os tempos e lugares, amar a Deus de todo o coração e ao próximo como a si mesmo", o que permitirá conservar a paz terrena.¹⁶⁹

Vê-se, pois, que os fundamentos das conclusões a que Santo Agostinho chega a respeito da hermenêutica da Bíblia, são comunicados de forma extremamente lógica, para a própria conduta humana na terra. Nas palavras do Pe. Manfredo Ramos¹⁷⁰:

"Ao cristão, por fim, revestido de autoridade ou simples cidadão de qualquer tipo de Estado, ao mesmo tempo membro da Cidade de Deus peregrina e desta concreta cidade terrestre, caberá em particular a obrigação de levar o próximo ao amor de Deus, pela beneficência, pela doutrina, pela disciplina, corrigindo os maus ou suportando-os se não puder corrigi-los (Eps. 138, n. 17; 155, n. 15)".

Nota-se, aqui, a circularidade característica do pensamento agostiniano, que vai ter profundas influências nos princípios hermenêuticos contidos no *De Doctrina Christiana* e nas *Confessiones*, já postos em destaque.

Por mais que mudem os tempos e os costumes humanos, nunca mudará, no tempo ou no espaço, o sentido do preceito *quod tibi fieri non vis alli ne feceris*; toda conduta humana que, buscando a Verdade divina contida na luz interior, siga os mandamentos da lei eterna, realize a *caritas* e destrua a *cupiditas*, será válida - mesmo que não possa ser imediatamente extraída da literalidade das Escrituras.

Em Santo Agostinho a vontade constitui um elemento central e essencial, tanto no agir teórico, como no agir prático. Não há separação entre vontade e razão no processo epistemológico, mas uma relação de mútua implicação (o fato de dar mais importância à vontade não implica separá-la da razão).

De fato, para o bispo de Hipona a vontade, em si considerada, é um dom de Deus e obtém, no aderir ao Bem imutável e universal, os primeiros e maiores bens do homem¹⁷¹; além disso, "há, pois um desejo que precede o que a mente vai parir. Porque esse desejo procura e encontra o que desejamos conhecer".¹⁷²

Quando afirma que a justiça (= Direito) humana é mutável e variável de lugar para lugar e que apenas se torna objetiva com relação à Justiça Divina, Santo Agostinho guarda profunda coerência com seus ensinamentos acerca do comportamento do cristão - especialmente no tocante aos diversos sentidos que uma passagem da Bíblia possa vir a ter.

Se as regras do agir moral dos cristãos estão contidas nas Escrituras, a sua boa interpretação coexistirá com a prática da justiça:

"Onde, pois, estarão escritas essas regras [as regras da vida justa, imutáveis no interior do homem]? Elas que possibilitam ao injusto reconhecer o que é justo, descobrir que deve possuir aquilo que ele mesmo não possui? Onde hão de estar escritas senão no livro daquela luz que se chama Verdade? Nesse livro é que se baseia toda lei justa que é transcrita e se transfere para o coração do homem que pratica a justiça".¹⁷³

Hans Kelsen, no entanto, retirou expressamente de sua teoria jurídica o conteúdo ético que lhe é essencial, postulado ao qual se manteve fiel ao conceber sua teoria da interpretação. Em consequência, os mesmos defeitos que podem ser apontados para suas concepções acerca da estrutura escalonada do ordenamento jurídico e dos sistemas normativos estáticos e dinâmicos, especialmente no que se refere aos fundamentos teóricos da concepção da norma fundamental, se comunicam profundamente com a sua hermenêutica.

Ao ignorar o aspecto material, do fundamento de obrigatoriedade do Direito e, atendo-se apenas ao aspecto meramente formal, Kelsen suprimiu a liberdade ou a justiça e introduziu um postulado vazio - um puro *Sollen* - para tentar justificar a obrigatoriedade da ordem jurídica.¹⁷⁴

E assim permaneceu, mesmo ciente de que nesse importante ponto de conexão é impossível afastar o Direito de sua dimensão axiológica.

NOTAS

* Mestrando em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador do Município de Fortaleza. Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

¹ Cf. *De Doctrina Christiana*, I, 1.

² Cf. *De Magistro*, I, 1.

³ Cf. *De Magistro*, I, 2.

⁴ "Não existe sinal sem que signifique algo" - Cf. *De Magistro*, II, 3 e *De Doctrina Christiana*, I, 2, 2.

⁵ Cf. *De Magistro*, III, 5.

⁶ Cf. *De Magistro*, IV, 7; ver., também, *De Magistro*, VII, 20.

⁷ "Quando dizemos sinal, este não significa apenas todos os outros sinais, quaisquer que sejam, mas a si

mesmo também, pois é uma palavra e, sem dúvida, todas as palavras são sinais" - Cf. *De Magistro*, IV, 7.

- ⁸ Henningfeld, 1991:258. Sobre extensão (denotação) e intensão (conotação), cf. Andrade, 1991:158: "O significado das palavras é determinado pela extensão que ela cobre em relação à realidade. Isto é denotação, apontar para um objeto. Ou é determinado pela intensão no uso da palavra; com isso temos a conotação (designação), aquilo que podemos designar com a palavra. Definir ostensivamente, denotativamente, é mostrar o objeto, delimitando a sua extensão. Definir conotativamente é mostrar a intensão, delimitando-a" (grifou-se).
- ⁹ Cf. *De Magistro*, VII, 20.
- ¹⁰ Cf. *De Magistro*, III, 5.
- ¹¹ Cf. *De Magistro*, III, 6. Cf., também, *De Magistro*, X, 32.
- ¹² Cf. *De Magistro*, X, 32.
- ¹³ Cf. *De Magistro*, X, 34.
- ¹⁴ Cf. *De Magistro*, XI, 36.
- ¹⁵ "Não aprendemos pelas palavras que repercutem exteriormente, mas pela verdade que ensina interiormente" - *De Magistro*, XI, 36. Cf., a propósito: Copleston, 1983:63.
- ¹⁶ "Se não credes, não compreendereis".
- ¹⁷ Cf. *De Magistro*, XI, 37.
- ¹⁸ Cf. *De Magistro*, XI, 38. Henningfeld (1991:259) chama a atenção para o elo sistemático que esta passagem possui com as reflexões sobre o "Verbo interior", teorizada no *De Trinitate*; vários pesquisadores, segundo ele, demonstraram que a tese nela sustentada representa a refutação agostiniana da anamnese platônica.
- ¹⁹ Cf. *De Magistro*, XI, 38; XII, 39, 40. Cf., também, Katz: 1996.
- ²⁰ Cf. *De Trinitate*, XII, 2, 2; XII, 14, 21b; XV, 24, 25.
- ²¹ Cf. *De Trinitate*, XII, 2, 2.
- ²² Cf. *De Trinitate*, X, 1, 2.
- ²³ Cf. *De Trinitate*, XII, 15, 24. Cf., também, Copleston, 1983:66.
- ²⁴ Cf. *De Magistro*, XII, 40.
- ²⁵ Cf. Boehner & Gilson, 1991:157.
- ²⁶ Cf. *De Doctrina Christiana*, Prólogo, 1.
- ²⁷ Cf. as introduções de Cilleruelo, 1957:3-43 e Oliveira, 1991:7-26, ao *De Doctrina Christiana*.
- ²⁸ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 12, 17. "Assim sendo, já que compreender perfeitamente consiste na visão sempiterna de Deus e a fé é que nos alimenta como as crianças, com o leite, nesta espécie de berço que são as coisas temporais, reconhecemos que caminhamos agora pela fé e não pela clara visão. Ora, se não caminarmos pela fé, não poderemos chegar à clara visão de que ela não passará, mas que permanecerá eternamente. Só quando a nossa compreensão estiver purificada é que a nossa visão ficará estreitamente unida à verdade. É por isso que um tradutor disse: 'Se não credes, não compreendereis' e o outro: 'Se não credes, não permaneceréis'".
- ²⁹ Cf. Gilson, 1995:144.
- ³⁰ "A palavra mata, mas o espírito vivifica".
- ³¹ "... que la letra de la Ley, que enseña que no se debe pecar, mata, si falta el espíritu, que vivifica: pues hace que el pecado sea conocido más bien que evitado, aumentado más bien que disminuído, puesto que la maliciosa codicia (*concupiscentiae*) añade además la transgressión de la ley" - *De Spiritu et Littera*, p. 697.
- ³² Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 6, 7, 8; Ver também III, 5, 9.
- ³³ Cf. Cilleruelo, 1957:40-41.
- ³⁴ Cf. Cilleruelo, 1957:42-43.
- ³⁵ In *De Genesi contra manichaeos*, II, 3, 9 - apud Cilleruelo, 1957:42.
- ³⁶ Cf. *De Doctrina Christiana*, I, 2, 2.
- ³⁷ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 1, 1.
- ³⁸ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 2 e III, 2, 3.
- ³⁹ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 3, 4 e II, 4, 5.

- ⁴⁰ Cf. *De Trinitate*, IX, 7, 12.
- ⁴¹ Cf. *De Trinitate*, XV, 11, 20.
- ⁴² Cf. *De Trinitate*, XV, 10, 19; XV, 11, 20 e XV, 15, 24.
- ⁴³ Cf. *De Doctrina Christiana*, III, 1, 1.
- ⁴⁴ Cf. Oliveira, 1991:310-311.
- ⁴⁵ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 9, 14.
- ⁴⁶ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 6, 8.
- ⁴⁷ Cf. *De Trinitate*, IX, 4, 7 (651).
- ⁴⁸ Cf. *De Doctrina Christiana*, I, 3; III, 2, 2 e *De Utilitate Credendi*, VI, 13; VIII, 20. "Qual o fundamento real da Verdade? Em que ela encontra um fundamento objetivo? Agostinho responde que ela deve esse fundamento objetivo a Deus, que é a Verdade própria, *ipsa veritas*. Só ao participar deste fundamento da Verdade, geral, metafísico e invariável, pode se explicar a concordância entre os juízos das diversas pessoas que, por sua natureza, são variáveis" - Cf. Verweyen, 1957:134. Ver, ainda: Oliveira, 1991:338-339.
- ⁴⁹ Cf. Gilson, 1995:147-148.
- ⁵⁰ Cf. Gilson, 1995:147.
- ⁵¹ Cf. *De Doctrina Christiana*, Prólogo, 7.
- ⁵² Cf. Confissões, X, 45, 35.
- ⁵³ Cf. Confissões, XIII, 29, 49.
- ⁵⁴ Cf. *De Doctrina Christiana*, I, 35, 39, 40 e II, 43, 63.
- ⁵⁵ Cf. *De Doctrina Christiana*, I, 37, 41b.
- ⁵⁶ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 5, 6.
- ⁵⁷ Cf. Confissões, X, 8.
- ⁵⁸ Cf. Confissões, XII, 18, 27.
- ⁵⁹ Cf. Confissões, XII, 18, 27.
- ⁶⁰ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 12, 17.
- ⁶¹ Cf. Manzin, 1990:413.
- ⁶² "Non secundum formam corporis, homo factus est ad imaginem Dei, sed secundum rationalem mentem" - *De Trinitate*, XII, 7, 12. Cf., ainda: Lössl, 1995:38.
- ⁶³ "Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 12, 18.
- ⁶⁴ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 13, 19.
- ⁶⁵ Cf. García, 1994:21-22.
- ⁶⁶ Cf. *De Trinitate*, XV, 7, 11 e *De Utilitate Credendi*, I, 2.
- ⁶⁷ Cf. *De Doctrina Christiana*, II, 6, 7, 8.
- ⁶⁸ Cf. García, 1994:22.
- ⁶⁹ Cf. García, 1994:22-23.
- ⁷⁰ Cf. *De Doctrina Christiana*, III, 18, 26.
- ⁷¹ Cf. Oliveira, 1991:347-348; Manzin, 1990:420.
- ⁷² Cf. *A Verdadeira Religião*, IV, 24, 45.
- ⁷³ Cf. Lössl, 1995:41.
- ⁷⁴ Cf. Oliveira, 1991:352.
- ⁷⁵ Cf. O'Donnel, 1996:7.
- ⁷⁶ Cf. Confissões, XIII, 28.
- ⁷⁷ Cf. *De Doctrina Christiana*, III, 10, 15; III, 2, 2.
- ⁷⁸ Cf. a excelente análise de O'Donnel, 1996.
- ⁷⁹ Cf. *De Doctrina Christiana*, III, 27, 38.
- ⁸⁰ Cf. Confissões, XII, 18.
- ⁸¹ Cf. Oliveira, 1991:351-353.
- ⁸² Cf. Oliveira, 1991:353. "Santo Agostinho insiste em dar outra razão a essa escolha Divina: o trabalho útil e salutar (Cidade de Deus, 20, 21, 2) que as obscuridades da Escritura impõem à nossa preguiça (cf. também o que foi dito em II, 6, 8, final)".
- ⁸³ Cf. Cilleruelo, 1957:43.
- ⁸⁴ Cf. Cilleruelo, 1957:44.

- ⁸⁵ "Uma coisa é inquirir a verdade sobre a criação, outra, procurar saber o que Moisés, egípcio confidente da vossa Fé, quis significar a quem o lê ou escruta" - Cf. Confissões, XII, 23.
- ⁸⁶ Cf. Confissões, XII, 24.
- ⁸⁷ Cf. Confissões, XII, 31.
- ⁸⁸ Cf. Kelsen, 1984:463. Cf., ainda, Pedrosa, 1977:278.
- ⁸⁹ "El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema genético de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a ADOLF MERKL. (...) Apoyándonos en los trabajos de MERKL y VERDROSS, hemos acogido nosotros, en nuestros estudios posteriores, la teoría general, para incorporarla como elemento esencial al sistema de la teoría pura del derecho" - Kelsen, 1987:XLVIII-XLIX. Cf., también: Merkl, 1987 e Abigñente, 1987.
- ⁹⁰ Cf. Paulson, 1990:141-142.
- ⁹¹ Cf. Kelsen, 1984:57; 277; 310 e *passim*.
- ⁹² Cf. Kelsen, 1984:279.
- ⁹³ Cf. Kelsen, 1984:22; 269 e *passim*. O termo "condição lógico-transcendental" foi tomado de empréstimo do pensamento kantiano. No entanto, a correlação entre a teoria pura do Direito e a epistemologia de Immanuel Kant se revela problemática, inclusive no que se refere ao dualismo "ser/dever-ser", uma vez que Kelsen imprimiu a este ponto de partida fundamental em Kant uma distinção meramente lógico-formal, dela retirando todo e qualquer conteúdo ético (cf., a propósito: Salgado, 1995:169-176[esp. p. 174] e Paulson (nota 149); há, inclusive, quem ache mais coerente analisar a distinção kelseniana com base no monismo de D. Hume - cf. Cortes, 1990. Numa perspectiva mais abrangente, acerca das várias formulações do conceito de Grundnorm em Kelsen - como a) "fundamento de validade enquanto "pertinência" (Grund der "Geltung qua Zugehörigkeit"), b) como "autorização para estatuição (= posição) de normas jurídicas" (Ermächtigung zur Normsetzung), c) como significado de um dever-ser (Sinn des Sollens) e d) como fundamento de validade enquanto "obrigatoriedade" (Grund der "Geltung qua Verbindlichkeit") - Cf. Paulson, 1993.
- ⁹⁴ Cf. Paulson, 1991:176-177. Este autor, ainda, observa que esta "idéia intuitiva" da norma fundamental se baseia num argumento claramente circular, haja vista que "se o problema é porque as normas do nível mais alto são válidas e se simplesmente logo se assume que são válidas estamos de novo diante do mesmo problema". Cf., ainda: Paulson, 1990a:170-171.
- ⁹⁵ Cf. Kelsen, 1984:325.
- ⁹⁶ Cf. Kelsen, 1984:297: "Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta globalmente eficaz e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes". Cf., ainda, Kelsen, 1986:37-38. Ver, ainda, nota 100, acerca do outro conceito kelseniano de "validade".
- ⁹⁷ Cf. Kelsen, 1984:266; 269; 289-290.
- ⁹⁸ Cf. Kelsen, 1984:324-326.
- ⁹⁹ Cf. Kelsen, 1984:326. Cf., ainda, Gianformaggio, 1990:181-207.
- ¹⁰⁰ Cf. Kelsen, 1984:298.
- ¹⁰¹ Cf. Losano, 1993: XIX.
- ¹⁰² Cf. Kelsen, 1984:299.
- ¹⁰³ Cf. Kelsen, 1986:37-38.
- ¹⁰⁴ Cf. Kelsen, 1984:29. Cf., ainda, nota 94.
- ¹⁰⁵ Cf. Kelsen, 1984:48ss; 109ss; 1987:12-13.
- ¹⁰⁶ Cf. Kelsen, 1984:22. "Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui" (Kelsen, 1984:22).

- ¹⁰⁷ Cf. Kelsen, 1984:29.
- ¹⁰⁸ Cf. Kelsen, 1984:30.
- ¹⁰⁹ Cf. Kelsen, 1986:36-37.
- ¹¹⁰ Cf. Kelsen, 1984:29. "Observância do Direito é a conduta a que corresponde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção. É antes de tudo a conduta que evita a sanção, o cumprimento do dever jurídico constituído através da sanção" (Kelsen, 1984:327). Por sua vez, "aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma" (Kelsen, 1984:325).
- ¹¹¹ Kelsen, aqui, continua fiel aos seus postulados da pureza metodológica, explicados logo no início da teoria pura.
- ¹¹² Cf. Kelsen, 1984:119; 1987:12-13; Cf., ainda, Cotarelo, 1982:139-146.
- ¹¹³ Muitos autores afirmam que Kelsen dedicou pouca ou quase nenhuma atenção a uma "teoria da interpretação" no âmbito da teoria pura, preocupando-se mais com o objeto da interpretação do que com a construção de um instrumental hermenêutico. Cf. Paulson: 1990:136-137.
- ¹¹⁴ Cf. Kelsen, 1984:330; 343-349. Cf., ainda: Pedrosa, 1977: 278-279.
- ¹¹⁵ Cf. Kelsen, 1984:463.
- ¹¹⁶ Cf. Kelsen, 1984:464. Cf., ainda, Paulson, 1990:138-140.
- ¹¹⁷ Em Kelsen, uma lei pode conter não apenas uma, mas várias normas. Assim, optou-se por utilizar a sua própria terminologia.
- ¹¹⁸ Cf. Kelsen, 1982:160; 1984:464-466.
- ¹¹⁹ Cf. Kelsen, 1982:161-164; 1984:337. "O sentido verbal de uma norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis" - Cf. Kelsen, 1984:465. Cf., ainda: Paulson, 1990:1389-140.
- ¹²⁰ Cf. Machado, 1983:97-98.
- ¹²¹ Cf. Kelsen, 1984:466-467. Cf., ainda: Paulson, 1990:138-140.
- ¹²² Cf. Kelsen, 1984:470.
- ¹²³ Cf. Pedrosa, 1977:281.
- ¹²⁴ Cf. Kelsen, 1984:472-473. Vide, ainda, Kelsen, 1982:164-166.
- ¹²⁵ Cf. Kelsen, 1984:271-273 e *passim*.
- ¹²⁶ Cf. Kelsen, 1984:267. "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma [não se sai, como se pode constatar, do âmbito do Sollen]. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior".
- ¹²⁷ Cf. Kelsen, 1984:469-471.
- ¹²⁸ Cf. Kelsen, 1984:467.
- ¹²⁹ Cf. Machado, 1983:100.
- ¹³⁰ Cf. Kelsen, 1984:309 e *passim*. Vide, também, em obra anterior à "Teoria Pura do Direito" - Kelsen, 1982a.
- ¹³¹ Cf. Kelsen, 1984:471.
- ¹³² Cf. Machado, 1983:97-98 e Paulson, 1995:123-126 e 130-135.
- ¹³³ Cf. Kelsen, 1984:285.
- ¹³⁴ Cf. Kelsen, 1984:286.
- ¹³⁵ Kelsen também enfrenta e propõe soluções para o conflito de normas do mesmo nível. No entanto, por razões metodológicas, preferiu-se optar pelo conflito de normas de diferente escalão.
- ¹³⁶ Cf. Kelsen, 1984:365.
- ¹³⁷ Cf. Kelsen, 1984:370-371.
- ¹³⁸ Cf. Niño, 1985:32-33.
- ¹³⁹ Cf. Niño, 1985:38.
- ¹⁴⁰ Cf., a propósito, Losano, 1981.
- ¹⁴¹ Princípio este que pode chegar até mesmo a limitar o princípio da legitimidade - cf. Kelsen, 1984:292. Demonstra-se, aqui, de inteira pertinência a análise de Letizia Gianformaggio

(1995:271): a concepção da "cláusula alternativa tácita" constitui um grande paradoxo do pensamento kelseniano pós-1960, vez que contraria os próprios fundamentos epistemológicos anteriores da Teoria Pura, *anti-voluntarista* por excelência.

¹⁴² Não existindo o órgão fiscalizador, idêntico raciocínio pode ser aplicado ao legislativo.

¹⁴³ Cf., ainda, a análise geral de Paulson, 1991a [esp. pp. 536-540].

¹⁴⁴ Cf. Oliveira, 1991:352.

¹⁴⁵ Cf. Oliveira, 1994:636.

¹⁴⁶ Cf. *De Trinitate*, IX, 7,12; 8, 13; 8, 10, 15; 12, 18. V., também, Oliveira, 1994:631 e Katz, 1996.

¹⁴⁷ Uma norma, como se viu, é o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido intencionalmente à conduta de outrem; sendo assim, é algo querido (posto) e não pensado; e o reconhecimento desse ato de vontade por uma norma de hierarquia superior que fornece um sentido objetivo à decisão do órgão autorizado, mediante a interpretação do sentido subjetivo desse ato como seu sentido objetivo.

¹⁴⁸ Cf. Kelsen, 1984:299.

¹⁴⁹ É muito controversa a problemática kelseniana acerca da explicação definitiva da norma fundamental através da "Filosofia do *als-ob*" ("Como-Se"), de Vaihinger. Em 1933, em carta endereçada a Renato Treves, Kelsen afirmou que, para evitar a interpretações errôneas, preferiu renunciar a se inspirar em Mach (princípio da economia do pensamento) e em Vaihinger (teoria da ficção), optando por filiar-se, "com reservas", à filosofia transcendental neokantiana: "A norma fundamental responde à seguinte questão: qual é o pressuposto que permite se sustentar se não importa qual qual ato jurídico pode ser qualificado como tal, isto é, definido como um ato servindo de base ao estabelecimento da norma, assim como a sua execução. Esta questão se insere completamente no espírito da lógica transcendental" (Kelsen, 1991:72). No entanto, adotaria posteriormente a conduta oposta numa passagem da "Teoria Geral das Normas", afirmando que a NF é "uma pura ou verdadeira ficção, no sentido da vaihingeriana filosofia do Como-Se..." (Kelsen, 1986:328-329). No entanto, como bem demonstra Stanley L. Paulson (1987, 1990a [numa análise mais ampla], 1991 e 1995), é discutível a pretendida fundamentação (ou convergência) do "argumento transcendental kelseniano" com base no "argumento transcendental" de Kant, haja vista a manifesta diversidade funcional deste argumento no sistema teórico de cada um. Sobre o tema, vide ainda: Ost & Van de Kerchove, 1987: 294ss, 459ss, 513ss e *passim*; *idem*, 1991. Sobre a teoria da ficção, de Vaihinger, cf.: Freud, 1974:40-41.

¹⁵⁰ Cf. Kelsen, 1984:267-285.

¹⁵¹ Cf. nota 138

¹⁵² Cf. Losano, 1993:XXXVI-XXXVIII.

¹⁵³ NA. Dentre estes, quando, em 1933, redigiu um parecer fixado as competências constitucionais do Congresso Nacional brasileiro, citado por Mario Losano no texto ora transcrito. Cf.: "A Competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34 (um texto de Kelsen sobre o Brasil)", in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 9, 1995, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, pp. 5-11.

¹⁵⁴ Cf. Welzel, 1965:77-78; Arendt, 1978.

¹⁵⁵ Cf. Ramos, 1996.

¹⁵⁶ Cf. O Livre Arbítrio, 6, 14,15. "Lei eterna é a razão Divina ou a vontade de Deus enquanto ordena guardar a ordem natural e proíbe perturbá-la" (Contra Faustian, XXII, 27) - Cf. Ramos, 1996:3.

¹⁵⁷ Cf. Welzel, 1965:81.

¹⁵⁸ "Há, pois, uma lei natural que está na razão do homem que já tem o uso do livre-arbítrio, escrita naturalmente no seu coração (*naturaliter in corde conscripta*), a qual nos sugere de não fazer aos outros o que não queremos que seja feito a nós mesmos" - Cf. Ramos, 1996:4. Cf. também, Welzel, 1965:80.

¹⁵⁹ Cf. O Livre Arbítrio, I, 6, 15

¹⁶⁰ Cf. O Livre Arbítrio, I, 6, 15.

¹⁶¹ Cf. Welzel, 1965:80.

¹⁶² Cf. Ramos, 1996:3.

¹⁶³ Cf. Ramos, 1996:3. "Para Agostinho há um primado do amor na vida moral: 'quanto ao meu conceito de virtude, no que se refere à reta conduta, a virtude é a caridade com a qual se ama aquilo que deve ser amado (Ep. 167, n. 15), e isto é Deus (Ep. 155, n. 13); Deus é o

próximo (Ep. 137, n. 17); Deus por si mesmo, nós e o próximo por causa d'Ele (Ep. 130, n. 14). Nisto consiste a vida boa e honesta de que trata a Ética (Ep. 137, *ibid.*)" - Ramos, 1996:4.

¹⁶⁴ Cf. Ramos, 1996:4-5. Para o conceito agostiniano de ordem, no contexto sócio-político, a célebre passagem da *Civitate Dei* (livro XIX), onde se estabelece, no "quadro da paz", que esta "ordem natural" ou "justa ordem da natureza" é "a disposição dos seres iguais e dos diferentes, designando a cada qual o lugar que lhe convém" - cf. Ramos, 1996, *ibid.*

¹⁶⁵ "Na carta 120, a Consêncio, sobre a Trindade, Agostinho nos diz como é 'o verdadeiro Deus a suma justiça, ... imutavelmente', como 'a nossa justiça nos faz tanto mais semelhantes a Ele quanto mais participantes da Sua justiça', ... por enquanto de modo imperfeito, 'plenamente na eternidade' (Ep. 120, n. 19, 20)" - Cf. Ramos, 1996:7.

¹⁶⁶ Cf. O Livre Arbítrio, I, 5, 11.

¹⁶⁷ "Só se possui de direito o que se possui justamente, e só é justo o que é bom (*jure quod juste, et hoc juste quod bene*) ... Ora, 'ninguém possui mal a justiça e quem não ama não a possui. ... É-se, portanto, bom na medida em que se age bem; ... por isso ... são bons (os homens) por causa da participação da graça divina' (Ep. 153, n. 26.12.13)" - cf. Ramos, 1996:7-8.

¹⁶⁸ Cf. Ramos, 1996:21-22.

¹⁶⁹ Cf. Ramos, 1996:15. "Ora, nós sabemos que as Idéias de Deus são Deus; é necessário, pois, dizer que a Lei Divina, justamente porque se identifica com a Razão Divina, é, ela mesma, idêntica a Deus. Ela é, segundo a expressão familiar a Santo Agostinho e também retomada por Santo Tomás, a Arte divina através da qual todas as coisas são criadas e governadas" - Cf. Gilson, 1944:315.

¹⁷⁰ Cf. Ramos, 1996:22-23.

¹⁷¹ Cf. O Livre Arbítrio, II, 18, 47, 48, 49; II, 19, 50, 51, 52, 53; Cf., ainda, *De Trinitate*, IX, 12, 667; X, II, 678 e *passim*.

¹⁷² Cf. *De Trinitate*, IX, 12, 666.

¹⁷³ Cf. *De Trinitate*, XIV, 15, 701.

¹⁷⁴ Cf. Salgado (1995:232) acerca destas mesmas críticas nas relações entre o postulado da liberdade em Kant e a norma fundamental kelseniana, nas quais se fundamentou a afirmação feita no parágrafo do qual esta nota de rodapé faz parte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABIGNENTE, Angelo (1987). Adolf J. Merkl: La Costruzione a Gradi dell'Ordinamento Giuridico, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 06, a. XXXIII, novembre-dicembre, Padova: CEDAM.

AGOSTINHO (Santo) (1949). *La Cité de Dieu*, s.n.t., Paris: Bordas, 245p.

AGOSTINHO (Santo) (1956). *De Spiritu et Littera*, in *Obras de San Agustín*, Vol. VI, versión y introducción de Pe. Emiliano López, OSA, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos/La Editorial Católica S.A., 1172p.

AGOSTINHO (Santo) (1957). *De Doctrina Christiana*, in *Obras de San Agustín*, Vol. XV, edición preparada por el Padre Fr. Balbino Martín O., S.A., Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos/La Editorial Católica S.A., 1271p.

- AGOSTINHO (Santo) (1973). *Confissões*, tradução de J. Oliveira Santos, S.J. e A. Ambrósio de Pina, S.J., in *Os Pensadores*, Vol. 6, Rio de Janeiro: Editora Abril, 356p.
- AGOSTINHO (Santo) (1973). *De Magistro*, tradução de Angelo Ricci, in *Os Pensadores*, Vol. 6, Rio de Janeiro: Editora Abril, 356p.
- AGOSTINHO (Santo) (1979). *De Trinitate* (Tratado sobre La Santíssima Trinitad), in *Los Filósofos Medievales*, Vol. I, selección de textos por Clemente Fernandez, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos/La Editorial Católica S.A., 753p.
- AGOSTINHO (Santo) (1994). *A Verdadeira Religião*, tradução do original latino, notas, introdução, índices e organização geral por Ir. Nair de Assis Oliveira - CSA, São Paulo: Edições Paulinas, 213p.
- AGOSTINHO (Santo) (1990). *A Cidade de Deus Contra os Pagãos - Parte II: livros XI a XXII*, tradução de Oscar Paes Leme, 2ª edição, Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes/São Paulo: Federação Agostiniana Brasileira, 589p.
- AGOSTINHO (Santo) (1991). *A Doutrina Cristã*, tradução de Ir. Nair de Assis Oliveira, CSA., São Paulo: Edições Paulinas S.A., 388p.
- AGOSTINHO (Santo) (1994). *A Trindade*, tradução do original latino e introdução por Agustino Belmonte, OAR; revisão e notas complementares por Ir. Nair de Assis Oliveira, CSA, São Paulo: Paulus, 726p.
- AGOSTINHO (Santo) (1995). *O Livre Arbítrio*, tradução, organização, introdução e notas por Ir. Nair de Assis Oliveira, csa., São Paulo: Paulus, 293p.
- ANDRADE, Christiano José de (1991). *Hermenêutica Jurídica no Brasil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 269p.
- ARENDT, Hannah (1978). *Augustine, The First Philosopher of the Will*, in *The Life of The Mind*, Volume Two - *Willing*, London: Martin Secker & Warburg Limited, 277p.
- BOEHNER, Philoteus & GILSON, Étienne (1991). *História da Filosofia Cristã*

- tradução de Raimundo Vier, 5ª edição, Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 582p.
- CALSAMIGLIA, Albert (1977). *Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 253p.
- CILLERUELO, Pe. Lope (1957). *Introdução à obra De Doctrina Christiana*, in "Obras de San Agustín", Vol. XV, edición preparada por el Padre Fr. Balbino Martín O., S.A., Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos/La Editorial Católica S.A., 1271p.
- COPLESTON, S.J, Frederick (1983). *História de la Filosofia*, Vol. II, traducción de Juan Carlos García Borron, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 582p.
- CORREAS, Óscar (1990). *Kelsen y el Kantismo*, in *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, n. 69, a. XXIII, septiembre-diciembre, México (D.F): UNAM.
- COTARELO, Juan García (1982). *Ideologia y Conocimiento: El Formalismo Jurídico en Hans Kelsen* in *Revista de Política Comparada*, n. 07, Madrid: Universidad Nacional Menéndez-Pelayo / UNED.
- CROUSE, R. D. (1987). *Augustinian Platonism in Early Medieval Theology*, paper presented at Toronto Conference (Trinity College, 1987), to mark the sedecentenary of the conversion/baptism of Augustine of Hippo - [ftp://panda1.outawwa.ca][directory/pub/religion].
- FREUD, Sigmund (1974). *O Futuro de uma Ilusão*, trad. de José Octávio de Aguiar Abreu, Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 309p. (primeiro em: *Die Zukunft einer Illusion*, in *Internazionaler Psychoanalytischer Verlag*, Leipzig, Wien & Zurich, 1927)
- GARCÍA, Manuel Calvo (1994). *Los Fundamentos del Método Jurídico. Una Revisión Crítica*, Madrid: Editorial Tecnos, S.S., 299p.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1990). *Hans Kelsen on the Deduction of Validity*, in *Rechtstheorie*, n. 21, Berlin, Duncker & Humblot.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1995). *Pure Theory of Law and tacit alternative clause: a paradox?*, in *Cognition and Interpretation of Law*, Letizia Gianformaggio & Stanley L. Paulson (eds.), pp. 257-276, Torino: G. Giappichelli Editore, 313p.

- GILSON, Étienne (1944). L'Esprit de la Philosophie Médiévale, deuxième édition, revue, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 446p.
- GILSON, Étienne (1995). A Filosofia na Idade Média, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 949p.
- HENNIGFELD, Jochen (1991). Verbum - Signum. La Définition du Langage chez S. Augustin et Nicolas de Cusa in Archives de Philosophie, Tome 54, Cahier 2, avril-juin, Paris: Beauchesne Éditeur.
- KATZ, Sheri (1996). Memory and Mind: an Introduction to Augustine's epistemology [http://ccat.sas.upenn.edu/jod/augustine/sheri.html].
- KELSEN, Hans (1982). Sulla Teoria dell'Interpretazione, in Il Primato del Parlamento, a cura di Carmelo Geraci, Milano: Giuffrè Editore, 233p. (primeiro em Zur Theorie der Interpretation, in Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, VIII, 1934).
- KELSEN, Hans (1982a). Giurisdizione e Amministrazione, in Il Primato del Parlamento, a cura di Carmelo Geraci, Milano: Giuffrè Editore, 233p. (primeiro em Justiz und Verwaltung, in Zeitschrift für soziales Rechts, 1, 1929).
- KELSEN, Hans (1984). Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, 6a. ed., Coimbra: Arménio Amado - Editora, 484p. (primeiro em Reine Rechtslehre, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960).
- KELSEN, Hans (1986). Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales: traducción de Florencio Acosta, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 209p. (primeiro em Law and Peace in International Relations, Cambridge: Harvard University Press, 1942).
- KELSEN, Hans (1986a). Teoria Geral das Normas, tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 509p. (primeiro em Allgemeine Theorie der Normen, Wien: Manzschke Verlag - und Universitätsbuchhandlung, 1979).
- KELSEN, Hans (1987). Problemas Capitales de la Teoria Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la Doctrina de la Proposición Jurídica): traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 621p. (primeiro em Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze, Tübingen:

- J.C.B. Mohr, 1923).
- KELSEN, Hans (1991). Carta Inédita dirigida a Renato Treves, traduzida por Leonel Severo Rocha, in Contradogmáticas - Revista Internacional de Filosofia e Sociologia do Direito, n. 9, São Paulo: Editora Acadêmica (primeiro em Droit et Societé, n. 07, Paris, L.G.D.J., 1977).
- LALANDE, André (1993). Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Volume 2 (N-Z), Paris, toisième édition (Collection Quadrige), Paris: Presses Universitaires de France, 1323p.
- LOSANO, Mario G. (1981). Il Rapporto tra Validità ed Efficacia nella Doutrina Pura del Diritto, in Sociologia del Diritto, n. 2, a. VIII, Milano: Franco Angeli Editore.
- LOSANO, Mario G. (1990). Introdução à obra "O Problema da Justiça", de Hans Kelsen, São Paulo: Martins Fontes, 149p.
- LÖSSL, Josef (1995). Augustine: Exegete or Philosopher?, translated by Kenneth B. Steinhauser, in Theology Digest, 42:1, Duluth, MN: Saint Louis University.
- MACHADO, Hugo de Brito (1983). Interpretação e Aplicação da Norma Jurídica na Teoria Pura do Direito, in Revista Forense, Vol. 281, ano 79, jan./fev./março, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense.
- MANZIN, Maurizio (1990). L'Autorità della Ragione e le Ragioni dell'Autorità. Il De Utilitate Credendi di S. Agostino, in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, nº 3, LXVII, luglio-settembre, Milano: Giuffrè Editore.
- MERKL, Adolf Julius (1987). Prolegomina ad una Teoria della Costruzioni a Gradine del Diritto, in Il Duplice Volto del Diritto - Il Sistema Kelseniano e altri Saggi, a cura di Carmelo Geraci, Milano: Giuffrè Editore, 359p. (primeiro em Prolegomena einer theorie des rechtlichen Stufenbaues, in Gesellschaft, Staat und Recht - Festschrift gewidnet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien, 1931).
- NIÑO, Carlos Santiago (1985). La Validez del Derecho, Buenos Aires: Editorial Astrea, 229p.
- O'DONNELL, James J. (1996). Augustine. Elements of Christianity -

[<http://ccat.sas.upenn.edu/jod/twayne/aug2.html>].

OLIVEIRA, Ir. Nair de Assis - CSA (1991). Introdução à obra "A Doutrina Cristã", de Santo agostinho, São Paulo: Edições Paulinas S.A., 388p.

OLIVEIRA, Ir. Nair de Assis - CSA (1994). Notas Complementares à obra "A Trindade", de Santo Agostinho, São Paulo: Paulus, 726p.

OST, François & Van de KERCHOVE, Michel (1987). Jalons pour une Théorie Critique du Droit, Bruxelles: Facultés Universitaires Saint Louis, 602p.

OST, François & Van de KERCHOVE, Michel (1991). La Referencia a Dios en la Teoria Pura del Derecho de Hans Kelsen, traductor Enrique E. Mari, in Materiales para una Teoria Critica del Derecho, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 451p.

PAULSON, Stanley L. (1987). La normativité dans La Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants ?, traduzido do inglês por Françoise Michaut, in Droit et Société, n. 7, pp. 349-370, Paris: L.G.D.J./C.R.I.V.

PAULSON, Stanley L. (1990). Kelsen on legal interpretation, in Legal Studies Vol. 10, n. 2, pp. 136-152.

PAULSON, Stanley L. (1990a). Lässt sich die Reine Rechtslehre transzendental Begründen?, in Rechtstheorie, n. 21, pp. 155-179, Berlin: Duncker & Humblot.

PAULSON, Stanley L. (1991). La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica, tradução por José García Añón, in Doxa, n. 9, pp. 173-187.

PAULSON, Stanley L. (1991a). Verfassungsmäßigkeit und <<normative Alternativen>>, in Staatsrecht in Theorie und Praxis (Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, Heinz Mayer (hrsg.), pp. 535-548, Wien: Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

PAULSON, Stanley L. (1993). Die unterschiedlichen Formulierung der "Grundnorm", in Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit (Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson et alli (hrsg.), pp. 53-74, Berlin: Duncker & Humblot.

PAULSON, Stanley L. (1995). Legal knowledge versus legal interpretation? On Kelsen's philosophical reconstruction and its limits, in Cognition

and Interpretation of Law, Letizia Gianformaggio & Stanley L. Paulson (eds.), pp. 117-140, Torino: G. Giappichelli Editore, 313p.

PEDROSA, Bernadette (1977). Dois Estudos sobre Kelsen. I - O Método Fenomenológico na Obra de Kelsen. II - A Interpretação Jurídica na Teoria Pura do Direito, in Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, Vol. XXI, n. 21, Recife.

RAMOS, Pe. Francisco Manfredo Tomás (1996). Ética e Direito em Agostinho (um ensaio sobre a "Lei Temporal"), texto inédito [comunicação apresentada ao IV Congresso Latino-Americano de Teologia Moral (São Paulo, 1996)], mimeografado.

SALGADO, Joaquim Carlos (1995). A Idéia de Justiça em Kant, 2a. Edição, Belo Horizonte: Editora UFMG, 372p.

VERWEYEN, J. M. (1957). Historia de la Filosofia Medieval, traducción por Emilio Estiú, Buenos Aires: Editorial Nova, 292p.

WELZEL, Hans (1965). Diritto Naturale e Giustizia Materiale, a cura di Giuseppe de Stefano, Milano: Giuffrè Editore, 394p.

A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO ASPECTOS PROCESSUAIS

RÔMULO GUILHERME LEITÃO
Procurador do Município

SUMÁRIO

- 1 Introdução: Delimitação do tema
- 2 Conceito do termo Fazenda Pública
- 3 Fazenda Pública e o Código de Processo Civil
- 4 Privilégios ou prerrogativas da Fazenda Pública
- 5 Impenhorabilidade dos bens públicos e os precatórios judiciais
- 6 Prazo prescricional contra a Fazenda Pública
- 7 Prazos processuais
- 8 Duplo grau de jurisdição obrigatório
- 9 Custas processuais
- 10 O Procurador Judicial da Fazenda Pública
- 11 A execução fiscal

1. INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO TEMA

Os limites desta monografia são os aspectos processuais da Fazenda Pública em juízo. Não se pretende, entretanto, com o presente trabalho lançar novas luzes sobre a matéria, tampouco sugerir um sistema judicial diferente do que está posto quando se tem a Fazenda Pública como uma das partes da demanda.

Pretende-se, tão-somente, abordar, ainda que modestamente, aspectos de ordem prática do cotidiano forense da representação judicial da Fazenda Pública, detectando por vezes dificuldades e excessos oriundos de interpretação imprópria da legislação aplicável, mas sem descurar-se de uma análise científica e, portanto, despida de qualquer paixão.

Inicia-se o trabalho com a definição do termo Fazenda Pública, de significado múltiplo e usado com diversas acepções pela literatura jurídica moderna.

Em seguida é situado o termo 'Fazenda Pública' no âmbito do Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, enfatizando-se a falta de uniformização da técnica legislativa, ao generalizar a expressão.

Apesar dos modestos limites do trabalho, como já demonstrado no tópico precedente, examina-se a polêmica da convivência em um mesmo ordenamento jurídico de princípios que indicam para a isonomia das partes

em juízo, mas conferem prerrogativas à 'Fazenda Pública'.

Por fim, procura-se examinar do ponto de vista prático as prerrogativas e garantias dos entes públicos quando em juízo, como a impenhorabilidade dos bens; os prazos prescricionais e processuais; a eficácia da sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública; a desnecessidade de antecipação de custas processuais; a figura do procurador judicial, como agente manipulador das prerrogativas; a Lei n° 6.830/80 - Lei de Execuções Fiscais - e, por fim, o cumprimento de obrigações pecuniárias pela Fazenda Pública, os precatórios judiciais.

2. CONCEITO MODERNO DE FAZENDA PÚBLICA

O termo fazenda pública é usado no Código de Processo Civil e na legislação em geral com várias acepções. Em primeiro lugar é termo genérico que abrange as três classes de Fazenda, seja da União, dos Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Na lição de Alcides de Mendonça Lima¹, "*Ora o Código de Processo Civil se refere, genericamente, apenas à 'Fazenda Pública' (v.g. arts. 20, § 4º; 27; 188, etc), ou discrimina as três modalidades, sem manter um sistema uniforme (v.g. arts. 511 e 942). Em outros dispositivos, porém, a municipal está excluída expressamente (arts. 699; 1143)234 ou implicitamente, porque a matéria não está sujeita ao seu alcance (v.g. arts. 988,IX; 999; 1007 e outros de inventário e arrolamento).*

Ainda no mesmo sentido, Castro Nunes já propunha um melhor tratamento semântico ao termo, sugerindo que "(...) quando o Estado vem a juízo como autor ou réu de pretensão outra, diversa da relativa a impostos ou tributos, a expressão mais apropriada é União, Estado ou Município."

De qualquer sorte, o termo Fazenda Pública é entendido como a Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, autarquias, funções públicas ou por seus órgãos que possuam capacidade processual.

3. FAZENDA PÚBLICA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O presente tópico objetiva tão-somente demonstrar a importância do tema fazenda pública, tomando-se por parâmetro a presença do termo nas diversas normas processuais vigentes. Merece destaque, outrossim, a diversidade de significados atribuídos à expressão, vezes como Fazenda Pública Municipal, Estadual ou Nacional, vezes como Ministério da Fazenda e até mesmo como Poder Público.

A pesquisa discriminada a seguir restringe-se ao termo 'Fazenda'

no âmbito do Código de Processo Civil e da Legislação Processual em vigor.

A primeira espécie normativa de que se cuida é a Lei n° 6.830 de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Esta lei rege todo o processo de execução fiscal dos entes públicos que detêm esta prerrogativa, especificando o artigo 1° a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas Autarquias. Como não poderia ser diferente, o termo 'Fazenda' pode ser encontrado em todos os artigos que compõem esta lei, à exceção do artigo 42.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - **RISTJ** - dispõe sobre a Fazenda Pública nos artigos 21, 109, 309, 310, 311, 343 e 345.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - **RISTF** - dispõe sobre a Fazenda Pública nos artigos 61, 110, 345 e 346.

O Código de Processo Civil - **CPC** - instituído pela Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 aborda o tema em diversos artigos, a saber, art. 20, 27, 141, 188, 197, 240, 277, 475, 578, 585, 699, 730, 731, 943, 999, 1.002, 1.007, 1.008, 1.013, 1.026, 1.031, 1.108, 1.145, 1.151, 1.155, 1.169, 1.172 e 1.206.

A Lei n° **8.866, de 11 de abril de 1994**, dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e dá outras providências e aborda o tema nos artigos 1°, 3° e 4°. Nos demais artigos e parágrafos a expressão 'cofres públicos' é usada repetidas vezes com sentido de 'Fazenda Pública'.

A Lei n° **8.397, de 06 de janeiro de 1992**, institui a medida cautelar fiscal e dá outras providências, mencionando o tema nos artigos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 10, 11, 13, 14, 15 e 16.

O Decreto-Lei n° **70, de 21 de novembro de 1966**, autoriza o funcionamento de associações de poupanças e empréstimos, institui a cédula hipotecária e dá outras providências, menciona o termo no artigo 33.

A Lei n° **6.032, de 30 de abril de 1974**, dispõe sobre o regimento de custas da Justiça Federal e aborda o tema nos artigos 4° e 24

O Decreto-Lei n° **3.365, de 21 de junho de 1941**, dispõe sobre desapropriação por utilidade pública e contém a terminologia em questão nos artigos 35 e 28

O Decreto n° **86.649, de 25 de novembro de 1981**, regulamenta a Lei n° 6.899, de 08 de abril de 1981, que determina a aplicação de correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. Aborda o tema no artigo 4°.

O Decreto-Lei n° **858, de 11 de setembro de 1969**, dispõe sobre a cobrança e a correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência e dá outras providências e dedica o artigo 3° ao tema.

A Lei n° **8.906, de 04 de julho de 1994**, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, menciona a palavra 'Fazenda Pública' nos artigos 3° e 30.

A Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2º do artigo 589 do Código Civil e dá outras providências. Menciona o tema no artigo 5º.

O Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 - CPC antigo. Menciona o Ministério da Fazenda no artigo 744, § 2º.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Dedicada ao tema o artigo 3º.

A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a eles pertinentes, dedica ao tema o artigo 75.

A Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e dá outras providências. Faz menção ao tema no artigo 41.

A Lei nº 8.494, de 23 de novembro de 1992, dedica ao tema o artigo 2º.

4. PRIVILÉGIOS OU PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

A polêmica acerca da existência no ordenamento jurídico brasileiro de privilégios processuais em favor dos entes públicos não é de origem recente e foi renovada com vigor após a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que privilegia o devido processo legal (*due process of law*), já positivado em nosso ordenamento através do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil⁴.

Em artigo recém publicado o professor Willis Santiago Guerra Filho⁵ desenvolve interessante e responsável abordagem acerca do tema, com vistas a examinar os privilégios/prerrogativas à luz dos princípios da isonomia e proporcionalidade, a fim de detectar privilégios incompatíveis com a atual ordem constitucional ou prerrogativas que em nada maculam o devido processo legal.

A identificação de privilégios ou prerrogativas em favor da 'Fazenda Pública' não comporta exame aprofundado nos lindes do presente trabalho. Nos tópicos que se seguem, entretanto, abordar-se-á individualmente a matéria sempre procurando identificar a presença de privilégio que atente contra o princípio da igualdade das partes em juízo.

5. IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS E OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS

A impenhorabilidade dos bens públicos é decorrência lógica do

disposto no artigo 100 e §§ da Constituição Federal, que dispõe acerca da forma como se processará a execução de sentenças judiciais contra da Fazenda Pública, em sentido amplo (Fazenda Nacional, Estadual, Municipal e autarquias)

"Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito."

O Código de Processo Civil, por seu turno, disciplina a matéria execução contra a Fazenda Pública, em seus artigos 730 e 731 -, de logo observando-se que o ente público será citado para oferecer embargos no prazo de 10 (dez) dias, não se cogitando da regra de nomeação de bens para garantia do juízo.

Na hipótese de não interposição dos embargos à execução, desencadear-se-á o precatório judicial por meio de requisitório do juiz competente para a causa, por intermédio do presidente do Tribunal competente para conhecer de eventuais recursos. Consigna o inciso II, artigo 730, CPC, que o pagamento da obrigação líquida imposta à Fazenda Pública será feita na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Situação processual digna de nota é a hipótese que ocorre com a preterição do direito de preferência do credor, quando o presidente do tribunal que expediu a ordem, após consulta ao chefe do Ministério Público, determinará o seqüestro da quantia necessária para satisfação do débito, nos termos do inciso II, artigo 731 do Código de Processo Civil.

O precatório judicial tem tratamento ordinário através da lei n° 8.197 de 27 de junho de 1991, que *disciplina a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei n° 6.895, de 22 de setembro de 1980, e dá outras providências.*

Em verdade, a Lei n° 8.197/91 dedica ao tema somente o artigo 4° (*"Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal e pelas Autarquias e Fundações Públicas far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciais e à conta do respectivo crédito."* " § único - *É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigações de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais."*

Polêmica de grandes proporções que se travou em torno do artigo 100 da Constituição Federal, justifica os termos da Lei n° 8.197/91, artigo 4°. É que a redação da norma constitucional, na opinião de alguns juristas, indicava que créditos de natureza alimentícia não se incluíam no precatório (*À exceção dos créditos de natureza alimentícia...*), em contrapartida, opiniões sustentavam que o crédito de natureza alimentícia não se sujeitava à ordem cronológica de apresentação, mas deveriam ser pagos por meio de precatório.

O Supremo Tribunal Federal, pondo fim à polêmica, na qualidade de Guardião da Constituição, decidiu, por maioria de votos, ao apreciar a Ação de Direta de Inconstitucionalidade n° 47, *"que a exceção estabelecida no artigo 100 "caput", da Constituição Federal, em favor dos denominados créditos de natureza alimentícia, não dispensa o precatório, mas se limita a isentá-los da observância da ordem cronológica em relação às dívidas de outra natureza, porventura mais antigas."*⁶

Após a tomada de posição do Supremo Tribunal Federal e da edição da Lei n° 8.197/91, a matéria é pacífica, no sentido de haver prevalência do pagamento de créditos de natureza alimentícia sobre dívidas de natureza diversa, mas, por meio de precatório e em concurso com as demais dívidas de natureza alimentícia.

Outro aspecto gerador de polêmica no meio forense diz respeito à possibilidade de pagamento imediato de valores decorrentes de transação em juízo em que figura como uma das partes a Fazenda Pública, especificamente, à celebração de acordos judiciais após o trânsito em julgado da sentença desfavorável à Fazenda Pública.

O Professor Américo Luís Martins da Silva⁷, em exclusiva monografia acerca do tema é taxativo no sentido de autorizar a transação desde que haja numerário suficiente para atender todas as partes que se encontrarem em situação semelhante, sob pena de configurar discriminação

ou preterição. Eis importante passagem de sua monografia:

"Caso haja lastro orçamentário dentro da rubrica 'pagamento de sentenças judiciais', entendemos que a Fazenda Pública não só pode como deve ir pagando, após o trânsito em julgado das sentenças proferidas em embargos à execução ou do devedor (no caso de improcedência total ou procedência parcial) ou após decorrido o prazo para oferecer embargos sem que o tenha feito, os valores apurados em liquidação de sentença, até que se esgote o montante da previsão orçamentária. O que a Fazenda Pública não pode fazer é escolher dentre os casos que se encontram na mesma situação para realizar pagamento imediato, uma vez que isto é contrário aos objetivos das disposições constitucionais e legais a respeito da matéria, ou seja, entendemos que o principal objetivo do legislador, constituinte ou ordinário, não seja o de impedir que a Fazenda Pública efetue o pagamento imediato da condenação judicial, caso possua a quantia necessária para cobrir os valores devidos e destinada a esse fim, mas sim, impedir que se privilegie alguns exequentes em detrimento de outros cujo processo de execução encontra-se na mesma fase. De maneira que, a nosso ver, a Fazenda Pública pode pagar as condenações antes que sejam expedidos os precatórios, desde que o faça em relação a todos os casos que se encontram na mesma situação ou respeite a antiguidade do trânsito em julgado da sentença que julgou os embargos ou do término do prazo para oferecer os embargos, a fim de que não haja qualquer espécie de discriminação ou preterição."

6. PRAZO PRESCRICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O instituto da prescrição surgiu no Direito Romano, na época das Leis das XII Tábuas, como mecanismo de defesa do possuidor em relação à posse. O decurso do tempo transformaria o possuidor em proprietário.

Posteriormente distinguiram-se claramente duas espécies de prescrição - aquisitiva ou usucapião e liberatória ou extintiva - esta última, no direito moderno, denominada tão-somente prescrição.

O professor Wald⁸ em seu respeitável Curso de Direito Civil Brasileiro, conceitua a prescrição *"como o decurso do tempo que faz convalescer uma lesão de direito no interesse social."* De aguçado senso o conceito porque demonstra a prescrição não do direito em si, mas a lesão ao direito. E prossegue o civilista, *"Se invocarmos a idéia de que toda lesão de direito cria uma responsabilidade em virtude da qual o prejudicado pode recorrer à Justiça para obter*

*o ressarcimento dos danos sofridos, podemos afirmar que a prescrição faz desaparecer a responsabilidade, mantendo, todavia, em vigor, mas desarmada, a relação originária. Tanto assim é que, se for paga uma dívida prescrita, quem a pagou não pode exigir a devolução do pagamento da dívida prescrita."*⁹

O professor Hely Lopes Meirelles, em seu monumental "Direito Administrativo Brasileiro" define a prescrição como sendo "a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo"¹⁰, e a distingue da decadência ou caducidade, que é o perecimento do próprio direito pelo não exercício no prazo legal.

A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias, por sua vez, é disciplinada no Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que em seu artigo 1º já dispõe: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

O Decreto nº 20.910/32 é complementado pelo Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942 que em seu artigo 2º dispõe: "Art. 2º. O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer e ação contra os mesmos.". Como se verifica do texto transcrito, estendeu-se a regra da prescrição quinquenal às autarquias, fundações públicas e entidades paraestatais.

Digno de nota é o fato de que tanto o Decreto nº 20.910/32 como o Decreto-lei nº 4.597/42 surgiram durante o governo autoritário de Getúlio Vargas, demonstrando o cuidado extremado de governantes centralizadores com os interesses da fazenda pública em detrimento do interesse privado.

Com relação à prescrição das ações reais contra a Fazenda Pública, a jurisprudência e doutrina inclinam-se por admitir como sendo a comum de dez ou quinze anos, não se aplicando o decreto regulamentador da prescrição quinquenal. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles "(...) sobejam razões para essa orientação jurisprudencial, uma vez que não se pode admitir pretendesse o legislador alterar o instituto da propriedade, ao abreviar a prescrição em favor da Fazenda Pública."²¹⁸. E prossegue Meirelles, "admitir-se a prescrição quinquenal nas ações reais, equivaleria a estabelecer um usucapião de cinco anos em favor da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, o que seria um novo meio de adquirir, não admitidos por lei." Discordar desta posição é admitir a existência de autêntico privilégio em favor da Fazenda Pública.

A interrupção da prescrição contra a Fazenda Pública, por sua vez, ganha tratamento diverso nos moldes do Decreto-lei nº 4.597/42, artigo 3º. Com efeito, a interrupção só se dá uma vez, recomeçando a correr pela

metade do prazo da data do ato que a interrompeu (Hely Lopes); consumar-se-á no curso da lide sempre que, a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora transitada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio (metade dos cinco anos).

Em abrandamento da regra acima mencionada, o STJ editou a Súmula 383, cujo teor é o seguinte: "A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo."

Com relação à prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular, aplica-se a regra do Código Civil Brasileiro no Livro III, Título III, artigos 161 a 179, onde se disciplinam as causas que impedem ou suspendem a prescrição; as causas que interrompem a prescrição e os prazos prescricionais.

7. PRAZOS PROCESSUAIS

A Fazenda Pública, por força do artigo 188 do Código de Processo Civil, possui prazo em quádruplo para oferecer contestação e em dobro para apresentar recurso. Excetua-se os prazos estipulados em leis especiais (v.g., informações em mandado de segurança, 10 dias)

Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Vale ressaltar, por oportuno, que a regra do CPC, 188, não se estende às sociedades de economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos e entes de cooperação em geral.

O anteprojeto do atual Código de Processo Civil, da lavra do eminente Alfredo Buzaid, por sua vez, concedia à Fazenda Pública e Ministério Público o mesmo prazo deferido às partes, não admitindo o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar. No projeto definitivo, no entanto, a regra restou ressuscitada, como menciona o professor Willis Santiago Guerra Filho em artigo já citado, e permanece imutável até os dias de hoje.

Com efeito, não nos parece um privilégio que afronte o devido processo legal, ou que não resista a uma análise do ponto de vista do Princípio da Proporcionalidade, como anota Willis Guerra Filho, com a devida vênia.

Dando seqüência ao que já foi mencionado no tópico primeiro do presente trabalho, há de se abordar o tema tomando-se por base o cotidiano prático, as tendências dos tribunais e a parca experiência pessoal do autor. Sabe-se que em favor dos entes públicos, para justificar a prerrogativa processual do benefício do prazo, erigem-se dois pontos fundamentais, a

saber: i) interesse público tutelado e ii) dificuldades de ordem burocráticas.

Interesse Público Tutelado: A Administração Pública em juízo recebe a denominação de Fazenda Pública porque, em última análise, é o erário que suporta eventuais encargos patrimoniais da demanda. Via de regra, qualquer demanda judicial envolve despesas com o erário público, seja pretensão que envolva servidores públicos, ações de ressarcimento por danos materiais ou morais ou ações anulatórias cujo ato impugnado venha a causar prejuízos ao particular. Dessa forma, a posição do ente estatal em juízo sempre será a de defesa do interesse público e, assim, o reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o privado. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados."¹² A par da natureza do direito tutelado é de se dispensar tratamento diverso do interesse puramente privado, de ordem, no mais das vezes, patrimonial.

Dificuldades de Ordem Burocrática: Acresçam-se à qualidade do interesse defendido em juízo as dificuldades de ordem prática do litígio entre o particular e a Administração Pública. Com efeito, a maioria das demandas envolvendo a Fazenda Pública necessitam a produção de provas documentais de vagarosa colheita. À obrigatoriedade imposta aos representantes judiciais da Fazenda Pública de obter documentos, certidões, ofícios, fichas financeiras, atos de nomeação ou disposição, é de se acrescentar o número de litisconsortes que, na maioria das vezes, ultrapassa as dezenas. Poder-se-ia contrapor esta justificativa com o argumento de que a máquina estatal é desorganizada e lenta, imperando uma burocracia "kafkiana" e que caberia aos entes estatais acomodarem-se às novas exigências. Ocorre, no entanto, que as dificuldades temporais de oferecer defesa ou interpor recursos, diante da lentidão do Estado em dar respostas rápidas às necessidades da Fazenda Pública em juízo, são agravadas pela quantidade de ações postas em juízo.

Argumentar-se-á que a grande quantidade de ações envolvendo entes de direito público e que abarrotam os diversos juízos e cortes é conseqüência do tratamento vezes ilegal e inconstitucional que o administrador público confere aos servidores e particulares. Pode ser verdadeiro, mas não justifica a supressão da prerrogativa, sob pena de causar dano mais grave a toda a coletividade.

O benefício dos prazos concedidos à Fazenda Pública recebe importante tratamento da Jurisprudência dos Tribunais pátrios, que abranda eventuais distorções das prerrogativas, senão veja-se:

Sobre prazos previstos em leis especiais:

"É dominante a jurisprudência de que a pessoa jurídica de direito público tem prazo em dobro para recorrer, no mandado de segurança (STF -1ª Turma, RE 97.283-8- EDcl -BA, rel. Min. Rafael Mayer, j. 23.11.82, receberam em parte os embs. de declaração, v.u., DJU 17.12.82, p. 13.211, 1ª col., em.; RSTJ 60/350; STJ-1ª Turma, REsp 37.312-3-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9.3.94, deram provimento, v.u., DJU 25.4.94, p. 9.204, 1ª col., em. (caso de autarquia); RTFR 73/26, caso de autarquia; TFR -2ª Turma, REO 79.593-ES, j. 22.4.77, DJU 1.8.77, p. 5.162, 3ª col., em., caso de autarquia; RT 605/146, à p. 147; RJTJESP 30/136, 39/50, maioria de votos). Em RTJ 110/258, os Ministros Soares Muñoz, Oscar Corrêa, Nêri da Silveira e Rafael Mayer (pp. 263, 279 e 280) entenderam que o prazo é em dobro; o Ministro Buzaid (p. 276), que é singelo; os demais não se pronunciaram expressamente.¹³

"Sempre que houver prazo especial só para a Fazenda Pública (v.g., arts. 699, 730, 1.002, 1.033; LEF 17-"caput", 24-II-"b" e § ún.), o prazo é singelo."¹⁴

"Aplica-se o art. 188 do CPC sempre que a Fazenda Pública não tiver prazo especial" (TFR -5ª Turma, AC 82.758-SP, rel. Min. Pedro Acioli, j. 19.10.83, deram provimento, v.u., DJU 24.5.84, p. 8.149, 1ª col., em.)¹⁵

Sobre o CPC, 188 e CF/88

"Mantém-se o benefício estabelecido pelo art. 188 do CPC, mesmo após o advento da Carta Política de 1988" (STJ -2ª Seção, AR 250-MT- AgRg, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.6.90, negaram provimento, v.u., DJU 6.8.90, p. 7.317, 2ª col., em.). No mesmo sentido: STF -1ª Turma, RE 181.138-2-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 6.9.94, conheceram e deram provimento, v.u., DJU 12.5.95, p. 13.019, 1ª col., em."¹⁶

Artigo 188 em reconvenção e exceção

"A Fazenda Pública tem prazo em quádruplo:
 - para reconvir (STF - RTJ 88/628, RJTJESP 55/181, JTJ 159/182);
 - para apresentar exceção (STJ -2ª Turma, REsp 8.233-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.4.91, negaram provimento, v.u., DJU 13.5.91, p. 6.077, 1ª col., em.; RTFR 126/27, RT 610/55, RJTJESP 102/250; TFR -1ª Turma, Ag 52.815-PR, rel. Min. Dias Trindade, j. 26.5.87, deram

provimento para determinar o processamento da exceção, DJU 25.6.87, p. 13.019, 1ª col., em.; TFR -3ª Turma, Ag 50.508-RJ, rel. Min. Assis Toledo, j. 9.6.87, deram provimento, v.u., DJU 6.8.87, p. 15.249, 2ª col., em.; TFR -2ª Turma, Ag 58.789, rel. Min. Edson Vidigal, j. 29.11.88, v.u., "apud" Bol. do TFR 159/13; contra, entendendo que o prazo é singelo: RTFR 149/39; TFR -2ª Turma, Ag 56.242-RJ, rel. Min. Costa Lima, j. 10.5.88, deram provimento, v.u., DJU 30.6.88, p. 16.620, 2ª col., em.;

- para impugnar embargos à execução (JTA 59/143), salvo execução fiscal, em que tem o prazo singelo de 30 dias (LEF 17).¹⁷

Artigo 188 e contra-razões de recursos

"A Fazenda Pública não tem prazo em dobro para contra-arrazoar recurso (RTFR 121/22; TFR -Pleno, MS 98.615- AgRg -DF, rel. Min. Lauro Leitão, j. 28.6.84, negaram provimento, por maioria, DJU 29.11.84, p. 20.306, 1ª col., em.).¹⁸

Amplitude do Termo Fazenda Pública

"Fazenda Pública": leia-se, também, a União Federal, o Estado, a Prefeitura (RT 594/94), a Câmara Municipal (RJTJESP 118/227, maioria), fundação governamental (RSTJ 47/414), etc.¹⁹

Artigo 188 do CPC e as autarquias

"As autarquias se beneficiam do disposto no art. 188 do CPC. A propósito, há lei expressa, o Dec. lei 7.659, de 21.6.45 (em RT 157/424, Lex 1945/255, RDA 2/965, RF 104/192).

Neste sentido: RTJ 90/1.091 e RF 274/160, RTJ 95/321; STJ -1ª Turma, REsp 49.832-5-PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 31.8.94, deram provimento, v.u., DJU 26.9.94, p. 25.615, 1ª col., em.; RTFR 114/10, RT 472/184, RJTJESP 41/162, RAMPR 44/176.²⁰

Artigo 188 do CPC e empresas públicas e sociedades de economia

mista

"Não dispõem de prazo em dobro para recorrer:
- a empresa pública (JTJ 162/247);

- a sociedade de economia mista (STF -Pleno: RTJ 74/557).²¹

Artigo 188 e cumulação com o artigo 191

"O benefício do art. 188 não se aplica cumulativamente com o do art. 191 (RTFR 125/48; TFR -2ª Turma, Ag 43.545-BA, rel. Min. José Cândido, j. 17.5.83, negaram provimento, v.u., DJU 30.6.83, p. 9.847, 2ª col., em.; TFR -1ª Turma, Ag 49.484-RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 26.8.86, negaram provimento, v.u., DJU 9.10.86, p. 18.880, 1ª col., em.; RJTJESP 108/207). Por exemplo, na hipótese de ser litisconsorte de outro litigante, a Fazenda não tem prazo em quádruplo para recorrer (arts. 188 e 191, cumulados), mas apenas em dobro (ou 188, ou 191; não os dois, cumulativamente). Para falar nos autos, porém, se for litisconsorte, aplica-se-lhe o art. 191, o mesmo ocorrendo com o seu co-litigante."²²

8. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO

A sentença proferida contra a União, Estado e Município é sujeita à remessa ao tribunal competente para reexame obrigatório. A origem histórica da remessa obrigatória remonta ao direito medieval e, segundo o professor Nelson Nery Júnior, remetendo à Buzaid, não possui instituto correspondente, nos dias de hoje, no direito comparado. A remessa obrigatória foi uma tentativa de mitigar o imenso poder do magistrado medieval, quando do processo inquisitório, daí o surgimento, no direito lusitano, da 'apelação ex officio'.

Nas codificações brasileiras, tem-se notícia do reexame obrigatório, em 1831, cuja norma legal determinava a remessa obrigatória de sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional; no mesmo sentido há o artigo 822 do antigo Código de Processo Civil (1939) e, por fim, a contragosto do relator do anteprojeto, Alfredo Buzaid, o artigo 475, incisos I e II do atual Código de Processo Civil, de seguinte teor:

"Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

- I - que anular o casamento;
- II - proferida contra a União, o Estado e o Município;
- III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, n.

VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los."

Há de reconhecer-se, sem laivo de dúvida, estar-se diante de uma verdadeiro privilégio que afronta a igualdade das partes e o princípio da celeridade processual, para citar somente alguns. Com efeito, a remessa obrigatória não pode ser enquadrada como um recurso, por não conter a "voluntariedade, tipicidade, dialeticidade, o interesse de recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, características e pressupostos de admissibilidade dos recursos."²³

Ademais, como se não bastasse a ausência dos elementos anteriormente mencionados, a remessa obrigatória não vem no elenco do artigo 496 do Código de Processo Civil, onde de forma taxativa, se elencam, como cabíveis, os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Na opinião correta de Nelson Nery Júnior, a remessa obrigatória tem natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*, apesar do posicionamento contrário de parte da doutrina, que a considera recurso, tendo em conta algumas semelhanças que guarda o instituto com a apelação, havendo, assim, quem admita o cabimento de "embargos infringentes do acórdão não unânime proferido em remessa obrigatória, como se o houvesse sido em apelação não unânime, principalmente pelo âmbito da devolutividade, que, no caso, é plena."²⁴

Em nível de entendimento jurisprudencial sobre o reexame obrigatório levado a efeito em sentenças proferidas contra a Fazenda Pública ou julgada improcedente execução de dívida ativa, tem-se o seguinte:

Sentenças ainda sujeitas ao reexame necessário.

"Lei 2.664, de 3.12.55 - Dispõe sobre ações judiciais decorrentes de atos das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais (RT 245/653, Lex 1955/424, RDA 44/559, RF 163/476), art. 1º § 2º. Lei 6.739, de 5.12.79 (CCLCV 788, Lex 1979/937, Bol. AASP 1.096/supl.), art. 3º § ún. Esta lei dispõe sobre a matrícula e o registro de imóveis rurais e dá outras providências."²⁵

Amplitude e Limites do Reexame Necessário

"O princípio 'tantum devolutum quantum appellatum' não

inibe a apreciação de demais questões quando o processo sobe ao órgão 'ad quem' por força, inclusive, de remessa 'ex officio' que, indubitavelmente, não é recurso e, sim, obrigatoriedade imposta ao magistrado de submeter ao duplo grau de jurisdição o 'decisum' proferido" (RSTJ 6/59).²⁶

"Súmula 45 do STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (v. jurisprudência s/ esta Súmula em RSTJ 38/157 a 163). Neste sentido: RSTJ 14/256, 26/536, 29/502, 42/364, 65/388, STJ - RT 676/206, STJ - RT 679/218, STJ - RT 680/214, STJ - RT 682/211, STJ - RT 684/189, STJ - RT 686/215, STJ - RTJE 105/171, STJ - RTJE 110/204, STJ - Bol. AASP 1.717/293."²⁷

"Não havendo recurso voluntário da parte, o Tribunal não pode, em recurso 'ex officio', majorar a verba honorária arbitrada na sentença de primeiro grau, para agravar a situação da Fazenda Pública. É vedada, no direito brasileiro, a 'reformatio in pejus'" (RSTJ 36/447). No mesmo sentido: STJ - RT 707/198."²⁸

"Não se configura a "reformatio in pejus" se o tribunal se limita a tornar explícita a sentença, sem agravar a situação da entidade de direito público (STJ -1ª Turma, Resp 16.055-SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.2.92, não conheceram, v.u., DJU 6.4.92, p. 4.469, 2ª col., em.). Por exemplo: "a inclusão dos juros moratórios, nesse caso, não enseja agravamento, mas explicitação da condenação estabelecida pela sentença" (STJ - 2ª Turma, REsp 31.528-5-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.4.94, negaram provimento, v.u., DJU 16.5.95, p. 11.745, 2ª col., em.); no mesmo sentido: RTJE 134/99."²⁹

Reexame Necessário e Prescrição

"Fazenda Pública, revel, pode, no reexame necessário da sentença pelo tribunal, alegar prescrição (STJ -1ª Turma, REsp 3.049-0-PR, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 29.4.92, deram provimento, v.u., DJU 8.6.92, p. 8.598, 2ª col., em.).³⁰

Reexame Necessário e Embargos Infringentes

"Súmula 77 do TFR: Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa 'ex officio' (Código de Processo Civil, art. 475)"³¹

"Observe-se que, no reexame necessário em mandado de segurança, não se admitem embargos infringentes (v. LMS

12, nota 12, inclusive Súmula 597; cf. LMS 14, nota 8). V. nota seguinte."³²

"Embargos infringentes são impróprios para desafiar acórdão não unânime proferido em remessa 'ex officio' (revisão da Súmula n. 77 do TFR)" (RSTJ 46/364). Neste sentido: STJ - 1ª Turma, REsp 51.691-9-SP- EDcl, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9.11.94, receberam os embargos, v.u., DJU 12.12.94, p. 34.327, 2ª col., em."³³

Reexame Obrigatório e Agravo Retido

"Ao fazer o reexame necessário, o tribunal deve apreciar também o agravo retido (Athos Gusmão Carneiro: RT 496/15). Neste sentido, implicitamente: JTA 42/178, explicitamente: TFR -6ª Turma, REO 74.227-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 7.5.86, conheceram do agravo retido, por maioria, DJU 26.6.86, p. 11.506, 1ª col., em."³⁴

Reexame Obrigatório e Execução de Sentença

"Não é, portanto, exequível a sentença, neste caso, antes do reexame necessário (RTRF-3ª Região 17/89)."³⁵

Reexame Obrigatório e Ação Rescisória

"Procede ação rescisória contra sentença que não foi submetida ao duplo grau de jurisdição, nos casos do art. 475 (RSTJ 66/264)."³⁶

Reexame Obrigatório e Autarquias

"Súmula 620 do STF: "A sentença proferida contra autarquia não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa". Neste sentido: STF - RT 634/208; STJ - RJTJERGS 142/35.

Súmula 34 do TFR: "O duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, III)" (v. jurisprudência s/ esta Súmula em RTRF 78/45 a 47).

Súmula 137 do TFR: "A sentença que, em execução fiscal promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (CPC, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório"³⁷

Reexame Obrigatório e Coisa Julgada

"Súmula 423 do STF: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso 'ex officio', que se considera interposto 'ex lege'". V. CF 109, nota 13"³⁸

9. CUSTAS PROCESSUAIS

A Fazenda Pública, quando litiga em juízo, não está dispensada do pagamento de custas processuais. A prerrogativa que a lei lhe atribui é o pagamento das despesas do processo, ao final, se vencida.

Eis a inteligência do artigo 27 do CPC:

"Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas no final pelo vencido."

Com efeito, a enrobar a razão de ser desse comando legal, têm-se questões de ordem prática e, ao mesmo tempo, questões de ordem lógica. Estas últimas podem ser detectadas quando se tem em conta que, na maioria das vezes, à exceção da Fazenda Municipal e em última análise, a própria Fazenda Pública é credora das custas processuais que seriam devidas e cobradas no início da questão. As varas estaduais privativas dos feitos da Fazenda Pública, como órgãos integrantes da Administração Pública Estadual se, por imperativo legal, exigissem o pagamento de custas iniciais aos entes públicos estaduais, estariam cobrando de si mesmas, caso se faça uma análise da Administração Pública como um todo. Excepciona-se a esfera municipal, por não possuir poder judiciário próprio, mas, nesta hipótese, a justificativa de ordem prática é suficiente para manutenção da prerrogativa, senão veja-se.

Como já mencionado no tópico 7 "supra" - prazos processuais - as dificuldades engendradas por máquinas burocráticas inviabilizariam o depósito prévio de custas processuais por parte dos entes de direito público. Ao contrário do particular em juízo, que necessita tão-somente sacar o numerário suficiente para pagar as custas ou emitir cheque para fazer o pagamento, a Fazenda Pública enfrenta diversos expedientes, v.g., requisição do procurador, autorização do chefe de setor, envio de ofício à secretaria de finanças, preparo e assinatura do empenho etc. Todo este mecanismo inviabilizaria, até desestimularia a cobrança de dívidas de pequena monta, por exemplo, ou a interposição de recursos em determinados casos, e, em última análise, seria o interesse público o único prejudicado, em detrimento do interesse privado.

O entendimento jurisprudencial acerca do assunto guarda certa coerência com os fins da norma em questão.

Custas Processuais e Oficial de Justiça

"Adiantamento de despesas para o oficial de justiça. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhar processual. O oficial de justiça não está obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, também compreendidas as suas autarquias, com as despesas necessárias para a execução de atos judiciais" (STJ - 1ª Seção: RSTJ 71/43, v.u.).³⁹

Custas Processuais e Honorários Periciais

"A Fazenda Pública, em sendo parte na causa, deve depositar previamente os honorários do perito judicial" se for a requerente da medida (STJ-Corte Especial ED no REsp 10.945-5-SP, rel. Min. César Rocha, j. 9.11.95, rejeitaram os embs., dois votos vencidos, DJU 26.2.96, p. 3.906, 2ª col., em.).⁴⁰

Custas Processuais e Autarquias

"A concessão estabelecida no art. 27 abrange também as autarquias (TFR -5ª Turma, Ag 44.912-SP, rel. Min. Sebastião Reis, j. 22.2.84, deram provimento, v.u., DJU 22.3.84, p. 3.904, 2ª col., em.; TFR -1ª Turma, Ag 52.633-RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 5.5.87, deram provimento, v.u., DJU 18.6.87, p. 12.262, 2ª col., em.; TFR -3ª Turma, Ag 53.329-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 26.6.87, deram provimento, v.u., DJU 27.8.87, p. 17.433, 1ª col., em.; RJTJERGS 155/115).⁴¹

Em sentido contrário:

"Se a autarquia requer perícia e o perito oficial pleiteia adiantamento para despesas necessárias, deve a requerente prover tais despesas" (TFR -2ª Turma, Ag 50.254-PR, rel. Min. José Cândido, j. 2.12.86, negaram provimento, v.u., DJU 26.2.87, p. 2.803, 2ª col., em.).⁴²

10. O PROCURADOR JUDICIAL DA FAZENDA PÚBLICA

A Fazenda Pública é representada por procurador habilitado para este fim ou advogados constituídos para o fim específico de defendê-la.

"Art. 12. Serão representados em juízo, ativamente e passivamente:
I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;
II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;"

Como disposto, no artigo 12, inciso II, em relação à Fazenda Pública Municipal, além dos procuradores ou advogados, o prefeito também poderá fazê-lo, com a óbvia exigência de ser advogado habilitado. Esta exceção vai de encontro ao artigo 28 da Lei nº 8.906/96 - que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, cujo teor é o seguinte:

"Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;"

A aparente antinomia, lançando-se mão de interpretação sistemática, deve ser resolvida com a imposição ao chefe do Poder Executivo Municipal de exercer advocacia somente enquanto representante legal do município a que seja titular.

Por imperativo lógico, há desnecessidade de o procurador judicial de ente de direito público atuar munido de procuração *ad judicium*, sendo necessária somente a juntada de documento que comprove sua condição de representante da Fazenda Pública, o que gera a presunção de sua capacidade jurídico-processual; presunção, é de bom alvitre ressaltar, *juris tantum* haja vista a necessidade de o procurador encontrar-se com suas obrigações quitadas perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

A regra não se aplica, no entanto, aos advogados contratados para defender interesses das administrações públicas, que devem portar e apresentar procuração *ad judicium* com poderes para tanto. É comum a representação por advogado, quando há necessidade, por exemplo, do ajuizamento e acompanhamento de causas de interesse de determinada fazenda pública em outros foros, vezes distantes das sede do município ou estado; inclusive representando a União, a exemplo de caso de grande repercussão nacional como o julgamento da advogada que lesou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e evadiu-se para os Estados Unidos da América. Para ajuizar e acompanhar o feito, a Autarquia Federal contratou advogado norte-americano, com capacidade postulatória naquelas plagas.

Uma das peculiaridades da representação da Fazenda Pública é a necessidade de citação pessoal na pessoa do procurador-geral ou daqueles que a lei administrativa expressamente indicar. De resto, os deveres e direitos de procuradores de entes públicos são absolutamente semelhantes aos impostos e concedidos a advogados que patrocinam interesses privados. Com relação a prazos em quádruplo e dobro, a prerrogativa, ou privilégios, como querem alguns juristas, são dirigidos à Fazenda Pública e não aos seus representantes judiciais, o mesmo não se podendo afirmar dos defensores públicos, cuja prerrogativa é dirigida ao cargo, nos termos do §5º, artigo 5º Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.⁴³

Entre o procurador e o defensor público, no entanto, é de se destacar um ponto em comum: ambos exercem, por dever de ofício, a advocacia, dentro dos limites de suas atribuições. Desta forma, o procurador e o defensor público não podem eximir-se do patrocínio de causa a eles distribuídas, ao contrário do advogado privado que aceita determinada causa se lhe aprouver. Assim, a prerrogativa do prazo dobrado ou em quádruplo deferido à Fazenda Pública e autarquias, certamente, beneficia o procurador que, no mais das vezes, é sobrecarregado com diversas ações sob sua responsabilidade e não pode eximir-se do seu dever funcional.

11. A EXECUÇÃO FISCAL

Execução fiscal é termo genérico que indica a execução judicial das dívidas ativas da Fazenda Pública e de suas autarquias, tributárias ou não tributárias, cuja espécie legal que a regulamenta é a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, já mencionada no decorrer deste trabalho.

A Lei nº 6.830/80 inicia por delimitar o conceito de dívida ativa já no artigo 2º, como sendo "aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.". E o §1º acrescenta, "qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública."

A dívida ativa da Fazenda Pública, como já mencionada em parágrafo anterior, inclui a tributária e a não tributária, abrangendo atualizações monetárias, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Parte da doutrina publicista critica esta lei, que foi editada para agilizar e simplificar o processo de execução judicial da dívida ativa, mas, em nome desse desiderato, acabou por cometer inconstitucionalidades em alguns dispositivos.

Das particularidades dignas de nota, há de elencar-se a presunção de certeza e liquidez da dívida⁴⁴ da Fazenda Pública, apurada em procedimento administrativo onde se observa, vezes somente do ponto de vista formal, o princípio do contraditório, a citação do executado por meio do correio, para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida, acrescida dos encargos legais, ou garantir a execução⁴⁵, o prazo de 30 (trinta dias) conferido ao executado para oferecimento de embargos à execução²⁵³, igual prazo é deferido à Fazenda Pública para oferecimento de impugnação aos embargos, nos termos do artigo 17 da Lei nº 6.830/80.

Com relação às intimações, estas devem ser feitas pessoalmente ao seu representante judicial, no caso, o procurador com poderes para tanto,

como dispõe o artigo 25; aspecto de discutível constitucionalidade vem previsto no artigo 26, cujo teor impõe a transcrição: "*Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de dívida ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.*", ou seja, admitindo-se que a administração pública promova uma execução fiscal contra particular e, posteriormente, detecte um vício insanável na certidão da dívida ativa que a torna absolutamente nula, sem possibilidades de emenda e, por esse motivo, a cancela. De acordo com a legislação, a execução fiscal há de ser extinta sem qualquer ônus para a parte. Deve indagar-se: nesse caso, o executado deverá arcar com as despesas efetuadas com advogado e demais emolumentos, mesmo sem ter dado causa ao processo? A resposta negativa demonstra a inconstitucionalidade da regra processual.

Na esteira das prerrogativas da Fazenda Pública, outro aspecto digno de nota é a não sujeição da cobrança da dívida ativa ao concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento, ressalvado o concurso de preferência entre as demais pessoas de direito público eventualmente credoras, nos termos do artigo 29 da Lei nº 6.830/80⁴⁷

Por fim, impõe-se mencionar as disposições da Lei nº 8.397, de 06 de janeiro de 1992, que institui a medida cautelar fiscal, onde se torna possível a decretação judicial de indisponibilidade dos bens do executado, até o limite da satisfação deste, nas seguintes hipóteses: devedor "*sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros ou comete qualquer outro ato tendente a frustrar a execução judicial da Dívida Ativa; notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal vencido, deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se garantida a instância em processo administrativo ou judicial; possuindo bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, de valor igual ou superior à pretensão da Fazenda Pública."*

NOTAS

- ¹ Cf Alcides de Mendonça Lima, "Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro, Ed. RT, SP, 1986, p.288
- ² Art. 699. Na execução de hipoteca de vias férreas, não se passará carta ao maior lançador, nem ao credor adjudicatário, antes de intimar o representante da Fazenda Nacional, ou do Estado, a que tocar a preferência, para, dentro de trinta (30) dias, usá-la se quiser, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação.
- ³ Art. 1.143. A herança jacente ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração de vacância; caso em que será incorporada ao domínio da União, do Estado ou do Distrito Federal.
- ⁴ Castro Nunes in "A Fazenda Pública em Juízo", RJ/SP, 1960, 2ª Edição, p. 304
- ⁵ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (atos do juiz); 188, 198 e 199 (prazos para o juiz).
- ⁶ Cf. "Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública.", in Revista do Curso de Mestrado na Universidade Federal do Ceará - NOMOS, nº 01/02.
- ⁷ STF, RE 156.111-4, Moreira Alves, Ac un. 1ª Turma
- ⁸ Cf Américo Luís Martins da Silva in "Do Precatório-Requisitório Contra a Fazenda Pública", Ed. Lumen Juris, pp. 89/90, apud Marcelo Augusto A. da Cunha in As Dívidas Decorrentes de Transação Judicial em que Figure a Fazenda Pública e o Regime de Precatórios".
- ⁹ Cf. Arnoldo Wald in "Curso de Direito Civil Brasileiro", ed. RT, 7ª edição, vol I, p. 222
- ¹⁰ *op cit*, p. 222/223
- ¹¹ Cf. *op cit* 18ª edição, 2ª tiragem, Ed. Malheiros, p. 623
- ¹² *op cit*, p. 624. Cf. RDA 113/173, acerca das ações de desapropriação indireta.
- ¹³ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello in "Curso de Direito Administrativo", Editora Malheiros, 5ª edição, SP, p. 19.
- ¹⁴ Cf. nota 10, artigo 12, Lei nº 1.533/51, in Theotônio Negrão, CPC, 27ª edição.
- ¹⁵ *Op cit*, nota 2, artigo 188
- ¹⁶ *idem*
- ¹⁷ *idem*, nota 3, art. 188, CPC.
- ¹⁸ *Idem*, nota 4, art. 188, CPC.
- ¹⁹ *Idem*, nota 5, art. 188, CPC.
- ²⁰ *Idem*, nota 6, art. 188, CPC.
- ²¹ *Idem*, nota 7, art. 188, CPC.
- ²² *Idem*, nota 9, art. 188, CPC.
- ²³ *Idem*, nota 11, art. 188, CPC.
- ²⁴ Cf. Nelson Nery Júnior, in "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos", Malheiros, 2ª edição, 1993, página 263.
- ²⁵ *Op cit*, página 265.
- ²⁶ Cf. nota 1, artigo 475, in Theotônio Negrão, CPC, 27ª edição.
- ²⁷ *Idem* nota 3, art. 475.
- ²⁸ *Idem* nota 5, art. 475.
- ²⁹ *Idem* nota 5a, art. 475.
- ³⁰ *Idem* nota 5b, art. 475.
- ³¹ *Idem* nota 5c, art. 475.
- ³² *Idem* nota 6, art. 475.
- ³³ *Idem* nota 6, art. 475.

- ³⁴ *Idem* nota 6a, art. 475.
- ³⁵ *Idem* nota 8, art. 475.
- ³⁶ *Idem* nota 10, art. 475.
- ³⁷ *Idem* nota 10a, art. 475.
- ³⁸ *Idem* nota 15, art. 475.
- ³⁹ *Idem* nota 23, art. 475.
- ⁴⁰ *Idem* nota 1b, art. 27.
- ⁴¹ *Idem* nota 2, art. 27.
- ⁴² *Idem* nota 5, art. 27.
- ⁴³ *Idem* nota 5, art. 27.
- ⁴⁴ Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, artigo 5º, § 5º - Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.
- ⁴⁵ Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, artigo 3º: " A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite. "
- ⁴⁶ *idem*, artigo 8º "O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:
I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;
II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado; ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;
III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de justiça ou por edital;
IV - o edital de citação será afixado na sede do juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do juízo.
§ 1º O executado ausente do país será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.
§ 2º O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.
- ⁴⁷ *Idem*, artigo 16 " O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:
I - do depósito;
II - da juntada da prova da fiança bancária;
III - da intimação da penhora.
- ⁴⁸ *Idem*, artigo 29 " A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.
Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:
I - União e suas autarquias;
II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e "pro rata";
III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e "pro rata".

BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 1994.
- CARRION, Valentin, Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho, RT, 1994
- DINAMARCO, Cândido, Teoria Geral do Processo, Malheiros, 1992
- LIEBMAN, Enrico Tullio, Manual de Direito Processual Civil, tradução Cândido Dinamarco, 2ª edição, Forense, 1985.
- LIMA, Alcides de Mendonça, Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro, RT, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson, Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, RT, 1993.
- NERY JÚNIOR, Nelson, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, RT, 1992
- NUNES, Castro, Da Fazenda Pública em Juízo, Livraria Freitas Bastos, 1960.
- ROCHA, José de Albuquerque, Teoria Geral do Processo, RT, 1991.
- SANTOS, Moacyr Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 11ª edição, 1990, Saraiva, vol. II e III.
- SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 1996.
- WALD, Arnoldo, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol.I, RT, 1992.

CÓDIGOS CONSULTADOS

- Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, Malheiros, 1996.
- Código Civil Brasileiro e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, Malheiros, 1996.

OUTRAS FONTES

- Home Page do Superior Tribunal de Justiça - <http://www.stj.gov.br>
- Home Page do Supremo Tribunal Federal - <http://www.stf.gov.br>
- Home Page da AMATRA X - <http://www.solar.com.br/~amatra/linkjur.html>

O PERFIL DO ESTADO NEO-LIBERAL

LUCIOLA MARIA DE AQUINO CABRAL

Produtora do Município
Especialista em Direito Público

O surgimento do Estado Social, após a segunda guerra, acarretou profundas modificações na economia, o que veio a provocar a busca da realização do ideal de igualdade. A luta da classe proletária contra o não intervencionismo estatal revelou sua grande insatisfação com o Estado Liberal, em virtude de sua completa incapacidade de concretizar os sonhos de liberdade e prosperidade, de acordo com os ideais da revolução francesa. A liberdade deixava de ser vista como valor absoluto e primordial à existência humana, por não possibilitar por si só a satisfação de todos os anseios do indivíduo. Tais fatos foram determinantes para dar início a transformação do modelo de Estado então sedimentado. A transição decorreu em consequência das injustiças sociais ocasionadas pelo individualismo e extrema neutralidade do Estado Liberal, fazendo com que crescesse na sociedade a necessidade de justiça social. Nasceu, assim, o Estado Social de Direito, mais voltado a afirmação dos direitos sociais e às aspirações de justiça social, embora tal concepção, na opinião de muitos autores seja de "ambiguidade manifesta", como diz José Afonso da Silva, ressaltando que: "Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a revolução de 30 - bem observa Paulo Bonavides - foram "Estados sociais", o que evidencia, conclui, "que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito."¹

Na verdade, o surgimento dos direitos sociais é que fez modificar a velha estrutura do Estado Liberal, cujo formalismo impedia a realização do ideal de igualdade. Dentro desse contexto, o ideal de igualdade se apresenta como de maior relevância, configurando-se como principal fundamento da transformação política e jurídica do Estado, de conteúdo essencialmente formado por valores sociais, influenciados, por certo, pelo crescente desenvolvimento econômico.

O eminente Prof. Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito

Constitucional, destaca que: "O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual; gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social."²

Com base nessa perspectiva é que se fará a análise do princípio da igualdade tal como contido no art. 5º da Constituição Federal, em face do atual modelo de Estado neo-liberal que se quer implantar.

É incontestável o fato de que a Constituição vigente adotou a teoria do Estado social. Importa, entretanto, saber se os direitos sociais básicos por ela definidos, como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, por exemplo, além de outros propriamente ditos como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança etc., devem ou não ser garantidos pelo Estado, vez que estão inseridos entre os direitos fundamentais. Colocando-se a questão sob outra ótica cabe indagar se as mudanças pretendidas pelo governo acarretam ou não a subversão do ordenamento, vez que afrontam direta e profundamente as regras ora impostas.

É sabido que a grande revolução que se deu no constitucionalismo moderno, relativamente aos direitos fundamentais de segunda geração foi, exatamente, a conscientização da necessidade de proteção desses direitos. Mais que reconhecidos e postos, devem ser eles garantidos por instrumentos capazes de fazê-los sair de uma realidade apenas formal para incorporar-se a realidade material, ou seja, ao patrimônio do indivíduo. Essa nova concepção conferiu um caráter diferente aos direitos fundamentais, efetivados por meio das chamadas garantias institucionais, que sintetizam, na prática, o aspecto objetivo desses direitos, segundo a formulação proposta por Carl Schmitt. Como ressalta ainda o Prof. Paulo Bonavides: "A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado."³

A objetividade que se conferiu aos direitos fundamentais acarretou, necessariamente, uma mudança na atitude do Estado perante o indivíduo, obrigando-o a uma atuação positiva (fazer) ou negativa (não fazer/abster-se), mas não mais omissiva simplesmente.

Todavia, na prática, o que se verifica é uma ausência quase total, em algumas áreas, da ação do Estado e, em outras, um intervencionismo

demasiado, notadamente em setores da economia, onde deveria exercer atividade apenas de caráter suplementar ou de fomento. O crescimento desmesurado da máquina administrativa, aliado a sobrecarga de obrigações e as intervenções não planejadas, contribuíram para a ineficiência do Estado e para sua omissão no que pertence a satisfação de direitos sociais básicos.

A crise de estatalidade que se instaurou em nosso país, entretanto, é antes e acima de tudo, uma crise constitucionalista. Buscam-se alternativas para resolver a difícil questão da aplicabilidade das normas constitucionais em vigor, fazendo exsurgir de um lado, a polêmica necessidade de transformação do Estado, através da criação de um novo modelo denominado "neo-liberal" e, de outro, a legitimidade das mudanças por meio de emendas à constituição.

Não há dúvida de que o papel do Estado precisa ser redefinido. Tal redefinição, contudo, não pode atropelar o processo democrático em andamento nem desestabilizar a ordem jurídica, considerando-se que não há Estado de Direito sem legalidade, nem democracia sem cidadania, elemento caracterizador da participação popular.

É necessário atentar para a nossa realidade fática, não aderir a modismos, porque hoje muito se fala em "Estado Mínimo e Estado Subsidiário", embora muitos não saibam sequer a distinção entre um e outro. Muito corrente também é o discurso a respeito da necessidade de se reduzir o tamanho da máquina administrativa, o "monstro frio" em que se transformou o Estado. Certo é que o Estado, enquanto tal, não poderá deixar de ter e exercer atividades essenciais que lhe são inerentes e típicas do Poder Público. Nesse sentido é o entendimento da profa. Maria Silvy Zanella DI PIETRO: "Devem ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.

Como se vê, não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, O Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento, já referida.

No caso dos serviços públicos típicos do Estado, prevalecem os

procedimentos e princípios próprios do regime jurídico administrativo ou de direito público; no caso das atividades sociais e das atividades econômicas exercidas subsidiariamente, o Estado deve procurar formas mais flexíveis de atuação, somente possíveis pela aplicação predominante do direito privado, derogado parcialmente pelo direito público apenas no que seja essencial para assegurar o cumprimento dos fins sociais.⁴

O que se sugere é a parceria do Poder Público com o setor privado, no intuito de viabilizar o desenvolvimento social e o crescimento econômico do país. A participação é, portanto, requisito imprescindível ao aprimoramento do Estado, à medida em que a busca de soluções para os graves problemas sociais, principalmente, violência e desemprego, envolve não só fatores como o crescimento da economia e o aumento da produção, mas também a cooperação da sociedade civil. A parceria com a iniciativa privada, se bem direcionada, poderá trazer muitos benefícios, ainda quando esta necessite ter suas atividades subsidiadas. A gestão participativa precisa ser reestudada e reformulada, a fim de se adequar as regras do ordenamento. O que não é possível é promover uma completa reforma do Estado, apenas para que este se adapte as regras do poder econômico. As mudanças devem ser procedidas com base na legalidade e na legitimidade, com vistas a se alcançar os fins sociais apontados pela Constituição.

Importantes considerações sobre a matéria podem ser encontradas na obra *Direito Administrativo de Participação*, de Fabiana de Menezes Soares: "A discussão sobre esta "redefinição" do Estado envolveu a discussão ideológica acerca das acepções do termo Estado, enquanto instrumental apto à consecução de fins concretos, ou seja, o Estado frente aos problemas econômicos e sociais e também as relações criadas entre Estado e sociedade civil, a capacidade do Estado em, eficazmente, garantir o cumprimento daquilo que lhe convém historicamente: governar bem.

Assim, no desenvolvimento do próprio Estado, nos deparamos com duas opções, segundo Klicksberg (1994), o Estado oposto à sociedade civil ou o Estado associado à sociedade civil, ou seja, em parceria, em concerto. O "Estado inteligente", conforme expressão do referido autor, é aquele que escolhe a segunda opção, buscando o desenvolvimento humano como objetivo final, reforçando e aumentando a democracia, trabalhando em conjunto com a sociedade civil, para realizar um projeto nacional de produtividade e crescimento.

Além disso, é inteligente o Estado que cria uma política estratégica a longo prazo, que trabalha em colaboração com o mercado, retirando-se de setores que não são os institucionalmente seus, que elimina a corrupção e utiliza todos os meios disponíveis para a promoção e apoio da organização e desenvolvimento da sociedade civil.⁵

A dificuldade que se coloca é traçar os limites dessa parceria, de

modo que se possa deixar bem definido o que seja serviço público e o que seja "gestão privada de serviços públicos", segundo o conceito adotado pela escola do serviço público (Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland). Por isso, é de crucial importância precisar o conceito de privatização, que em sua forma mais ampla compreende a DESREGULAÇÃO, a DESMONOPOLIZAÇÃO, a VENDA DE AÇÕES DE EMPRESAS ESTATAIS AO SETOR PRIVADO, a CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS e os CONTRACTING OUT (convênios e contratos de obras e prestação de serviços). Nesta última modalidade é que se inclui a TERCEIRIZAÇÃO. Registre-se que estas são as técnicas indicadas pela Profa. Maria Silvy ZANELLA DIPIETRO, existindo, entretanto, outras classificações apontadas por diferentes autores.

No direito brasileiro, a privatização encontra-se disciplinada pela Lei no. 8031/95, restringindo-se a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. No entanto, a contratação de pessoal para a prestação de serviços, vem sendo praticada de forma indiscriminada pela Administração Pública, a título de serviços "TERCEIRIZADOS", embora se saiba que, na realidade, trata-se de uma maneira encontrada para fraudar os preceitos constitucionais. Tal procedimento afronta os princípios da IMPESSOALIDADE, MORALIDADE e, sobretudo, o da IGUALDADE. O acesso a cargos, empregos e funções deve se dar por meio de concurso público. A exceção prevista no inc. IX do art 37 da Constituição Federal destina-se, exclusivamente, a viabilização e a continuidade do serviço público em situações emergenciais (a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público). O atendimento de tais necessidades, porém, não se fará arbitrariamente nem poderá perdurar por tempo indefinido, como soe acontecer. Se o serviço exige a permanência da atividade, esta não poderá ser mantida sob a forma de "contratação de caráter excepcional". Para tais situações, o Poder Público poderá fazer uso da DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA - POR SERVIÇOS (criando uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribuindo a titularidade e a execução de determinado serviço público - fundação, autarquia etc), ou, POR COLABORAÇÃO (por meio de contrato - concessão de serviço público - ou por ato administrativo unilateral - permissão - atribuindo-se a uma pessoa jurídica de direito privado a execução de serviço público, conservando o poder concedente sua titularidade).⁶

Se se busca por esta forma, dar maior agilidade ao Estado, desvencilhando-se dos nós jurídicos que emperram o funcionamento da máquina administrativa, em nome de uma eficiência duvidosa e de uma política nem tão comprometida assim com os valores sociais eleitos pelo povo, não se deve perder de vista que o pano de fundo da situação é a crise constitucionalista que enfrentamos. As soluções para os problemas

econômicos e sociais não pode justificar o rompimento com a ordem jurídica estabelecida. A segurança das relações jurídicas é comprometida toda vez que se opta por uma solução contrária ao interesse público. O desrespeito as normas constitucionais está se tornando cada dia mais usual, mais comum, refletindo o profundo descompromisso da classe política para com a sociedade e a completa incapacidade de compatibilizar a realidade jurídica com a vontade política. Cada governante traça o perfil do ordenamento jurídico como lhe convém, moldando o Estado de acordo com a sua própria concepção. Esta tem sido a tônica do novo modelo de Estado que está florescendo entre nós. A atual Constituição não consegue ser boa o suficiente, a ponto de atender aos mais verdadeiros anseios e as mais abissais aspirações neo-liberais.

Entendemos, porém, que a ênfase deva ser dada a nossa realidade social, como a falta de saneamento básico, o desmonte do serviço de saúde pública, a falta de escolas para as populações carentes, a miséria e a fome, estes sim, problemas carecedores das mais profundas mudanças.

Como bem salienta o ilustre jurista Juarez de Freitas: "Certo, o Estado brasileiro precisa ser, cautelosa e idoneamente, redesenhado, mais por força dos imprevistos da realidade do que por motivações de cunho ideológico. Inegável, outrossim, que tal reformatação deve ser feita sem que se extravie a sua funcionalidade, sobretudo, a fiscalizatória, indispensável para garantir o caráter público de determinados serviços. Impede pôr em realce que, se o modelo de Estado intervencionista - direto, pesado e ineficiente - cede lugar a um outro que se quer mais regulador, não menos evidente a manutenção do portentoso desafio de ser eficaz e jamais omissa nesta nova empresa. Ademais, incontestável o paradoxal fenômeno de um Estado em demasia, em determinadas áreas, e de carência estatal, em outros setores nevrálgicos, razão pela qual, na análise dos serviços públicos, urge recordar que a cogência do interesse público deve ser respeitada o suficiente para que se instaure um Estado fortemente democrático no cumprimento de suas tarefas primordiais, nunca deixando de desempenhar aquelas insubstituivelmente suas e sem cometer o desatino de se entregar as mãos visíveis e invisíveis de grupos egotistas, que agridem mortalmente os laços que nos fazem uma nação a caminho de um povo desenvolvido.

A mudança de compreensão do Estado, em matéria de prestação dos serviços públicos, reduzindo a sua participação direta e alargando a sua dimensão fiscalizadora, brota - como se disse - de profundas imposições de realidades cambiantes a exigir uma era nova também para a Administração Pública. As empresas vêm-se reestruturando, de sorte que o Poder Público, por igual, vê-se obrigado a fazê-lo. No entanto, todo o cuidado apresenta ser diminuto no sentido de que o Estado se mostre capaz de impedir a ablação de suas especificidades, como pretendem aliás, os adeptos

da denominada privatização selvagem ou ignominiosa desconstrução da esfera pública. Vale registrar, a este propósito, a pertinente observação de Raymond Aron no sentido de que o mito do enfraquecimento do Estado é o de que este só "existe para produzir e distribuir recursos e que, resolvido o problema da produção e da distribuição dos recursos, não será mais necessário". Afinal, inafastável a atuação da autoridade como fator, por assim dizer, racionalizante das condutas, porém, esta atuação precisa ser limitada pela própria racionalidade."

O que se pode concluir de tudo isso, é que a política neo-liberal do atual governo vem, sutilmente, corroendo as bases de sustentação do Estado desenhado pela Carta Magna de 1988. Os direitos sociais nela prescritos encontram-se seriamente ameaçados, direitos estes, destaque-se, inseridos entre os direitos fundamentais.

Os problemas sociais, políticos e econômicos de uma nação não se resolvem à custa de freqüentes alterações em seu texto constitucional. Emendar a Constituição nunca foi sinônimo de solução e jamais será. A problemática da ingovernabilidade está mais afeita a uma outra questão, esta sim, curial para todos nós: a aplicabilidade das normas constitucionais. O que é feito das leis complementares e ordinárias que já deveriam ter sido elaboradas para se dar eficácia aos preceitos constitucionais? Ao que parece, o caráter progressista e eminentemente social da vigente Constituição abalou as estruturas de determinados grupos econômicos, de grandes latifundiários e da reduzida camada dos detentores de riquezas deste país. Governar bem não significa modificar o ordenamento jurídico toda vez que este se lança em defesa dos cidadãos e das instituições por ele abrigadas. Os direitos e garantias fundamentais são eixos do sistema, funcionando, digamos assim, como uma espécie de contrapeso aos possíveis atos de arbítrio do Estado. A reforma da Constituição através de emendas representa uma ruptura nos alicerces jurídico e social do Estado originalmente definido pelo Poder Constituinte, ou seja, aprovado e escolhido pelo povo.

A título de exemplificação, citaremos a proposta de reforma tributária apresentada pelo governo no final de 95, a qual, no entendimento de José Tarcísio de Almeida Melo "possui características peculiares de tendência centralizadora, de fortalecimento da arrecadação da União e de flexibilização do processo legislativo de imposição.

Tal flexibilização é a que chama a atenção dos leitores do texto, porque arrasta da lei complementar a qualquer lei ordinária e até mesmo à medida provisória a instrumentalização da instituição de tributos federais".⁸ Não se pode pensar que as soluções para todos os problemas vivenciados pelo povo brasileiro passam por constantes alterações à Constituição. Tal raciocínio é de uma inconsequência tremenda, prestando-se somente para revelar o descompasso entre a realidade política e a realidade social, postas

em confronto pelo ordenamento jurídico. A concentração do poder nas mãos do Chefe do Executivo causará o desequilíbrio do sistema e dificultará o engajamento da sociedade no intrincado processo de democratização do Estado, tornando inúteis quaisquer garantias postas à disposição dos indivíduos.

A concretização do ideal de igualdade ainda é a grande conquista que se pretende alcançar, mas para encetar mudanças é preciso ter ética e, acima de tudo, lucidez e racionalidade para pô-las em prática. Tudo, é claro, dentro da estrita legalidade.

NOTAS

- ⁽¹⁾ In Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. RT, 5ª ed., São Paulo, 1989, pág. 102.
- ⁽²⁾ In Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros, 4ª ed., São Paulo, 1993, págs. 301-302.
- ⁽³⁾ In Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros, 4ª ed., São Paulo, 1993, págs. 301-302.
- ⁽⁴⁾ In Parcerias na Administração Pública. Ed. Atlas, São Paulo, 1996, págs. 22-23.
- ⁽⁵⁾ In Direito Administrativo de Participação. Ed. Del Rey/Belo Horizonte, 1997, págs. 117-118.
- ⁽⁶⁾ Di Pietro, ob. cit., pág. 33.
- ⁽⁷⁾ In Estudos de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, São Paulo, 1995, págs. 34-35.
- ⁽⁸⁾ Direito Constitucional Brasileiro. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, pág. 305.

BIBLIOGRAFIA

1. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. RT, 5ª ed., S.P., 1989.
2. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros, 4ª ed., S.P., 1993.
3. DI PIETRO, Maria Silvyza Zanella. Parcerias na Administração Pública. Ed. Atlas, S.P., 1996.
4. RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1981.
5. SOARES, Fabiana de Menezes. Direito Administrativo de Participação. Ed. Livraria DEL REY, B.H., 1997.
6. FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, S. P., 1995.
7. MELO, José Tarcísio de Almeida. Direito Constitucional Brasileiro. Ed. Livraria DEL REY, B.H., 1996.

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CULPA OU OMISSÃO

LUIS GENTIL CHAVES

Procurador do Município de Fortaleza.
Ex-Assessor Jurídico da Secretaria da Saúde de Fortaleza e
da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social.
Com especialização em Direito Público e Direito Penal
pela Universidade de Fortaleza.

Ainda na fluência do século XVI, instalou-se na Europa o regime monárquico absolutista, cujos soberanos, sob inspiração divina, reinavam despoticamente sobre todos, sem qualquer objeção de seus súditos. O monarca recebia seu poder diretamente de Deus, de quem era considerado representante, a exemplo do que ocorreu na França de Luís XIV, a quem se atribuíam dotes divinos.

À medida que o Estado se imiscuía na vida dos cidadãos, mais força obtinha. Esse poder despótico, como sói acontecer, foi, passo a passo, gerando uma situação de impunidade e de irresponsabilidade no seio dos administradores, porquanto seus atos, ao invés de servirem ao bem comum a que se destinavam em princípio, estavam, no mais das vezes, causando danos ao povo. Desponta, assim, o Estado totalitário ou *Etat Gendarm*, de que nos fala Osvaldo Aranha Bandeira de Mello. Este, por sua vez, somente admitia a responsabilização de funcionários públicos individualmente quando agiam com dolo ou culpa, e, assim mesmo, com enormes dificuldades, pois, para acioná-los, o prejudicado precisaria da autorização do Estado, quase sempre negada.

A França, em meados do século XIX, foi a primeira nação a aceitar que o Estado deveria responder pelos danos que causasse. Principiou-se, desse modo, mesmo que timidamente, a teoria civilista da responsabilidade civil do Estado, embasada no instituto da preposição. Por ela, admitia-se ser o agente um representante do Estado, respondendo este pelos atos por ele praticados, quando agia nessa condição.

No Brasil, segundo CAHALI, a responsabilidade civil do Estado jamais foi posta em dúvida. Não obstante nossa primeira constituição republicana (1891) não ter sido clara a respeito desse instituto, sua presença é indiscutível, conforme se depreende da leitura de seu art. 82, pelo qual "*os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.*" (CAHALI, 1995, p. 28). Veja-se, também, o art. 13 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, fixando que "*os Juízes e Tribunais Federais processarão*

e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União." (op. cit. p. 28).

Em sede constitucional, pelo menos, de modo expresso, a Responsabilidade Civil do Estado teve sua primeira inserção na Carta de 1934, ao assentar que os funcionários públicos seriam solidariamente responsáveis com a Fazenda Nacional, Estadual e Municipal, pelos prejuízos que causassem a terceiros por negligência, omissão ou abuso de poder, na forma de seu art. 171. Previa, também, nos seus §§ 1º e 2º, a ação de regresso contra o servidor responsável, assegurando que "na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado." (CAHALI, 1995, p. 29).

Posteriormente, na Constituição Democrática de 1946, essa garantia constitucional ficou explícita e objetivamente consignada, ao afirmar que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes." (CAHALI, 1995, P. 29). Por igual, e de forma ainda mais clara e objetiva, dispunham os arts. 105 e 107 das Constituições de 1967 e 1969, respectivamente, que "as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo." (op. cit. p. 29).

Finalmente, mantendo os mesmos princípios, a Constituição de 1988, a **Constituição Cidadã**, como ficou conhecida, ampliou, generosamente, a extensão dessa garantia, fixando em seu art. 37, § 6º 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." (id. p. 29)

Lamentavelmente, entre nós, como se verá, a responsabilidade civil do Estado, conquanto tenha sido elevada à condição de garantia constitucional (art. 37, § 6º da CF), ainda não se assentou na consciência coletiva. Prova disso são as raríssimas ações reparatórias intentadas por quantos se viram atingidos direta ou indiretamente, em seus patrimônios, seja por ação ou omissão do Estado, mais acentuada, ainda, quando os danos sofridos decorreram não de uma ação direta do agente público, mas, particularmente, da sua omissão, quando legalmente isso não lhe era permitido.

No Brasil, adota-se *a priori* a responsabilidade objetiva, através da qual o administrado, para fazer valer seus direitos perante a Administração, necessita, tão-só, demonstrar o nexo causal entre o evento danoso e a conduta administrativa causadora ou ensejadora do dano. Contudo, como é sabido, há situações em que nem sempre é possível, objetivamente, determinar essa relação de causalidade pois alguns eventos, por sua própria natureza, derivam não necessariamente de uma ação do agente público, mas, ao contrário, decorrem de sua omissão. Quando isso ocorre, é forçoso que se providencie a devida apuração dos fatos, para só então pensar-se em reparação por parte do Estado. Está-se, pois, diante da chamada responsabilidade subjetiva ou com culpa, fruto da ação indevida ou ineficiente do Estado. Por ela, vê-se que o agente, culposa ou dolosamente, atuou ou omitiu-se de forma ilícita ou operou sem a eficiência esperada. Quando isso ocorre, a atuação estatal será sempre ilícita, o que não significa dizer que o Estado responderá somente quando agir com culpa ou dolo. Casos há, e são a maioria, em que o Estado, mesmo agindo licitamente, poderá estar lesando os interesses de alguém e, como tal, deverá ser chamado a responder por esses danos.

A omissão ou a ineficiência estatal são uma rotina, qualquer que seja a esfera de poder. Por conta disso e em especial, face à passividade com que o homem comum tem aceitado a interferência governamental em sua esfera de proteção jurídica material ou moral, veio-nos o incitamento a escrever sobre o assunto, mais como demonstração de inconformismo com a situação reinante, do que pela ousadia de oferecer uma contribuição jurídica sobre um tema já tão explorado. Estaremos realizados se, por ventura, conseguirmos chamar a atenção de alguns, despertando-os do estado letárgico em que se encontram, a fim de que tomem consciência dos direitos que a Constituição Federal nos assegura. Por essa razão, procuramos enfocar, especialmente, os danos decorrentes da ausência, da inércia ou da ineficiência estatal. Estas, para nós, são as mais perniciosas formas de agressão aos direitos do cidadão, porque mais fáceis de ficar impunes.

Para ilustrar, citaremos alguns casos de que tomamos conhecimento, alguns deles, oficialmente, sem esquecer de inúmeros outros, estampados, diariamente, nos jornais, no rádio e na televisão. Todos os dias, muitos cidadãos são transformados em vítimas indefesas do poder estatal, em razão do desvalor conferido aos cidadãos e, em particular, à coisa pública, por parte de administradores despreparados ou mal intencionados. Como não poderia ser de outro modo, traremos à colação algumas decisões de nossos tribunais, para que, através delas, sintamo-nos estimulados a buscar a devida reparação. Agindo assim, estaremos contribuindo para o exercício pleno de nossa cidadania.

Está assentado na sabedoria popular que não se deve buscar a

virtude através de atitudes extremadas. Isso não implica que devemos abrir mão de nossos direitos, face às dificuldades que seu exercício nos impõe, notadamente quando tais direitos são violados, omissiva ou comissivamente, pelo Estado. Pelo contrário, que isso nos sirva de estímulo a que mantenhamos atenta vigilância sobre as ações governamentais, a fim de que não venhamos a sofrer, direta ou indiretamente, quaisquer prejuízos. Daí, ser imperioso que não deixemos, sem apuração todo e qualquer dano causado à coletividade. Se assim procedermos, estaremos assegurando tanto a reparação quanto o ressarcimento ao erário, em ação regressiva do Estado contra os que, efetivamente, deram causa aos danos, quando for possível a sua individualização. Caso contrário, estaremos contribuindo para a impunidade e, o que é mais grave, arcando indiretamente com tais prejuízos, uma vez que são pagos com os recursos oriundos dos impostos arrecadados de todos nós. Pagar sem apurar as responsabilidades é assumir, indisfarçadamente, a teoria do risco integral, segundo a qual basta provar-se o dano para ensejar a reparação. Noutras palavras, restando provado que o cidadão sofreu o dano, não importará saber se o mesmo se deu por culpa da administração. Neste caso, é como se estivéssemos de posse de um cheque em branco, cuja relação subjacente não se leva em conta. Seria por demais danoso para o Estado e, por consequência, para os demais cidadãos, se o Estado viesse a responder por todo e qualquer dano sofrido por seus administrados, sem qualquer discussão, porquanto sabemos que, no mais das vezes, significativa parcela de tais eventos, decorre da imprudência, ou negligência destes, e não da ação do governo. Eis a razão por que devemos pugnar pela apuração das responsabilidades, para que os demais cidadãos não sejam, de algum modo, atingidos, direta ou indiretamente, uma vez que em nada contribuíram para a causação do dano, e, assim, não tenham que arcar com mais esse ônus.

A responsabilização do Estado, fundada na omissão, deve ser perseguida a todo custo, não mais se admitindo qualquer forma de impunidade, ou incúria administrativa na apuração das responsabilidades. Quando os atos ou omissões resultarem do comportamento de seus agentes, qualquer que seja a forma com que se apresentem, são perfeitamente tipificados como omissão, e, por consequência, indenizáveis.

A omissão estatal é talvez a principal "causa" de danos irreparados, particularmente por requerer do lesado a prova de que o estado não agiu, quando a isso estava juridicamente obrigado. Por outro lado, não podemos esquecer os casos em que não se pode, precisamente, individualizar a culpa funcional, isto é, quando não é possível atribuí-la a este ou àquele servidor. É o que se convencionou chamar de culpa anônima. Assim sendo e uma vez demonstrado o nexo causal, responderá o Estado pelo dano, na condição de ente gerador da situação de risco.

A jurisprudência brasileira, sem embargo da ainda incipiente consciência coletiva, está prenhe de exemplos de responsabilização do Estado por omissão de seus agentes, como veremos a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INUNDAÇÃO DECORRENTE DE CHUVAS ANORMAIS E OBSTRUÇÃO DE GALERIAS - FALTA DE SERVIÇOS - CULPA ANÔNIMA - CONFIGURAÇÃO.

"Responsabilidade civil do Município. Inundação Decorrente de Chuvas Anormais e Obstrução de Galerias. Falta do Serviço. Culpa Anônima da Administração. Dever de Indenizar os Danos Sofridos pelo Particular. Embora não seja a chuva agente do Estado, o que, em princípio, afasta a sua responsabilidade objetiva, responde a Administração pelos prejuízos por ela causados ao particular se resultar provado que a falta do serviço concorreu decisivamente para o evento. Há falta do serviço quando este não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Na espécie, provado pericialmente que as chuvas, não obstante anormais, não teriam causado a inundação se as galerias estivessem desobstruídas, resulta configurada a chamada culpa anônima da Administração que, por si só, afasta a alegação de força maior. Recurso desprovido." (Ac. un. da 2ª C. Cív do TJRJ - AC 1.320/95 - Rel. Des. Sergio Cavaliéri Filho - j 13.06.95 - Apte.: Município do Rio de Janeiro; Apdo.: Condomínio do Edifício Solmaior - DJ RJ 01.02.96, p. 188 - EMENTA OFICIAL - in Repertório IOB de Jurisprudência - 2ª. quinzena de março de 1996, nº 6/96 p.116.

O aresto retrata, com fidelidade, a chamada culpa anônima, ou seja, aquela que não pode ser atribuída a determinado agente público. No caso sob comento, o que falhou foi o serviço, como tal, e não o funcionário. Fatos como esses são corriqueiros, mormente nas grandes cidades. Aqui entre nós, podemos citar como exemplo o rompimento do "dique-fusível", construído pela Companhia de Águas e Esgotos do Estado do Ceará - CAGECE em um dos açudes que abastecem a cidade. O citado dique foi construído com a finalidade de aumentar a capacidade de armazenagem daquele reservatório. No entanto, logo se mostrou ineficiente e prejudicial à população, visto que se rompeu, em razão das fortes chuvas caídas nas nascentes dos rios que alimentam o referido reservatório. Como consequência, observou-se o alagamento de inúmeras residências fincadas às margens do Rio Cocó, causando sérios prejuízos aos ribeirinhos e colocando em risco sua própria segurança.

Depreende-se, pois, que, não fora a construção do citado "dique-fusível", o açude não teria sido sobrecarregado e conseqüentemente não teria rompido, evitando-se, assim, as enchentes, que tantos danos causaram à população.

O mais grave de tudo isso é que não se ouviu falar em qualquer reparação por parte da empresa estatal ou da construtora responsável pela obra, conquanto devidas, solidariamente, por ambas, nos termos do § 6º do art. 37 da CF. Houve, como de costume, muita falação por parte de alguns políticos, especialmente no âmbito da Câmara Municipal de Fortaleza, não passando de mera ação demagógica e politiqueria, a exemplo da Audiência Pública realizada para discutir o problema. Além dessas manifestações, nenhuma outra medida, seja administrativa ou judicial, foi adotada contra a CAGECE, responsável direta pelos danos. O governo estadual, por seu turno, limitou-se, a prestar socorro às vítimas, retirando-as da área de risco, a fim de que não morressem afogadas.

Por ser de difícil individualização, a culpa recairia sobre o corpo dirigente da companhia e dos construtores. Forçoso é reconhecer ser esta a forma mais grave de culpa administrativa, particularmente pelo fato de que a própria administração dificulta a apuração, negando-se a fornecer as informações necessárias ao esclarecimento do fato. Daí resultarem impunes os que, flagrantemente, são desiduosos na condução dos negócios públicos, notadamente porque não há, por parte desses servidores, uma consciência de que o seu agir, a sua vontade, expressos nessa condição, representam o próprio Estado. Assim, não compreendem que, se errarem, foi o Estado que errou; se causarem danos, terão sido causados pelo Estado, porquanto deveriam saber que ele não atua por força própria, mas pela vontade de seus agentes, observando ou não as leis.

Muitos outros exemplos de culpa administrativa poderiam ser citados, sejam por culpa *in vigilando* ou por culpa *in eligendo*, como por exemplo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE PRESO - CULPA 'IN VIGILANDO'

"Indenização. Estado. Morte de preso na penitenciária. Teoria do Risco Integral. Suspeita de suicídio. Condenação. Recurso desprovido. Pela teoria do risco integral adotada pelo nosso sistema jurídico-constitucional, a pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido, não se cogitando se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. É dever do Estado zelar pela integridade física de seus presos, conforme inserido no art. 5º, XLIX, da Carta Magna. Deriva daí o dever de guarda e vigilância sobre

o preso. Pela teoria do risco integral, quer o preso tenha sido morto, quer tenha cometido suicídio, espontaneamente ou motivado, a pessoa jurídica pública responde, em tese, pela morte, no mínimo por culpa in vigilando. 'O dano decorrente da morte de uma pessoa ligada a outra por vínculo de sangue é presumido. Daí o direito à indenização' (STF, re n. 59.538, rel. Min. Djaci Falcão). Consoante jurisprudência do STJ, consolidou-se o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevida da vítima como sendo termo final do pagamento da pensão, tomando-se por base a idade provável de 65 anos, haja vista não se pode presumir que a vítima, aos 25 anos, deixaria de ajudar seus familiares, prestando-lhes alimentos (Resp 28.861-PR, 4ª T, rel. Min. Sávio de Figueiredo, in RT 698/237).

Para muitos, este é um típico caso de aplicação da teoria do risco integral. Longe de nós, portanto, a pretensão de contestar as afirmações do eminente julgador, sobretudo por não conhecermos todo o acórdão. Mesmo assim, achamos que a aplicação da teoria do risco integral, ao caso concreto, foi exagerada, visto que o Estado, não obstante tenha o dever de zelar pela integridade física dos presos, não poderia, no caso, colocar um guarda na porta de cada cela a fim de protegê-los. A culpa do Estado no caso somente foi constatada após exaustiva apuração, por meio do competente inquérito, que provou ter o Estado culpa no evento, ao negligenciar na apreensão de instrumentos ou no afastamento dos meios necessários à prática do suicídio, como acabou acontecendo. Essa é a razão por que discordamos da aplicação da teoria do risco integral, posto haver-se constatado que o Estado teve culpa. Assim, não se há de falar, pois, em responsabilidade civil com base no risco integral. Houve, no caso, a aplicação da teoria subjetiva, uma vez que ficou provada a culpa *in vigilando* da Administração.

Em nosso meio, por igual, não é difícil a verificação de danos causados pela inação oficial propriamente dita, posto que, diariamente, deparamos com ela pelas ruas de nossa cidade. Basta que olhemos as obras malfeitas, em especial, as de saneamento, para constatar esse fato. O saneamento da cidade, devido à natureza de suas intervenções, tem deixado as vias públicas em precárias condições de tráfego, causando, com isso, enormes prejuízos à população, não só pelos cansativos desvios de percurso, mas, notadamente, pelos danos acarretados aos veículos, particulares ou coletivos, face à buraqueira existente, ou aos transtornos provocados pelas sobras de material não recolhido. Esse estado de coisas constitui-se em verdadeiro desmando administrativo, em flagrante e completa ausência do Estado.

Como exemplo, vejamos um fato que nos foi narrado por uma contribuinte, conhecida nossa, vitimada pelo desleixo de agentes públicos, materializado na falta de sinalização de uma via em obras. Em decorrência dessa omissão, a cidadã teve seu carro danificado, ao chocar-se com um amontoado de pedras, que seriam utilizadas na pavimentação de determinada artéria. Houvesse, como era de esperar-se, a necessária sinalização o evento teria sido evitado e, obviamente, a cidadã não teria sofrido prejuízo algum. No caso sob comento, a contribuinte, como de direito, ingressou, administrativamente, com uma ação reparatória perante o órgão municipal responsável pela obra. Este, por sua vez, reconheceu o direito da referida cidadã, ressarcindo-lhe as despesas efetuadas com o reparo do veículo. Como se vê, os danos foram reparados parcialmente, porquanto o Município somente lhe reembolsou as despesas com o conserto do automóvel, desconsiderando a depreciação do veículo, bem como os gastos efetuados com o aluguel de um outro veículo, enquanto se viu privada do seu. Trata-se, como demonstrado, de peculiar exemplo de omissão criminosa da Administração, uma vez que tais danos, por pura sorte, não tiveram outra magnitude.

Sem qualquer exagero, o incidente poderia ter alcançado a própria vida daquela cidadã. Em casos semelhantes, os contribuintes, de um modo geral, são indiretamente compelidos a responder por tais danos, vez que os recursos a ele destinados poderiam ter melhor aplicação, não fora a desídia administrativa. Isso só ocorre, na maioria das vezes, em razão da impunidade gerada pelo apadrinhamento político. Fatos similares a este podem ser ilustrados por decisões de nossos tribunais, como se vê a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - VEÍCULO QUE CAI EM VALA DE ESGOTO - CABIMENTO.

"Responsabilidade civil do Município. - É flagrante a responsabilidade civil do Município pelos danos ocasionados a veículo que, à noite, cai numa vala para passagem de esgoto, aberta há mais de um ano em via estreita, e assim mantida desde então, sem sinalização. - Alegação não provada de excesso de velocidade do veículo do autor, que não afasta, assim, a responsabilidade do réu. - Apelo desprovido." (Ac. un. da 4ª C. Civ. do TJ SC - AC 48.289 - Rel. Des. João José Schaefer - j. 05.10.95 - Apte.: Município de Brusque; Apdo.: Valdêncio Mafra - DJ SC 06.11.95, P. 13 - ementa oficial - in. Repertório IOB de Jurisprudência - 2ª Quinzena de Janeiro de 1996 - nº 2/96 - página 24)

Outra forma de omissão, talvez de maior significação, observa-se, diariamente, nos serviços públicos de saúde. Todos os dias, desde o

amanhecer, centenas de pessoas batem às portas dos hospitais e centros de saúde do sistema público de saúde, em busca de lenitivo para seus males. E o que vemos? Nada mais, nada menos do que a ausência de uma política séria de saúde, onde se dê prioridade à prevenção das doenças ao invés de sua terapêutica. Demais disso, tem-se a falta de gerenciamento de recursos materiais e humanos, o que tem contribuído sobremaneira para a não prestação de um serviço adequado às necessidades de cada um. Isso acontece não só em razão da carência de profissionais de saúde, mas também como resultante da falta absoluta de uma decisão política de fazer a coisa certa, ou melhor, de fazer cumprir as leis que regem o sistema. É a omissão criminosa de que já falamos. Sendo, como é, responsabilidade do Estado assegurar a saúde de seus cidadãos, em obediência ao mandamento constitucional, cabe-lhe adotar todas as medidas necessárias, para que isso se realize. Para tanto, deverá fiscalizar a aplicação dos recursos a ela destinados, cuidando de organizar adequadamente seus serviços, sob pena de responder civilmente por qualquer omissão. Assim, também, quando não operar com a diligência e eficiência esperadas.

Não faz muito, tomamos conhecimento de um caso perfeitamente tipificável como crime de omissão, fato ocorrido em determinado hospital público, quando um cidadão, vítima de atropelamento, foi levado àquele hospital. Lá chegando, foi examinado, inicialmente, por um traumatologista, que o encaminhou ao serviço de Raios-X, para exames complementares. Ocorre que, após realizar os exames, o infeliz não mais encontrou o "médico" que o atendera, inicialmente, porquanto havia terminado o seu "quarto de plantão", passando-o, então, aos cuidados de outro médico, que acabara de chegar. Este, numa demonstração de completa falta de respeito para com a vida humana e de compromisso para com sua profissão, determinou, após ligeira olhada nos exames radiológicos, que o paciente fosse internado para observação. Infelizmente, seu estado de saúde se agravou no decorrer da noite, requerendo imediata assistência de um médico. Conquanto tenha sido chamado pela enfermeira de plantão, o tal médico, que se achava em repouso, não se dignou de atendê-lo, como era de seu dever, deixando-o à mercê da sorte no restante da noite, o que provocou o agravamento ainda mais, de seu estado de saúde. No dia seguinte, quando nova turma assumia o plantão, o cirurgião-chefe foi informado da ocorrência, levando-o imediatamente ao centro cirúrgico, onde faleceu, por não resistir aos ferimentos sofridos.

Casos como este são encontráveis com bastante frequência nos hospitais públicos de nosso país, embora poucas sejam as ações interpostas com vistas à sua reparação. Isso ocorre porque os familiares da vítima, em sua maioria, por desconhecerem seus direitos, contentam-se com o recebimento do seguro obrigatório, cuja importância, por ser ínfima, cobre

tão-só as despesas com os funerais.

No caso em apreço, uma vez munidos da cópia do relatório da sindicância ou do processo administrativo, juntamente com a cópia da necropsia, estariam os interessados em plenas condições de obterem sucesso numa ação reparatória, porquanto restou provado que houve omissão do Poder Público, quando negou a necessária assistência àquele infeliz.

No aspecto administrativo, não obstante tenha sido devidamente apurado, não houve sequer punição dos culpados, com a aplicação da pena merecida, uma vez que o processo administrativo-disciplinar concluiu pela aplicação da pena de trinta dias de suspensão para os indiciados, segundo fomos informados posteriormente.

Em que pese à ocorrência de casos como o relatado acima, onde a impunidade campeou, chegará o dia, temos certeza, em que os cidadãos vão estar cada vez mais cômicos de seus direitos e, por sua vez, o Estado passará, mais e mais, a tomar as devidas cautelas, para não incorrer em omissões como essa ou em quaisquer outras que possam dar azo à causação de danos a seus administrados. Demais disso, nunca é demais repetir que, para acabar com a impunidade reinante no que concerne à ação ou omissão dos servidores públicos, basta a pronta aplicação das normas estatutárias pertinentes, a fim de que tenhamos agentes mais atentos e mais cuidadosos no trato da coisa pública. Assim procederão porque são sabedores de sua responsabilidade perante suas ações ou omissões, na condição de representantes do Estado.

Pensarão dez vezes antes de abandonar seus postos de serviço ou de recusar atender a quantos busquem os serviços públicos, bem como procurarão evitar a criação de situações de risco, certos de que, se falharem ou se omitirem, serão chamados, regressivamente, a responder pelos danos que causarem.

O Estado deverá ficar de olhos abertos, adotando as providências que se fizerem necessárias, de modo eficiente e oportuno, sob pena de responder civilmente por sua ação ou omissão.

BIBLIOGRAFIA

- 01 - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1995;
- 02 - CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995;
- 03 - CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1989;
- 04 - DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994;
- 05 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1994;
- 06 - GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

**AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS DE LICITANTES
PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO
- UMA QUESTÃO POLÊMICA -**

EUGÊNIA GRACE DE SOUZA

Advogada, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará,
ex - Coordenadora da Procuradoria Jurídica do Instituto Dr. José Frota, Procuradora
Assistente da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, Membro da Comissão de
Sistematização do Projeto de Lei de Licitações do Município de Fortaleza.

Chama-nos a atenção, o tema objeto do presente estudo, em vista da interpretação simplista que muitos comentaristas têm dado ao *caput* do art. 32, da Lei n.º 8.666/93 (que trata das Licitações e Contratos Administrativos), com suas alterações posteriores, afirmativo de que "os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração ou publicação em órgão da imprensa oficial."

Muito se tem perquerido sobre a possibilidade de o servidor de órgão, entidade ou unidade, que realiza licitação, bem como sobre a possibilidade da comissão, ter competência para autenticar documentos dos licitantes, necessários à habilitação, quando de seu recebimento na abertura do procedimento licitatório. Isso, face ao disposto no art. 19 da Constituição Federal; no art. 7º inc. V, da Lei n.º 8.935, de 18.11.94; ao art.365, inc. III, do Código Processo Civil.

O dispositivo especial mencionado cria para o servidor público, especificamente para a Comissão de licitação, a competência para autenticar documentos dos licitantes, necessários à fase de habilitação, assim considerados os elencados nos art. 28 *usque* 33, que cuidam da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômica e financeira e regularidade fiscal, quais sejam a cédula de identidade, o registro comercial, o estatuto e o contrato social da empresa, o CPF, CGC, as certidões de regularidade para com o INSS, o FGTS, as certidões tributárias, os atestados de aptidão técnica, dentre muitos outros.

Ressalte-se que tais documentos fazem parte do acervo particular de cada licitante cabendo, por conseguinte, a esse, a competência para tomar todas as providências acerca da devida regularização documental, em cumprimento das exigências legais para a participação no certame. Uma dessas providências é a autenticação dos documentos a serem apresentados por cópias, conforme exigido no ato convocatório.

Certamente, a *mens legis* da Lei n.º 8.666/93 foi a de desburocratizar o procedimento licitatório, permitindo que os licitantes menos diligentes

pudessem participar da licitação, mesmo quando não lhes fosse possível recorrer ao cartório competente, para proceder à autenticação de seus documentos e, até, quem sabe, estimular a participação de um número mais acentuado de licitantes, em face do custo zero da autenticação dos documentos.

O legislador, ao nosso ver, foi infeliz ao instituir, por meio do art. 32, da Lei n° 8.666/93 a hipótese de o servidor também autenticar os documentos de habilitação, o que nada mais é do que repassar um encargo do licitante para a Administração, numa atitude paternalista e ao mesmo tempo perigosa.

Não se pode olvidar o fato de que a licitação é uma competição onde cada licitante joga com as armas lícitas e ilícitas, muitas das vezes levando parcela significativa a fraudar documentos oficiais, com o fim de se locupletarem das mais diversas formas.

Ademais, nem todos os servidores públicos estão imbuídos de espírito público, somando-se a isso os parcos salários que percebem, fato que enseja a possibilidade de tais servidores, motivados por promessas ou mesmo por ganhos fáceis e espúrios, virem a atestar autenticidade a documentos totalmente em fraude, em benefício do eleito.

Questiona-se, por isso, onde ficaria o princípio da moralidade e o da impessoalidade da própria Administração licitadora?

Considerando que somente com a efetiva entrega das propostas de Habilitação, Preço e Técnica quando for o caso, é que se pode afirmar realmente o início da fase executória da licitação. Será, este o primeiro contato oficial da Comissão com os licitantes cabendo àquela as atribuições contidas no art. 6° inc. XVI, da Lei n° 8.666/93, de "receber, examinar e julgar os documentos e procedimentos referentes à licitação e ao cadastramento de licitantes."

É cristalina a inteligência da norma suso mencionada quando determina que caberá à Comissão apenas as atribuições de "receber, examinar e julgar os documentos", competindo-lhe o dever de aceitá-los da forma como foram apresentados pelo licitante, ou seja, em original, em cópia autenticada em cartório competente ou através de publicação em órgão da imprensa oficial.

Vê-se pois, segundo o art. 7°, inc. V, da Lei n° 8.935, de 18.11.94, e que trata dos Serviços Notariais e de Registros, que "aos tabeliães de notas competem com exclusividade dentre outras autenticar cópias".

Assim sendo, ao nosso ver, sendo a referida Lei especial quanto a matéria relativa aos serviços notariais e de registros, veio retirar do servidor público a prerrogativa de também autenticar fotocópias de documentos, até então autorizada pelo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (*Lex specialis revogat legi generali*).

A título de argumentação poder-se-ia aventar a possibilidade de aplicar tal faculdade quando os documentos estivessem inclusos em processos administrativos em trâmite em órgão ou entidade da Administração, mas mesmo assim com cautela.

Mas para o caso em estudo, a situação é diversa. Os documentos trazidos pelos licitantes, para a licitação, têm procedência estranha à esfera de governo e de poder, aos quais servidor está vinculado funcionalmente. E, o mais grave, sem que esse servidor disponha de conhecimento de técnicas notariais, capaz de examinar com precisão e perícia o instrumento objeto da autenticação.

Sabendo-se que a licitação consubstancia-se em um procedimento administrativo, nos termos do art. 38, da Lei n° 8.666/93, cujo formalismo deve se assemelhar ao processo judicial, de acordo com entendimento do eminente magistrado JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR¹, é de capital importância o mandamento contido no art.365, inciso III, do Código de Processo Civil, no ponto em que dispõe sobre a força probante dos documentos:

"Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

(...)

III - as reproduções dos documentos públicos desde que autenticados por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais."

A Carta Magna, conforme seu art. 236, é taxativa em estabelecer que lei especial definirá os serviços notariais e de registro, assim como suas competências, peremptoriamente declarando que:

"Art. 236. Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1°. Lei definirá as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais do registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário."

Tal assertiva faz com que o nosso entendimento não se confronte com a inteligência do art. 19, da Lei Maior, que veda à União, ao Estado, ao Município e ao Distrito Federal, negar fé aos documentos públicos.

Conforme leciona o mestre JOSÉ CRETELLA JÚNIOR²

"Documento público é todo papel escrito - certidão atestado, diploma - assinado por funcionário público. Fé pública é a confiança que emana dos documentos públicos elaborados pelo agente público. "Recusar fé

em documentos público" é o ato negativo e ilegal da não aceitação, como autêntico, de papel escrito, fornecido pela autoridade credenciada do Estado."

Continua o eminente jurista em sua alocução, que: "Se a finalidade dos registros públicos é a de "conferir autenticidade, segurança e certeza aos atos jurídicos", tais atributos igualmente emanam naturalmente dos "documentos públicos," que são autênticos, por trazerem a "garantia da casa", a "marca de origem", a "fé pública", valendo, assim, em todo território nacional, nas três esferas."

Note-se que a Constituição fala em negar fé aos documentos públicos e não à cópia desses. Frise-se por oportuno que nosso posicionamento em nada afronta o art.19, da CF/88. Ao contrário, pretende demonstrar duas coisas: a primeira, a de que a competência legal para a execução do ato de autenticar documentos está definida em lei como sendo exclusiva do notário público; a segunda, a de que os atos dos servidores públicos continuam a gozar de presunção de veracidade, legitimidade e legalidade, mas apenas quando praticados dentro de suas competências. Fora, serão inválidos.

Leciona com clareza o jurista CAIO TÁCITO³ que "não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito."

Percebe-se por conseguinte, que o fundamento básico do presente estudo é a questão da aplicabilidade do art. 32, da lei 8.666/93 alterada pela Lei 8.883 de 08.06.94, ante a matéria nele enfocada, e o art. 7º, da Lei n.º 8.935, de 18.11.94, considerando que ambas são leis ordinárias e de cunho nacional. A primeira, no que concerne às normas gerais sobre licitação e contratos administrativos. A última, quanto à matéria relativa aos Serviços Notariais e Registro. Cuida-se de uma lei nova que derogou os efeitos da lei anterior no que com ela conflita.

A propósito das hipóteses de revogação da lei antiga por lei nova em face das antinomias jurídicas a professora MARIA HELENA DINIZ⁴ ensina que

"revogar é tornar sem efeito uma norma, retirando sua obrigatoriedade. Revogação é um termo genérico, que indica a idéia de cessação da existência da norma obrigatória. Assim sendo, ter-se-á permanência da lei quando, uma vez promulgada e publicada, começa a obrigar indefinidamente até que outra a revogue. A lei nova começa a vigorar a partir do dia em que a lei revogada vier perder a força. Em outros termos, a data da cessação da eficácia de uma lei não é a promulgação

ou publicação da lei que a revoga, mas a em que a lei revogatória se tornar obrigatória."

A revogação, segundo a especialista, é o gênero, cujas espécies são a ab-rogação e a derrogação, sendo que aquela ocorre quando a nova lei revoga totalmente a lei anterior pelo fato de regular inteiramente a matéria de forma diversa e incompatível entre si. "A derrogação, torna sem efeito uma parte da norma. A norma derogada não perderá sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não mais terão obrigatoriedade... "A derrogação, como se vê, consiste na modificação explícita ou implícita de parte da lei anterior."

A forma como ocorre, tanto a ab-rogação como a derrogação, poderá ser expressa ou tácita. No primeiro caso, a norma revogadora declara expressamente qual a lei que está extinta e todos os seus dispositivos, ou aponta os artigos que pretende retirar do mundo jurídico. Na hipótese de revogação tácita existe uma "incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que nela não conste a expressão "revogam-se as disposições em contrário", por ser supérflua. A revogação tácita ou indireta operar-se-á, portanto quando a nova lei contiver algumas disposições incompatíveis com as da anterior, hipótese em que se terá a derrogação."

Esclareça-se, ainda, a respeito da Lei n.º 8.935/94 (Registros Públicos) sobre a diferenciação entre a norma geral e a especial para maior compreensão da tese exposta, que envolve o princípio da especialidade, defendido pela eminente MARIA HELENA DINIZ⁵. Assim, "uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma é especial quando acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral. O tipo geral está contido no tipo especial." (RJTSP, 29: 303)

Do exposto, é de se concluir que em vista do advento da Lei n.º 8.935/94, posterior à edição da Lei n.º 8.666/93, não mais é facultado ao servidor público membro ou não de Comissão de Licitação, autenticar fotocópias de documentos no momento da recepção das propostas de Habilitação, Preço, ou Técnica, justamente pelo fato de que tais agentes não dispõem de competência legal para a prática desses atos, agora de cunho notarial.

A norma de Serviços Notariais e de Registro é clara e taxativa quanto a essa competência, definindo que somente os tabeliães estão

autorizados por Lei a praticarem atos de autenticação de cópias documentais por delegação do Poder Público.

NOTAS

- ¹ "Os autos do processo administrativo de licitação devem receber tratamento formal idêntico aos do processo judicial" - COMENTÁRIOS À LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, pág. 244.
- ² COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO, vol. III, Forense Universitária, p.1180/1181.
- ³ O ABUSO DO PODER ADMINISTRATIVO NO BRASIL, Rio, 1959, p.128, op. cit. In Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Malheiros Editores, p.134.
- ⁴ LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADA, Saraiva, p. 64 / 65.
- ⁵ p.72

BIBLIOGRAFIA

- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres - Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Editora Renovar, 1996;
- CRETELLA JÚNIOR, José - Comentários à Constituição, volume III, Editora Forense Universitária, 1990;
- FERREIRA, Wolgran Junqueira - Comentários à Constituição de 1988, volume I, Editora Julez Livros, 1989;
- CITADINI, Antonio Roque - Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, Editora Max Limonad;
- JUSTEN FILHO, Marçal - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Aidê, 1996;
- BOBBIO, Norberto - Teoria do Ordenamento Jurídico - Editora UNB, 1996;
- DINIZ, Maria Helena - A Lei de Introdução ao Código Civil, Editora Saraiva, 1996;

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO CUMPRIMENTO PARCIAL

DANIELA CARVALHO CAMBRAIA

Procuradora Administrativa do Município de Fortaleza
Pós-graduanda em Direito Processual pela Escola Superior do
Ministério Público do Estado do Ceará

SUMÁRIO: I - INTRODUÇÃO; II - CONSIDERAÇÕES
GERAIS; III - BREVES NOTAS HISTÓRICAS; III - UMA
QUESTÃO SOCIAL; IV - CUMPRIMENTO PARCIAL DAS
PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO, CONSEQUÊNCIAS;
VI- DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 45 DO CP VII -
CONCLUSÃO.

I - INTRODUÇÃO

O Direito Penitenciário, disciplina que abrange o tema em causa, apresenta-se, felizmente, no momento, em moda. As rebeliões dos presos espalhadas em todo o Brasil confirmam a precariedade em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

No entanto, já é possível verificar que a sociedade, em muitos dos seus setores, demonstra preocupação com a situação do presidiário, inclusive, temos como ótimo exemplo a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que adotou como lema da Campanha da Fraternidade justamente o preso.

O assunto é sério. É necessária a colaboração dos três entes governamentais - União, Estado e Município - para aqueles que, por serem marginalizados, são os mais excluídos, por estarem isolados de seus familiares e por se encontrarem jogados numa verdadeira escola de criminosos.

Escolhemos, portanto, esse tema com o intuito de, aproveitando as implicações sociais inerentes ao mesmo, discutir o art. 45 do Código Penal, principalmente quanto ao cabimento ou não da detração penal, ou seja, quanto à consequência do cumprimento parcial da pena restritiva de direito.

II - CONSIDERAÇÕES GERAIS

Antes de adentrar, especificamente, o tema proposto, é necessário tecermos algumas considerações a respeito da importância da pena substitutiva da pena carcerária.

A pena prisional, a segregação, o cárcere, já cumpriu sua missão histórica, de sorte que, hoje em dia, a tendência é buscar uma pena substitutiva, reservando-se a prisão carcerária somente para os casos mais graves, de reconhecida periculosidade por parte do condenado.

A pena de prisão, vista de um ângulo social, não tem qualquer função educativa e muito menos ressocializante, mormente quando imposta sem qualquer trabalho e critério, sem qualquer separação entre os próprios condenados, que são reunidos, com suas tendências diversas, num mesmo cubículo, onde se confundem na própria promiscuidade.

Assim, constatamos que a pena privativa de liberdade não tem uma função ressocializante; nesse sentido, diz Manoel Pedro Pimentel: "Na verdade, o que a prisão fechada faz é socializar o condenado para viver adequadamente em seu mundo restrito, enquanto estiver preso e submetido às suas regras informais, que se sobrepõem, nesse mundo peculiar, às próprias regras ditadas pela Administração".¹

Em verdade, a prisão como meio de punir tem fracassado, principalmente, quando não existe um sistema penitenciário decente, em que os condenados são simplesmente depositados ou amontoados numa estreita cela, sem qualquer condição de higiene e de trabalho, "vegetando numa promiscuidade sem qualquer objetivo de reabilitação".²

A prisão fechada, logicamente, deve existir, mas apenas para casos de criminosos perigosos e reincidentes e para crime doloso, devendo, inclusive, ser modificada a fim de se tornar um estabelecimento de trabalho e produtividade, e não de ociosidade.

Sobre o assunto, Vítor Prata Castelo Branco, afirma: "A prisão fechada, de máxima segurança, não desaparecerá como pode parecer ao leigo desprevenido, sendo indispensável para o recolhimento dos infratores da ordem e da lei, realmente perigosos; o que desaparecerá, nesta nova orientação penal, é a sua finalidade de pena para todos os casos, porque falhou no objetivo de intimidação e recuperação. Não convém ao Estado nem a sociedade a manutenção de centros criminógenos em todas as cidades do país, como, na verdade, se tornaram os presídios existentes."³

III - BREVES NOTAS HISTÓRICAS

Como todo acontecimento atual advém de algum ponto no passado, cabe-nos comentar, brevemente, alguns aspectos históricos.

Sobre as histórias das prisões e do direito de punir, nas reformas do século XVIII, já se pretendia a suavização das prisões.

A prestação de serviços à comunidade, espécie da pena restritiva de direitos, aparece no Código Russo de 1926, e, por sua influência, mais tarde no Código Penal Búlgaro, de 1951. Como ensina RENÉ ARIEL DOTI,

medidas alternativas à detenção, nas quais se inclui a prestação de serviços à comunidade, foram formalmente indicadas pelos países socialistas através do Código Russo de 1960 e do Código Polonês de 1969. Diz ainda o referido Autor: "Os trabalhos correcionais sem privação da liberdade como sanção penal autônoma estão previstos em Códigos da atualidade. Na URSS a medida foi também introduzida para substituir as penas detentivas de curta e média duração na legislação penal de outros países socialistas, bem como teve igual consagração no ocidente. Na Inglaterra passou a ser adotada, a partir de 1972, com reações favoráveis ao público em geral. Em Portugal o projeto de reforma penal (ele refere-se ao Código Português de 1982) considera o instituto extremamente vantajoso como modalidade de execução penal, posto que o trabalho do delinquente é diretamente introduzida no circuito de produção de bens e serviços do interesse comunitário da atividade normal dos cidadãos livres". Ainda, segundo o mesmo autor, no "documento de Trabalho elaborado pela 'National Institute Of Correction para o VI Congresso da ONU' (Caracas, 1980), conceitua-se o serviço em favor da comunidade como uma sentença através da qual o condenado se obriga a dedicar uma parte de seus serviços no interesse geral como forma de reparar o dano resultante do delito. A medida, por traduzir o sentido retributivo tanto sob o plano coletivo individual, relacionado à vítima vem recebendo grande prestígio do povo americano. Na Holanda, a obrigação de prestar serviços comunitários está classificada no grupo das sanções limitativas da liberdade. O ofensor dedica parte de seu tempo disponível em trabalhos ou atividades geralmente não remuneradas. Na Dinamarca, uma das condições de tal pena é o consentimento do condenado, que trabalhará entre 40 e 240 horas distribuídas em período nunca superior a um ano. O parágrafo 52 do Projeto Alternativo Alemão consagra a experiência que, aceita pelo condenado, implica no trabalho comunitário especialmente vertido para instituições de grande relevo social (hospitais, estabelecimentos de assistência, etc.)."

Foucault, na sua obra "Vigiar e Punir", afirma, com efeito, ser voz corrente, na segunda metade do século XVIII, o protesto contra os suplícios. "É preciso punir de outro modo: afirma: - eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco" (pág. 69).

E assim, dos suplícios corpóreos à reforma, no período em que se glorificam BACCARIA, SERVAN, DUPORT, TARGET, BERGASSE, abriu a crise dessa economia e "propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter a humanidade como medida, sem poder dar um sentido definitivo considerado incontornável."

Ao preconizar o banimento da idéia de uma pena uniforme, modulada unicamente pela gravidade da falta, sem a especificidade aos crimes, CHABROUD assim se expressava: "Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio."

Portanto, a questão não é nova. Na França, no século XVIII, MABLY

já proclamava: "Evitai infligir as mesmas punições!".

IV - UMA QUESTÃO SOCIAL

A pena não deve ser vista apenas como um castigo. Muitas vezes o infrator pratica um crime por falta de opção e até por um estado de necessidade. A fome, a ociosidade, a falta de moradia, o sistema como um todo ensejam a criminalidade.

As finalidades básicas da punição, como a prevenção, a reeducação e a defesa social, perderam completamente o seu sentido, pois, apesar de desumana, a prisão ociosa não intimida, tampouco reeduca. Pelo contrário, tem sido alto o índice de reincidência, que, segundo levantamento publicado na *Folha de São Paulo* (edição de 19 de julho de 1988), está na ordem de 85%, o que demonstra a falência do sistema punitivo tradicional.

Dessa forma, devemos pensar nos condenados como pessoas que necessitam de ajuda, aplicando-lhes a pena de acordo com a gravidade do crime.

A idéia, lançada pelos positivistas, de que a pena é uma defesa social, embora ninguém possa negar-lhe o caráter punitivo, deve ser enfrentada com realismo e participação da própria sociedade, que não pode subtrair-se a contribuir com a punição do criminoso, que afrontou suas regras de convivência. Por isso o legislador tem dado ênfase ao *conselho comunitário* na execução da pena, pois sem sua participação não haverá condições de punir humanamente qualquer infrator que receber uma pena de prestação de serviço.

Assim, como bem disse o Desembargador Antônio José Miguel Feu Rosa: "Lançaram os positivistas a idéia de que o futuro do direito penal estará na defesa social, transferindo-se a sanção penal, das mãos do juiz, para os médicos, dos psicólogos, dos assistentes sociais, dos educadores, etc. Proclamaram o fim, próximo e definitivo, da pena-retribuição e das reclusões perpétuas".⁴

É preciso, porém, que as entidades assistenciais se interessem pelo serviço que lhes será prestado, e se prontifiquem a colaborar com o recebimento dos condenados e com a fiscalização do trabalho. Embora existam realmente muitas dificuldades em aceitar e acompanhar o serviço do condenado, torna-se necessário superar esse preconceito existente, pois só assim as penas alternativas terão a devida aplicação.

V - CUMPRIMENTO PARCIAL DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO - CONSEQUÊNCIAS

Existem duas penas substitutivas, escolhidas pela reforma

introduzida pela Lei nº 7.209/84: a restritiva de direitos e a multa.

As penas restritivas de direito têm como modalidades a prestação de serviço comunitário, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

No Capítulo II, em nove artigos, a Lei de Execução dispõe sobre as penas restritivas de direito. Da reforma penal feita em 1984, as penas restritivas de direito ainda constituem, seguramente, a grande novidade, introduzida em face da política orientada no sentido de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, "como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere".

Dispõe o art. 44 do Código Penal (CP): "As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

Como vimos, a lei estabelece algumas condições para a substituição.

A primeira delas é objetiva e refere-se à quantidade da pena privativa de liberdade imposta na sentença, portanto, deve ser inferior a um ano. Ou então, refere-se à natureza do crime: culposos, e, nesse caso sem limite.

A segunda condição é subjetiva. Exige a lei que o condenado seja primário.

E, finalmente, como terceira condição, concorrem fatores subjetivos e objetivos, a partir dos quais deve o juiz formular um juízo de suficiência da substituição. São fatores: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do delito (art. 44, I a III e parágrafo único do CP).

VI - DISCUSSÃO ACERCA DO ART. 45 DO CP

"Art. 45 - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta."

Como já dissemos, as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando estão previstos os requisitos que a lei estabelece.

De acordo com o art. 45, já transcrito, a pena restritiva de direito imposta em substituição à pena privativa de liberdade terá a mesma duração desta.

Logo, advindo condenação por outro crime, a pena privativa de liberdade, sem sursis, ou ocorrendo descumprimento injustificado da restrição imposta, a consequência é a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade pelo tempo integral da pena aplicada (art. 45, do CP e 181 §§ da LEP). Isso seria JUSTO?

Os doutrinadores na sua maioria acham injusta a proibição da detração penal nesse caso.

Todavia, Damásio de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete apenas repetem o que o art. 45 estabelece, ou seja, entendem que a conversão se opera pelo tempo da pena aplicada; assim, não importa quanto tempo da pena restritiva de direito o condenado já cumpriu.

Já Celso Delmanto considera inconseqüente não aproveitar, na sua conversão, a parte da pena cumprida.⁵

Paulo Lúcio Nogueira também acha impropriedade a interpretação literal do artigo sob comento, "pois seria exigir mais do que foi fixado na sentença e haveria até uma conversão prejudicial, não só quanto à pena, mas também quanto ao tempo, que se prorroga além do devido."

Não obstante opiniões contrárias, entendemos que a solução adotada pelo legislador pode conduzir a grave injustiça. É certo que, pelo inciso II do art. 45, ao juiz compete avaliar o descumprimento "injustificado", inclusive a partir das razões que lhe der o réu. Todavia, não lhe sobra outra alternativa, na hipótese do inciso I, senão a de converter a restrição em recolhimento celular quando, mesmo nos últimos dias do período de cumprimento da pena, ao beneficiado sobrevém condenação por outro crime à pena privativa de liberdade sem "sursis".

É incoerente que não se aproveite, de nenhuma forma, na conversão, parte da pena que já foi cumprida, isso equivaleria a desconsiderar a própria pena restritiva de direito. Porém, o CP deixa clara a proibição da detração penal, ou seja, a impossibilidade de aproveitamento da pena já cumprida.

A demanda jurisprudencial também se divide, mas, em vista do que estabelece o dispositivo do CP no art. 45, a maioria das decisões são contra o aproveitamento do que já foi cumprido. Exemplos das decisões a favor do aproveitamento: TACrimSP, AE 575.643, RJDTACrimSP, 4:26. Contra o aproveitamento: TARS, HC 289.006.029, RT.652:330.

A favor da detração penal, demonstraremos *in verbis* a seguinte:

"- Condenado que deixa de prestar serviços à comunidade - Conversão em privativa de liberdade, descontando-se somente os dias em que realmente compareceu ao estabelecimento

adequado - Conversão operada.

Quando o condenado não houver satisfeito regular e integralmente a pena restritiva de direitos e, bem por isso, houver conversão, descontar-se-ão apenas os dias em que realmente tenha comparecido ao estabelecimento adequado, para prestar serviços à comunidade ou sofrer limitação do fim de semana, sem direito a qualquer vantagem complementar."
- (RJDTACrimSP, 4:26).

Contra a detração penal, *verbis*:

"Pena - Restrição de direitos - Conversão em privativa de liberdade - Detração pretendida - Inadmissibilidade - Fixação "pelo tempo da pena aplicada", conforme o art. 45 do CP - Compensação que só alcança períodos anteriores à execução - habeas corpus denegado." (TARS, HC 289.006.029)

VII - CONCLUSÃO

Apesar de ser uma inovação o surgimento da pena restritiva de direito, na prática, o uso dessa pena está bastante restrito, haja vista, não haver estrutura adequada para que possa ser realizada.

O Sistema Penitenciário Brasileiro está realmente falido.

Muitas rebeliões surgem em várias cidades do país.

Exemplo disso foi a que ocorreu recentemente no Ceará.

Apesar dos inúmeros problemas que possuem, os presos suplicam, principalmente, melhores condições de espaço. Na realidade, essa revolta demonstra uma total falta de humanidade nos presídios.

Na verdade, o Estado e a sociedade querem se ver livres dos condenados, isolando-os o máximo possível do convívio social. Todavia, essa é um tipo de atitude que não resolve o problema, pelo contrário, só agrava o número de reincidências.

Sabidamente, alguns setores da sociedade estão lutando ou ajudando a luta que visa humanizar os que mais precisam ter conhecimento de que a solidariedade e o bom convívio social são, na verdade, as grandes riquezas do homem.

Os juristas podem também colaborar, começando, por exemplo, com a interpretação do art. 45, inc. I, que macula o verdadeiro sentido da pena restritiva de direito. Se não há como interpretar favoravelmente ao réu, cabe ao legislador alterar o dispositivo em comento.

Terminamos nossa exposição com uma parte do discurso do Desembargador José Maria Melo, ao assumir o cargo de Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

"... Neste instante em que voltando a minha vista para esses desgraçados, sem esquecer também as inditasas vítimas e seus familiares, quero dizer com Hélio Tornaghi:

Bem longe vai o tempo, felizmente, em que Filangieri lançou apelo comovido aos legisladores de Europa a fim de que, com sacrifício de algumas horas de lazer, fossem olhar as prisões onde milhares de pessoas definhavam, vítimas de leis viciadas e de magistrados indolentes; em que os cárceres féticos e escuros eram tristes monumentos da miséria humana, contornados de muros apavorantes onde a liberdade era cercada de ferros e a inocência se misturava ao crime; subterrâneos em que a luz do dia não entrava jamais e nos quais jaziam sepultados os pobres infelizes, que haviam cometido o desaforo de dizer-se inocentes diante de um Juiz obtuso ou perverso".

"E mais longínquo ainda vai o dia em que o piedoso Howard bradou e rebradou contra as nefíticas, contra os grilhões cruéis, contra as sentinas e contra os calabouços".

"Distante vai a hora gloriosa da grande pregação de Castro Alves, contrária á escravidão, contra o 'tinir de ferros e o estalar de açoites' e me prol dos que 'simples, fortes, bravos' eram 'miseros escravos, sem luz, sem ar, sem razão'; das mulheres desgraçadas, como Agar o foi também', que trazem 'com tábios passos, filhas e algemas nos braços".

Se é certo de que não mais estão a padecer tão cruéis castigos, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, são os presos muitas vezes retirados do convívio de seus familiares, por crimes até de somenos importância, a pretexto de que não dispõe a Comarca de Penitenciária, esquecendo-se o Juiz que antes do castigo da privação de liberdade, é preciso também pensar na ressocialização do delinquente, devendo a penitenciária ser reservada exclusivamente para os reclusos verdadeiramente perigosos, autores dos denominados crimes hediondos..."

NOTAS

- ¹ Manoel Pedro Pimentel, O drama da pena de prisão, in *Reforma penal* (diversos autores), Saraiva, 1985, p.55.
- ² Paulo Lúcio Nogueira, *Comentários à lei de execução penal*, Saraiva, 1994.
- ³ Vitorino Prata Castelo Branco, A falência da pena de prisão, *O Estado de S. Paulo*, 9 de julho, 1981.
- ⁴ Antônio José Miguel Feu Rosa, *O Novo Código Penal*, Forense, 1985.
- ⁵ Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, cit. p.73.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução penal*, 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 1992.
- DELMANTO, Celso, *Código penal comentado*.
- NORONHA, Magalhães, *Curso de direito processual penal*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DA SILVA, Odir Odilon Pinto e BOSCHI, José Antônio Paganella, *Comentários à lei de execução penal*, Rio de Janeiro: Aide, 1988.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à lei de execução penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FEU ROSA, Antônio José Miguel, *O novo código penal*.
- REVISTAS DOS TRIBUNAIS.

MANDADO DE INJUNÇÃO
X
AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

ANDRÉ DE OLIVEIRA DANTAS

Advogado

Assessor Jurídico do Gabinete do Vice-Prefeito

Pós-graduando em Direito Processual pela

Escola Superior do Ministério Público do Ceará - EMP

SUMÁRIO: I - INTRODUÇÃO. II - OMISSÃO LEGISLATIVA X MANDADO DE INJUNÇÃO. III - ELUCIDATIVO POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DA MATÉRIA. IV - OMISSÃO LEGISLATIVA X AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. V - CONCLUSÃO. VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I - INTRODUÇÃO

Considerando a aplicação e eficácia das normas constitucionais, podemos distingui-las de três modos ou espécies distintas:

a) Normas constitucionais de eficácia plena - aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm plena possibilidade de produzi-los, já que o legislador constituinte criou desde logo uma normatividade suficiente para isso;

b) Normas constitucionais de eficácia contida - as que podem produzir desde logo seus efeitos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficiência dentro de certos limites;

c) Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida - todas as que não produzem com a simples entrada em vigor todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Destarte, "é basicamente sobre este terceiro grupo de normas constitucionais consideradas, as de eficácia limitada ou reduzida, que a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção se dirigem"¹.

Cada um dos institutos, como tentaremos demonstrar, tem suas peculiaridades, embora com um ponto em comum: a integração das lacunas legais.

Assim, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são garantias constitucionais destinadas à realização dos

direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (geralmente contidos em normas de eficácia limitada ou reduzida), mas restritos em sua fruição pelos seus titulares, face à inexistência de norma regulamentadora ou à omissão de medida para dar-lhes a plena efetivação.

Na presente explanação, buscaremos apontar ao menos algumas características e traços diferenciadores de ambos os institutos sob comento, apesar das dificuldades, porquanto a doutrina nacional tem se dedicado pouco ao estudo do misterioso mandado de injunção.

II - OMISSÃO LEGISLATIVA X MANDADO DE INJUNÇÃO.

Constitui-se o mandado de injunção em uma garantia constitucional, insculpida no art. 5, inc. LXXI da carta magna de 1988, no qual se lê: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Traduz-se, assim, em uma "ação constitucional, dirigida a qualquer pessoa que se considere titular de prerrogativas, liberdades e direitos, impedidos de serem devidamente exercidos em razão de uma omissão legislativa, que importe em falta de norma regulamentadora prevista pela constituição, a fim de viabilizar o pleno gozo de determinado direito, prerrogativa ou liberdade"².

Assim, podemos dizer que o cabimento do mandado de injunção tem como pressuposto, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA³, em primeiro lugar, "a carência de norma regulamentadora para viabilizar o exercício de direito previsto por norma constitucional"; e em segundo lugar "ser o impetrante beneficiário direto do direito impedido de se realizar face a inexistência de norma que lhe regulamente a contento".

Neste segundo requisito (ser o impetrante beneficiário direto do direito), conforme a doutrina predominante, é que vislumbra-se o início do traço diferenciador entre os dois institutos sob comento.

É que o mandado de injunção destina-se ao controle *in concreto* de omissão, sendo legitimado qualquer pessoa titular de direito carente de regulamentação para seu pleno exercício, sendo a ação de inconstitucionalidade por omissão utilizada para o controle *in abstracto* da omissão legislativa, somente podendo ser exercido pelos legitimados no art. 103 da CF/88.

Com efeito, o mandado de injunção tem a finalidade de realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa constitucional, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício *in concreto*.

Destarte, não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma

regulamentadora, já que esta é finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Isto porque o mandado de injunção, caso objetivasse a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de complementação, "não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária"⁴, no que seria legitimado qualquer do povo, e portanto malferiria o mandamento constitucional de legitimidade ativa para o exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, o conteúdo da decisão proferida em sede de mandado de injunção consiste na outorga do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação, daí porque ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento, competindo ao juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente, caso permaneça a omissão.

Faz-se mister esclarecer, portanto, que o mandado de injunção se presta para reparar lesão aos direitos fundamentais, mesmo sem ter de modo expresso a qualidade ou competência para impor condutas ao legislativo ou ao executivo, por meio da regulamentação *erga omnes* do direito ou liberdade padecedores de regulamentação.

Convém insistir em que o mandado de injunção visa obter um direito. Não se trata de determinar a qualquer órgão ou poder que elabore uma norma, já que este mister é, em nosso ordenamento jurídico, atribuído à ação de inconstitucionalidade por omissão de iniciativa exclusiva dos legitimados no art. 103 da carta magna.

O Prof. LUIS ROBERTO BARROSO⁵, ao tratar do tema, assevera que "afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance esta em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente e adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária".

Para o Prof. JOSÉ RUBENS DA COSTA⁶, "o mandado de injunção é medida satisfativa de um direito constitucional fundamental. O judiciário, à falta de norma, deverá, por obrigação constitucional, viabilizar o exercício do direito carente de regulamentação, ao seu juízo e valor, consoante a hermenêutica constitucional, à luz dos princípios estruturantes do Estado

Democrático de Direito".

É que o Judiciário pode, observados certos limites, legislar para o caso concreto, adotando assim a solução que melhor atenda, nas circunstâncias examinadas, ao direito que o autor demonstrar inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. O Tribunal vai, então criar uma norma particular, individualizada, que possibilite o exercício do direito e a fruição do benefício postergado.

Com efeito, nesse tocante, deve-se levar em consideração a regra insculpida no art. 5º § 1º da Constituição em vigor: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata". Portanto, segundo o Prof. LUIS ROBERTO BARROSO⁷, "por este tipo de previsão constitucional, atribui-se ao Poder Judiciário, em muitos casos, uma atividade que se torna regulamentar, antes que jurisdicional".

Finalmente, cumpre ressaltar, como bem lembra CELSO AGRÍCOLA BARBI⁸, que "a função jurisdicional tem limitações naturais na sua atividade, o que a leva a não poder satisfazer a todos os direitos que sejam reclamados. Basta que a complexidade exigida para a efetivação concreta de um direito seja tal que, na prática, o juiz não possa, ou não consiga chegar a um resultado eficaz e no tempo adequado".

III - ELUCIDATIVO POSICIONAMENTO DO STF ACERCA DA MATÉRIA

Em louvável evolução de sua jurisprudência, a Suprema Corte passou a conceder o mandado de injunção não apenas com o fim de reconhecer a omissão, mas para assinar-se um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de, vencido o prazo, passar "a requerente a gozar da imunidade requerida nos termos do art. 195, § 7º da CF" (MI 232-1-RJ, RDA 188/155)".

No julgado, a Corte entendeu que devia atender, de modo concreto, ao pedido, para evitar uma vitória de Pirro, viabilizando, desse modo, o exercício do direito constitucionalmente previsto. Assim, acolheu o pedido, estabelecendo que a isenção da contribuição para a seguridade social, que a CF garante às entidades filantrópicas, deveria obedecer aos mesmos requisitos fixados pelo Código Tributário Nacional, quanto à imunidade relativa aos tributos, que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do art. 195 da Carta.

Sucedeu, assim, que, não se limitando a declarar a omissão do legislador, o STF, pela sua maioria, determinou que o congresso se pronunciasse no prazo de seis meses, sob pena de ser considerada imune a entidade impetrante, enquanto os votos da minoria admitiam desde logo a isenção, fixando um critério emprestado, por analogia, do CTN.

O importante, porém, é que tanto a maioria, quanto a minoria, pelas suas conclusões, ultrapassaram a fase na qual se identificavam, quanto aos seus resultados práticos, a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, reconhecendo que este poderia ter, para a parte, efeitos concretos, sujeitos à condição e prazo - no entender da maioria - ou até imediatos - para a minoria⁹.

Cumpre registrar ainda, a fim de reforçar o posicionamento adotado pela Corte Suprema, artigo doutrinário publicado pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

"A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável."

IV - OMISSÃO LEGISLATIVA X AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Cuida o art. 103 da CF/88, da legitimação ativa para a ação de inconstitucionalidade, seja omissiva ou comissiva, trata, pois, única e exclusivamente, do controle abstrato, isto é, aquele exercido pelo Supremo Tribunal Federal, provocado unicamente pelas pessoas legitimadas no mencionado dispositivo.

Visa à regulamentação erga omnes do direito a ser satisfeito, objetivando, segundo o Prof. JOSÉ RUBENS DA COSTA¹⁰, "que o poder ou órgão competente legisle de forma a viabilizar o exercício do direito a qualquer interessado quando for o caso", mas não em determinado caso concreto, já que tal é obtido em sede de mandado de injunção.

Com a ação de inconstitucionalidade por omissão, abre-se a possibilidade ao legitimado de pedir ao Judiciário que, em se tratando de órgão administrativo, lhe seja exigida, em 30 dias, a supressão da omissão, e, em caso de descumprimento, em tese, estaria caracterizado o crime de desobediência previsto no art. 330, ou ainda, o crime de prevaricação no

art. 319, ambos do Código Penal brasileiro, mas podendo ainda permanecer a omissão.

Entretanto, em caso de o responsável ser o Legislativo ou o Executivo, deverá ser notificado para a adoção das medidas necessárias, e feita a comunicação encerra-se a participação do Judiciário, já que não lhes pode impor tal conduta, face ao princípio da independência dos poderes, portanto, caso não seja atendido, permanece a omissão.

"O STF, como diz a carta, apenas declara a omissão, pois não pode obrigar o Legislativo a fazer a lei", conforme lembra WANDER PAULO MAROTTAMOREIRA¹¹. Temos, assim, que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, não se busca solucionar um caso concreto, mas apenas trazer à tona uma omissão Legislativa e tentar obter a sua supressão, solicitando ao órgão ou poder competente que legislem sempre por iniciativa dos legitimados no art. 103 da CF/88.

Verificada a existência de inconstitucionalidade por omissão, não se altera a ordem jurídica, circunscreve-se a fator (a juntar, provavelmente a outros), suscetível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento negativo em positivo.

Assim, se o Legislativo continuar omissivo, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹², "cada interessado deve valer-se, então, quando lhe convir, do mandado de injunção, e só em seu caso concreto, particular, pedir ao Judiciário que legisle, face à permanência da omissão que inviabiliza o gozo do direito ou liberdade".

Por fim, cumpre registrar os abalizados comentários de LUIS ROBERTO BARROSO¹³ acerca da ação de inconstitucionalidade por omissão, segundo ele, "trata-se do controle em tese, in abstracto, a ser exercido concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. A legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade, em qualquer de suas modalidades, estende-se agora às pessoas enunciadas no art. 103 do Texto. Note-se que a decisão opera diferentemente, de acordo com órgão responsável pela omissão. Se este for administrativo, terá ele caráter mandamental, e o agente público, para sanar a omissão, poderá ser responsabilizado administrativa e criminalmente se permanecer inerte".

V - CONCLUSÃO

Em vista do exposto, concluímos haver uma significativa semelhança entre ambos os institutos, já que possuem objetivo comum, no sentido de evitar que diversos direitos constitucionais não passem de normas programáticas, devendo, pois, ser compreendidos conjuntamente, observadas apenas as seguintes peculiaridades de um e de outro:

O controle de constitucionalidade por omissão, face ao texto

constitucional vigente, somente existe em tese, sendo privativo do Supremo Tribunal Federal, e legitimadas apenas as pessoas elencadas no art. 103 da CF/88.

Por intermédio de tal mecanismo, argui-se a lacuna em tese, objetivando-se, pela comunicação ao poder ou órgão competente, sua efetivação para que legislem, expedindo *in abstracto* e *erga omnes* norma tendente a regulamentar direito ou liberdade constitucional, tolhido em sua plena eficácia face a tal omissão.

Entretanto, quando se tratar de uma situação concreta, de efeito *inter partes*, pretendendo-se sanar a omissão legislativa em uma situação concretamente apresentada, dá-se a figura do mandado de injunção, sendo legitimado qualquer titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Por meio do mandado de injunção, face à omissão legislativa, o interessado pede ao Judiciário que legisle para o seu caso concreto, observados certos limites, sem se falar em comunicação a órgão ou poder competente a fim de que legislem e sanem a omissão, já que tal mistér é privativo da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Finalmente, não é demais evidenciar que, embora haja caído em desuso pela processualística brasileira, o mandado de injunção possui uma nobre finalidade, qual seja, por iniciativa do próprio interessado, evitar o descaso e a inocuidade de diversos preceitos constitucionais, esquecidos e inaplicados, em detrimento do cidadão, sob o pálio da falta de regulamentação.

Entretanto a autonomia e a independência de nossos Magistrados é fator determinante para a reversão desse quadro, outorgando ao cidadão, por intermédio de decisões concretas e práticas como a acima mencionada, proferida pelo STF, um efetivo gozo dos direitos e garantias constitucionais, porquanto o seu esquecimento, pela inércia, muitas vezes dolosa, dos poderes públicos, não pode jamais impedir a realização plena das prerrogativas constitucionais.

NOTAS

- ¹ IVO DANTAS, Mandado de injunção - Guia teórico e prático, 1989, p. 55
- ² JOSÉ DA SILVA PACHECO, O Mandado de segurança e outras ações constituc. típicas, 1990, p. 251.
- ³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, 1992, p. 391.
- ⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, 1992, p. 394.
- ⁵ LUIS ROBERTO BARROSO, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1996, p. 183.
- ⁶ JOSÉ RUBENS DA COSTA, Mandados de segurança e injunção, 1990, p. 428.
- ⁷ LUIS ROBERTO BARROSO, O direito constitucional e a efetividade suas normas, 1996, p. 169.
- ⁸ CELSO AGRÍCOLA BARBI, Mandados de segurança e injunção, 1990, p. 439.
- ⁹ HELLY LOPES MEIRELES, Mandado de segurança, Ação popular, Ação civil pública, Mandado de injunção 1996, p. 177.
- ¹⁰ JOSÉ RUBENS DA COSTA, Mandados de segurança e injunção, 1990, p. 427.
- ¹¹ WANDER PAULO MAROTTA MOREIRA, Mandados de segurança e injunção, 1990, p. 416.
- ¹² JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, 1992, p. 396.
- ¹³ LUIS ROBERTO BARROSO, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1996, p. 174.

BIBLIOGRAFIA

- DANTAS, Ivo - Mandado de injunção - Guia teórico e prático, 1a. ed. São Paulo, 1989.
- PACHECO, José da Silva - O mandado de injunção e outras ações constitucionais típicas, São Paulo, 1990.
- DA COSTA, José Rubens - Mandados de segurança e injunção, São Paulo, 1990.
- BARROSO, Luis Roberto - O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DA SILVA, José Afonso - Curso de direito constitucional positivo, 9a. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BARBI, Celso Agrícola - Mandados de segurança e injunção, São Paulo, 1990.
- MEIRELES, Helly Lopes - Mandado de segurança, Ação popular, Ação civil pública, Mandado de injunção, São Paulo: Malheiros, 1996.
- MAROTTA, Wander Paulo Moreira - Mandados de segurança e injunção, São Paulo, 1990.

A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

X

"JUS POSTULANDI."

WALBER SIQUEIRA VIEIRA

Advogado, Coordenador da Procuradoria Jurídica da
Fundação da Criança da Cidade - FUNCI e
Ex-Estagário da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza

"HOJE, JUSTIÇA SEM ADVOGADO NÃO
É JUSTIÇA: É ARREMEDO DE JUSTIÇA."

João Orestes Dalazem

O tema jurígeno em pauta é por demais controverso em nosso mundo jurídico, face às inúmeras particularidades que orbitam em seu conteúdo. Nossa modesta dissertação objetiva, fundamentalmente, tecer alguns comentários acerca do palpitante assunto, tendo por imediato responder ao seguinte questionamento: até que ponto a utilização do "*jus postulandi*" é favorável ao cidadão que postula em juízo?

"*Ab initio*", lembra o Dr. Ronald Amorim e Souza que inúmeros são os países onde o "*jus postulandi*" é sobejamente aplicado. "A Espanha, pelo Real Decreto Legislativo N° 1568/80, no art. 10, assegura o direito de postulação, pela parte, somente lhe exigindo o patrocínio por advogado ante o Tribunal Supremo e o Tribunal Central do Trabalho."

E mais: "o art. 470 do Código de Trabalho da República Dominicana também assegura o "*jus postulandi*" pela parte. A Lei 18.345, da Argentina, legitima o exercício do direito de postular sozinho, no art. 35, impondo aos empregadores que, sendo pessoas jurídicas, sejam representados por diretores, sócios, gerentes e altos empregados. Pelo art. 691 da Lei do Contrato de Trabalho do México, também se assegura, em meio ao exame da capacidade postulatória, o exercício do direito de postular em Juízo."

No Brasil, conforme atesta o Dr. José Ajuricaba da Costa e Silva, "o direito de postular em Juízo pessoalmente é assegurado às partes no direito processual penal, facultando-se a qualquer pessoa do povo requerer "*habeas corpus*" liberatório ou preventivo, em próprio favor ou de terceiros (art. 654, do CPC), e no processo do trabalho (art. 791 da CLT).

Os defensores da capacidade postulatória trazem à baila outros dispositivos, tais como, a Lei dos Juizados Especiais ou o Dec-Lei 7661/45 em seu art. 82, que autoriza o pedido de habilitação de crédito na concordata e na falência. Inúmeras manifestações, em especial nos dissídios trabalhistas,

sobre a indispensabilidade do judicial patrono, têm sido publicadas.

Autores de tomo, dentre os quais o professor J.J. Calmon de Passos, assegura que: "Cercear o advogado é cercear o cidadão. Limitar as prerrogativas do advogado é limitar as prerrogativas do cidadão. Constrangê-lo é constranger aquele."

O Dr. Antônio Carlos Faciolo Chedid, Juiz Trabalhista, citado por Gilberto Gomes, em sua percuciente monografia intitulada, "A Indispensabilidade do Advogado em Processo Trabalhista", preceitua, escorado em sua larga experiência, que: "Em uma nação subdesenvolvida como a nossa, com desigualdades sociais sendo eternizadas, não há maior violação de igualdade processual, do contraditório e da ampla defesa do que os mais e menos favorecidos pela sorte se degladiem, judicialmente, uns ao abrigo de defesa técnica, outros não."

Seja permitido transcrever alguns apontamentos feitos por João Orestes Dalazem, em seu artigo jurídico, intitulado "Capacidade Postulatória e Honorários no Processo Trabalhista."

"in verbis"

"A bem de ver, a capacidade postulatória outorgada as partes no processo trabalhista, é um ranço do Estado Novo, quando os órgãos da justiça do trabalho integravam o poder executivo e concebia-se um mero procedimento administrativo, marcado pela simplicidade e oralidade, para compor os conflitos individuais entre o capital e o trabalho, procedimento em que a disputa entre contedores cifrava-se a questões fáticas acerca de reduzíssimos pedidos."

É claro, é solar, que tal indispensabilidade flora da própria Magna Carta de 88. A Constituição estipula através dos ditames insculpidos em seu art. 133 que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei."

Emerge no deslinde da questão um princípio basilar: o da imprescindibilidade do advogado, princípio este guindado à hierarquia de norma constitucional.

Waletim Carrion é categórico quando afirma: "A interpretação literal da Constituição Federal de 1988 (art. 133) parecia-nos que levava a conclusão de que o direito de postular pertence ao advogado, exigindo sua assistência a parte. Ressalta-se o que acima disse; estar desacompanhado de advogado não é direito, mas desvantagem."

Tão nobre é a presença do advogado que Nehemias Gueiros, comentando o Estatuto da OAB, assim se manifestou: "Deixou, o advogado, de ser a excrescência desenhada por alguns ou a simples facção litigante encarada na sua parcialidade obrigatória como elemento perturbador da veneranda serenidade do Juízo, numa das suas justaposições essenciais e

impreteríveis, compondo e contrapondo, com o outro causídico que lhe desfronta não apenas o contraditório processual, mas a própria jurisdição do Estado."

O Grande Ruy de Azevedo Sodré, citando Astolfo de Resende, prolatou que: "o advogado não é mero postulante; pleiteando, ele não faz simplesmente a defesa de um indivíduo; exerce, na realidade, uma missão mais alta: esclarece o debate e prepara para a decisão. É um defensor e formador do direito."

Luís Roberto Barroso, com precisão cirúrgica, em parecer que dormita à página 158 da Revista da OAB, esclarece: "já a ausência de advogado mesmo que eventualmente afetando a celeridade e a simplificação - o que se admite para mero fim de argumentação - pode comprometer, de forma irremediável, a finalidade da justiça."

Passos avante, realça: "isso porque a desigualdade de conhecimento ou a desigualdade material e cultural das partes, sem a presença niveladora do advogado, pode conduzir, e muitas vezes o faz, a soluções injustas."

Alcançado este ponto, impõe-se agora que se se enfrente o âmago da questão.

Pois bem!

Já se pode, em síntese apertada, tentar responder, se realmente a utilização do princípio do "*jus postulandi*" é ou não favorável ao litigante que postula em Juízo.

O senso jurídico aplicado à análise mais detida do assunto em tela permite que nossa resposta seja negativa.

Rememore-se aqui a existência do art. 133 da Lei Fundamental de 88 que afirma ser o advogado indispensável à administração da justiça. Por sua vez, o atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art 2º, também ratifica a presente indispensabilidade. O advogado, é, sem dúvida alguma, importantíssimo na busca pelo metal nobre da justiça, já que "Como preparador indispensável das decisões soberana dos magistrados, o advogado funciona como órgão subsidiário da justiça e contribui decisivamente para a concretização das grandes reivindicações do direito." (CF. Eurípedes Carvalho Pimenta, "O Estado de Direito e as Garantias Constitucionais da Magistratura, Revista da Procuradoria Geral do Estado, Vol 9, p. 1103 - 119).

Ao contrário do que alguns doutrinadores pensam, valer-se de advogado não quer dizer valer-se de um privilégio. É antes de tudo uma necessidade voltada ao bom andamento processual. Sobre este aspecto, assevera, João Bonumá: "A exigência legal de que só os advogados e solicitadores possam conduzir um processo corresponde a que outros ramos da atividade humana é feita relativamente a outros profissionais: somente

os médicos podem clinicar, receitar, operar; somente aos farmacêuticos é lícito aviar receituários; unicamente os engenheiros estão autorizados a construir determinadas obras e edifícios."

Ultimado o presente estudo, força é concluir que a utilização do "*jus postulandi*", com exceção de alguns casos, como por exemplo, o "*habeas corpus*", ao contrário do que se pretende, traz inúmeros pontos desfavoráveis. Impossível conceber, "*data máxima vênia*", a luta pelo metal nobre da justiça, jungida a sangue e suor, sem a figura altaneira de um judicial patrono.

DOS ENCARGOS COBRADOS INDEVIDAMENTE PELO FISCO

ALEXANDRE AGUIAR MAIA*

Advogado

1. INTRODUÇÃO

A despeito da acentuada crise que vem atingindo vários setores de nossa economia, muitas são as empresas que atrasaram o recolhimento de alguns tributos, por absoluta impossibilidade de cumprir à risca todas as suas obrigações tributárias.

Em decorrência disso, muitas comparecem perante o Fisco, a fim de obter parcelamentos das importâncias devidas. Ocorre que, na maioria das vezes, os agentes fazendários, condicionam o procedimento a uma série de exigências absurdas, contrariando lei regente da matéria.

Para a obtenção dos parcelamentos "supra" e como forma de evitar danosas conseqüências que adviriam da inadimplência dos débitos, consentem as empresas devedoras em se submeter às citadas exigências, inclusive a assinatura do instrumento de confissão de dívida, sem a qual, não têm seus pedidos de parcelamento deferidos e estarão sujeitas à autuação e à execução fiscal, sem contar, também, que a Fazenda não autoriza a expedição da Certidão Negativa de Débitos - CND, caso não seja efetuado o pagamento que entende devido, o que altera, na maioria dos casos, os valores devidos.

A situação por que passa a maioria das empresas brasileiras na atualidade decorre da ânsia crescente do Fisco em geral, que, no escopo de arrecadar desenfreadamente, tributa acima das taxas de resistência e da capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Difícil se encontra a situação dos contribuintes que desejam quitar seus débitos, haja vista a voracidade com que se cobram os tributos, acrescentando-se-lhes multas abusivas, juros acrescidos de TR, com o emprego, inclusive de fatores de conversão da UFIR do ano de 1992, de forma a ferir preceitos constitucionais e legais. Veja-se o que se segue:

2. DA APLICAÇÃO DA MULTA NA DENÚNCIA ESPONTÂNEA:

O ato de cobrança de multa, por parte do Fisco para o caso de denúncia espontânea não se atenta ao disposto no art. 138 do CTN, que dispõe:

"Art. 138: A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de

mora..."(grifamos).

Duramente apenado fica o contribuinte que, denunciando espontaneamente a sua dívida, se vê obrigado, também, ao pagamento da multa. Melhor seria, então, aguardar a autuação do Fisco, caso viesse realmente a ocorrer, o que passaria a justificar a sua incidência. No mundo financeiro, a confissão de dívida por parte do inadimplente, na prática, resulta em novação com melhores condições de acerto do principal e encargos, até por parte de instituições financeiras.

Não existe previsão legal no Ordenamento Jurídico pátrio para a incidência de multa, quando da denúncia espontânea, restando assim robustecida a tese de que esta não deve cumular sobre o débito, segundo o princípio insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal:

"Art. 5º:....."

II - Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Com arrimo no artigo supramencionado, na jurisprudência e na doutrina, conforme a seguir será demonstrado, em havendo a denúncia espontânea para o pagamento de débito, acham-se as empresas, conseqüentemente, desobrigadas a pagar sobre os valores originários, a sanção da multa ou quaisquer outros encargos cobrados de forma abusiva e confiscatória, resultando tais imposições, em lesionamento de direito, devendo ser oportunamente revistas.

Sobre a exclusão da multa em denúncia espontânea, o doutrinador P.R. Tavares Paes, in Comentários ao Código Tributário Nacional, RT - Legislação, 4ª Ed., pag. 232, ensina que:

"A exclusão de responsabilidade - Ocorre a exclusão de responsabilidade do contribuinte ou responsável pela denúncia espontânea, sendo esta acompanhada, se cabível, do pagamento do tributo em débito e dos juros de mora".

Aliás, a doutrina é farta neste sentido e de igual modo ensina o Eminentíssimo Professor Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 5ª Ed., Forense, pag. 105, transcrito:

"A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora(CTN, art. 138). Assim, o sujeito passivo que procura o fisco, espontaneamente, e confessa o cometimento de infração, não será punido. Sua responsabilidade fica excluída pela denúncia espontânea da infração. Mas se o cometimento

de infração implicou o não pagamento de tributo, a denúncia há de ser acompanhada pelo pagamento de tributo devido." (grifamos).

Outro ponto de importância capital, além dos já demonstrados acima(art. 5º, II, CF/88 e 138, CTN) encontra amparo no princípio do não-confisco, o qual está preceituado no art. 150, em seu inciso IV da Carta Magna, onde está estabelecido que:

"Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
IV- Utilizar tributo com efeito de confisco."

A vedação do confisco no Direito Tributário Nacional é matéria pacífica tanto na doutrina como na Jurisprudência. Doutrinariamente, encontramos o Ilustre José Cretella Júnior, asseverando:

"É vedado no Direito Brasileiro o exercício de tributação confiscatória. Atribuir ao imposto ou à taxa ou à contribuição de melhoria, o efeito do confisco, isto é, cobrar pelo tributo importância equivalente ao patrimônio do contribuinte, é medida inconstitucional. Se a lei o fizer, será argüida sua inconstitucionalidade. Se se tratar de ato administrativo confiscatório - Decreto, Resolução, Portaria -, o ato é eivado de desvio de poder, o que o torna nulo."(in Curso de Direito Tributário, RJ, Forense Universitária, 1993, pag. 91 - grifamos).

Ainda sobre o tema, Vittorio Cassone ensina:

"Uma das formas do confisco consiste em limitar a imposição de penalidade pecuniária."(in Direito Tributário, SP, Atlas, 1991, pag. 91)(grifos nossos).

Logo, o processo de elaboração das penalidades fiscais está limitado pela imposição constitucional que veda o confisco em matéria tributária, restando patentemente demonstrado que a cobrança da multa, pelo fato de ter o contribuinte se apresentado para denunciar-se, é abusiva e indevida, por ferir preceitos constitucionais e legais.

Traz-se à colação, dois brilhantes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

"TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA(art.138, CTN). INEXISTÊNCIA. MULTA INDEVIDA. PRO-

CESSUAL CIVIL (art.535, CPC)

.....3. Sem antecedente. Procedimento administrativo descabe a imposição da multa, mesmo pago o imposto após a denúncia espontânea(art. 138, CTN). Exigi-la seria desconsiderar o voluntário saneamento da falta, malferindo o fim inspirador da denúncia espontânea e animando o contribuinte a permanecer na indesejada via da impontualidade, comportamento prejudicial a arrecadação da receita tributária, principal objetivo da atividade fiscal."(STJ, 1ª Turma, Min. Rel. Milton Luiz Pereira, RE. 9421/PR, grifos nossos).

"INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXIGIBILIDADE DA MULTA DE MORA.

Tributário. ICM. Denúncia Espontânea. Inexigibilidade da multa de mora. O Código Tributário Nacional não distingue entre multa punitiva e multa simplesmente moratória; no respectivo sistema, a multa moratória constitui penalidade resultante da infração legal, sendo inexigível no caso de denúncia espontânea, por força do artigo 138. Recurso Especial conhecido e provido."(STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, RE. nº 16672/SP, grifos nossos).

Diante do exposto acima, conclui-se seguramente que o pagamento do principal efetivamente devido com a exclusão da multa, é um direito constitucional e também, está expressamente admitido em lei, não deixando ainda de ser ratificado por entendimento jurisprudencial e doutrinário.

2.1. DA APLICAÇÃO DA MULTA EM PEDIDOS DE PARCELAMENTO

As empresas que efetuarem pedidos de parcelamento antes de qualquer procedimento administrativo de cobrança beneficiam-se pelo disposto no art. 138 do CTN. Neste sentido, citam-se trechos do voto do eminente Ministro Pedro Acioli, do antigo Tribunal Federal de Recursos, então Relator na AMS nº 89.363/SP, in RTFR nº 72/263:

"O pedido de parcelamento do débito, apresentado antes de qualquer procedimento ou medida de fiscalização, relacionados com a infração, se aperfeiçoa à denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN. No que diz respeito a juros, multa de mora e correção

monetária, entendo que a confissão do devedor inibe a aplicação de penas pela infração, incluída a multa ex-offício, mas não o exonera dos acréscimos legais moratórios, devidos após o vencimento do tributo."(grifos nossos).

2.2. A MULTA E AS EMPRESAS EM REGIME DE EXCEÇÃO

Vale ressaltar que as empresas em regime de exceção(concordata preventiva ou autofalência) estão isentas do recolhimento de multas fiscais. Este direito, que já foi reconhecido há tempos pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente, foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, sedimentando, assim, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, quando do julgamento do RE nº 38.997-6/SP, a seguir transcrito:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICM. COBRANÇA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA. EMBARGANTE EM REGIME DE CONCORDATA PREVENTIVA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. POSSIBILIDADE.

I - Correta a decisão que, arriando-se em jurisprudência do Pretório Excelso, entendeu que, malgrado não aplicável à concordata, a regra do inciso III, do Parágrafo Único, do artigo 23 da Lei de Falências, "afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do art. 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade."

II - "In casu", estando a embargante, ora recorrida, em regime de concordata preventiva, com dificuldade de saldar suas dívidas, cabível afastar-se a exigibilidade da multa fiscal, a teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional e, em consonância com a jurisprudência do Egrégio STE

III - Recurso desprovido. Decisão unânime."(STJ, REsp. 38.997-6/SP, Min. Rel. Demócrito Reinaldo, grifos nossos).

E assim decidiu o pretório excelso:

"EXECUÇÃO FISCAL CONTRA CONCORDATÁRIA. COBRANÇA DE MULTA FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 112, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Na concordata, não é aplicável a regra do inciso III do

parágrafo único do artigo 23 da Lei de Falências. É que a exigência fiscal não afeta, diretamente, o interesse dos credores, uma vez que é assegurada a continuidade dos negócios do devedor.

Afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do inciso II do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade.

Recurso extraordinário não conhecido."(STF - 2ª Turma - Rel. Min. Carlos Madeira - R.E. nº 110.399-SP).

Citamos ainda os precedentes do egrégio Tribunal Federal da 3ª Região, quando entendeu, nos processos de nº 90.03.8226-0 e 89.03.4210-7, não incidir multa moratória sobre execução fiscal de massa falida (Gazeta Mercantil, 31.05.96).

Logo, se as empresas encontram-se em regime de autofalência ou de concordata preventiva, é incabível a cobrança de multa por parte do Fisco, mesmo que sejam estas autuadas.

3. DA APLICAÇÃO DA TRD COMO JUROS DE MORA - SUA INCONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal declarou que a TAXA REFERENCIAL - TR, seja a mensal, seja a diária, não se constitui indexador de qualquer valor conhecido e não pode funcionar como correção monetária de qualquer importância. Para tanto, existiam diversos índices - INPC, IGP, IGP-M, IPC/FIPE, etc. A TR, por sua vez, foi definida como uma taxa interbancária financeira, instituída pelo Governo Federal, que indicava - e indica - uma previsão da inflação pela ótica bancária, baseada em operações financeiras.

Equivocadamente, os órgãos da administração direta, apesar de reconhecerem, expressamente, não se tratar de um indexador, tentaram utilizá-la como tal. Como derivativo para esta impossibilidade, o Fisco passou a denominar a TR/TRD de JUROS.

O colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada em 25.06.92, no julgamento do feito, relacionado com a correção dos financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação (ADIN 493-0-DF), deixou irretorquivelmente assentado que a TR não pode ser utilizada como indexador, conforme trecho do voto do eminente Ministro Moreira Alves, assim manifestado:

".....A TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações

do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Em período de plena estabilidade monetária, um indexador como a TR poderá certamente apresentar percentuais relativamente elevados, refletindo taxas de captação atrativas no mercado financeiro" (ADIN nº 493-0-DF, j. 25.06.92).

No mesmo sentido o Ministro Paulo Brossard, acompanhando o voto acima, assim decidiu:

"Tenho como certo que a TR, prevista no art. 1º da Lei 8.177, não é e não pode ser tomada como índice, por isso não poderá ser sucedâneo da correção".

Logo, resta evidenciado que a Taxa Referencial (TR) é Taxa de Juros e não índice de correção monetária. Não há como se pretender exigir sua inclusão nos cálculos dos débitos em atraso, visto ser inconstitucional e ilegal a atualização da TR no cálculo do parcelamento, ou mesmo do pagamento em atraso por parte das empresas em débito com o Fisco. Ademais já existe a incidência dos juros legais.

4. DA UTILIZAÇÃO DA UFIR DO ANO DE 1992 - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

A Unidade Fiscal de Referência - UFIR foi instituída como índice de atualização dos tributos pela Lei nº 8.383/91, com aplicação já a partir de janeiro de 1992. Ocorre que a referida lei foi publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1991, sendo que sua circulação somente ocorreu normalmente no dia 02 de janeiro de 1992.

A publicação de uma lei é condição indispensável para que esta entre em vigor. É condição de vigência da lei, conforme afirma brilhantemente o Prof. Hugo de Brito Machado, da seguinte forma:

"Tal publicação, em se tratando de lei federal, há de ser feita no Diário Oficial da União, sendo irrelevante a divulgação por outros meios; a data inserida no Diário Oficial, é, presumivelmente, a data de sua circulação; entretanto, provado que esta se deu em data posterior, esta última é que prevalece para os efeitos da vigência das leis; e finalmente, a publicação do Diário Oficial, para ter efeitos neste particular, há de dar-se dentro do expediente normal da Imprensa Oficial" (in Publicidade como condição de vigência da Lei - Repertório de IOB de jurisprudência, 2ª quinzena de julho de 1992, nº 14/92).

Ora, a publicação da lei sob referência se deu numa terça-feira (31 de dezembro de 1991), sendo público e notório que, em tal dia, nenhum órgão público recebeu os devidos exemplares para a necessária e imprescindível circulação e distribuição, o que ocorreu apenas no dia 02 de janeiro de 1992.

Na mesma linha de entendimento, o Plenário do colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por unanimidade, assim decidiu:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRAZO. TERMO INICIAL. PUBLICIDADE DE ACÓRDÃO NA SEXTA-FEIRA.

O prazo para interposição do recurso extraordinário se conta a partir do dia seguinte ao da circulação do Diário da Justiça, no caso, terça-feira. Agravo de instrumento provido." (RTJ 90/503).

Como a circulação do DOU de 31.12.91 se deu apenas em 02.01.92, não se pode considerar como publicado o dispositivo legal apenas porque se fez constar de uma edição especial, que saiu das máquinas da Imprensa Oficial no dia 31.12.91, fora do expediente normal das empresas, às vésperas de ano novo.

Aliás, o procedimento adotado de editar pacotes natalinos, com o único objetivo de arrecadar cada vez mais, ainda que ferindo a Lei Suprema, vem se repetindo ao longo dos anos, ocasionando, em decorrência, um excesso de demandas no Judiciário.

A publicidade, deve ser ampla e eficaz de modo a respeitar o Princípio da Anterioridade, consagrado e garantido na Constituição Federal.

Demonstrada está, portanto, a absoluta inaplicabilidade dos índices de conversão da UFIR no ano de 1992, instituídos pela Lei nº 8.383/91, em virtude de ferir o Princípio da Anterioridade, vez que carrega, desde sua origem, o vício de forma insanável, sendo que os tributos do ano de 1992 devem ser convertidos em UFIR, tomando-se por base o índice do dia 1º de janeiro de 1993.

5. CONCLUSÃO

Tendo a consciência de que se trata apenas de um estudo preliminar, e de que melhores virão, concluímos, verificando que:

I - o Fisco, quando do comparecimento espontâneo das empresas para efetuar o pagamento de tributos em atraso ou formular pedido de parcelamento, não deve nem pode fazer incidir sobre o principal qualquer tipo de multa, principalmente, se estas encontrarem-se em regime de exceção;

II - é inconstitucional a aplicação de juros de mora indexados pela TR, porque já existe a incidência dos juros legais;

III - a aplicação dos fatores de conversão da UFIR do período de 1992 utilizada pelo Fisco é inconstitucional, por ferir o Princípio da Anterioridade.

É o meu entendimento, s.m.j.

BIBLIOGRAFIA

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 4ª edição, Revista dos Tribunais;
- CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, Ed. Saraiva;
- MACHADO, Hugo de Brito, CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 11ª Edição, Malheiros Editores;
- BASTOS, Celso Ribeiro, CURSO DE DIREITO FINANCEIRO E DE DIREITO TRIBUTÁRIO, Ed. Saraiva;
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, 4ª edição, Ed. Saraiva;
- CRETELLA JÚNIOR, José, COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, 2ª edição, vol. VII, Forense Universitária;
- CRETELLA JÚNIOR, José, CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, RJ, Forense Universitária, 1993;
- FERREIRA, Pinto, COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, 5º vol., Ed. Saraiva;
- CARRAZZA, Roque Antonio, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO, 6ª edição, Malheiros Editores;
- BASTOS, Celso Ribeiro, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 16ª edição, Ed. Saraiva;
- MONTEIRO, Samuel, TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES, TRATADO TEÓRICO E PRÁTICO, Hemus Editora, 1ª edição;
- PAES, P.R. Tavares, COMENTÁRIOS AO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, Ed. Revista dos Tribunais - Legislação, 4ª Ed.;
- CASSONE, Vittorio, DIREITO TRIBUTÁRIO, SP, Ed. Atlas, 1991;
- REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA e INFORMATIVO DINÂMICO IOB;
- GAZETA MERCANTIL, DINHEIRO VIVO, GUIA JURÍDICO.

**FALA DO EX-PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO,
ADVOGADO JOSÉ EMMANUEL SAMPAIO DE MELO,
NO ATO DA TRANSMISSÃO DO CARGO DE
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO, EM 02.01.1997**

Dr. Stênio Carvalho Lima, Procurador Geral do Município,
Meus Amigos Procuradores do Município,
Meus estimados servidores administrativos,
Autoridades presentes,
Senhoras e Senhores,

para sorte de todos, não consegui encontrar, hoje pela manhã, a revista comemorativa da formatura de minha turma de Colégio Militar, em 1980. Dela pensei extrair algo de uma declaração de amor a Fortaleza, de minha autoria, onde eu lembro bem de ter perguntado: "no futuro, como você vai estar?".

Disse sorte pelo fato de tê-los poupado de prosa absolutamente insípida, embora recheada do verdadeiro amor por esta cidade, da qual, sem necessidade de nenhum formalismo legislativo, de há muito já me julgo cidadão.

Quis o destino tornar-me parte da resposta à minha própria indagação, trazendo-me, em julho de 1991, para assumir o cargo de Procurador Geral Adjunto, e nos últimos dois anos, sucedendo a Valmir Pontes Filho, como Procurador Geral.

Era a minha chance de ajudar, mesmo de forma mínima, no futuro de minha cidade. Agarrei-a com força, dediquei-me em cada hora, e agora, ao fim de cinco e meio anos, sinto-me recompensado e feliz, com a nítida impressão de ter cumprido meu dever, juntando a tanto o orgulho sempre proclamado de ter podido participar das administrações do Dr. Juraci Magalhães e do Dr. Antonio Cambraia. Esta é uma marca indelével, para mim e para a cidade.

À frente da Procuradoria Geral do Município, deveria ter feito até onde minha limitada capacidade permitia, mas achei de ousar às vezes, tendo acertado, tendo errado. Só não deixei de entrar de coração em todos os momentos, de me esforçar até não mais poder.

Por isso mesmo, espero ter colaborado como possível, para a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza encontrar-se, hoje, onde ela está. E ela está muito, muito bem posta, quer no seio na Administração Municipal, quer na Comunidade Jurídica, quer ante a população, mesmo quando esta não dimensiona ou nem mesmo imagina o papel da Procuradoria

Geral dentro do contexto daquela obra ou serviço a beneficiá-la.

Aqui há um corpo de profissionais do direito cuja competência e dedicação de há muito foram acrescidos de um outro elemento essencial ao desempenho da missão de servir ao público, o do ENTUSIASMO. A consolidação da carreira de Procurador do Município, cujos membros hoje têm remuneração em padrões absolutamente compatíveis com as de outras carreiras jurídicas, tornou o quadro estável, duradouro, onde permanecem os vocacionados, não mais atraídos por qualquer concurso público, e sim pela real possibilidade de seguirem aqui o seu próprio caminho profissional.

Aqui também há um corpo de servidores administrativos do mais alto quilate, absolutamente comprometido com a função de órgão-meio da Procuradoria Geral, e recrutado dentre o melhor da Administração Municipal, por isso mesmo necessitando ser consolidado na Casa, para a estabilidade trazer mais e mais envolvimento e dedicação com as tarefas de cada um.

Com tais recursos humanos disponíveis, a Casa funciona, e tem funcionado bem. Claro, nada, nem ninguém, é infenso a críticas ou a mudanças, mormente quando o porvir se anuncia melhor. Mas hoje a Procuradoria Geral chegou a um patamar do qual não haverá mais de descer, em todos os sentidos. É uma estrada sem volta, e nela só cabe avançar. Todos os Procuradores e servidores sabem disso, estão conscientes das dificuldades do caminho, mas, com certeza, estarão unidos dentro de um conjunto de moderação e bom senso, pois prosseguir não é mais questão de opção, e sim a realização de uma obrigação muito além do simples cumprimento do dever.

Exatamente por isso peço licença para ressaltar alguns pontos os quais mostram não realizações de uma Administração, mas simplesmente a maneira como procurei cumprir meu dever, fazendo crescer sementes já plantadas, ou plantando-as de moto próprio.

Hoje, toda a legislação municipal, leis e decretos, desde 1960, está ementada ao alcance de simples consultas a um terminal de computador, com os textos originais prontos para serem lidos na íntegra, na mesma biblioteca.

O acervo da biblioteca, aumentado e atualizado, também pode ser buscado em registros totalmente informatizados.

A capacidade de processamento de dados foi ampliada em qualidade e quantidade, com um servidor de grande porte, de forma a permitir a expansão dos sistemas, quando se puder estendê-los além das 14 máquinas hoje já instaladas, à disposição dos Procuradores e dos serviços administrativos.

A Revista da Procuradoria Geral do Município, repositório de conhecimento jurídico, e minha particular menina-dos-olhos, seguiu como

verdadeiro periódico, com 4 volumes editados em 4 anos.

Por fim, o programa de estágio de universitários, mantido desde 1992, serviu e serve como importante contributo para a formação de profissionais, já muitos hoje destacados em diversos postos do mundo jurídico, inclusive nos quadros daqui mesmo da Procuradoria Geral.

Essas realizações ou programas, como disse, em nada ultrapassam a simples obrigação do Administrador Público, mas servem para dimensionar como aqui se trabalha.

Esta é a Procuradoria Geral do Município a qual o senhor vai encontrar, meu dileto amigo Dr. Stênio Carvalho Lima. Um órgão ativo, independente, cômico de suas responsabilidades e inteiramente devotado à sua missão. E minha felicidade é saber de sua inegável disposição em não admitir nada abaixo do melhor, sempre. Seu passado e presente de advogado competente e probo, sua dedicação sempre quando chamado à causa do serviço público, sua notável ética, a qual já pude aferir quando advogava em pólo processual oposto, e sua reconhecida capacidade de trabalho, tranquilizam-me, como cidadão interessado no progresso de minha cidade, por ter certeza de todas essas qualidades servirem, agora, para o comando da Procuradoria Geral.

Permitam-me todos, agora quando já me estendo em demasia, dizer o quanto sou grato a diversas pessoas, as quais, em um momento ou outro, trouxeram provas de amizade, solidariedade e amor.

Começo pelos servidores administrativos desta Casa, pedindo que todos sintam-se representados pelo nomes de Maria Rolim Oliveira, Eliete Castro, Marcos Antonio Matias, Rosana Feitosa, Vlândia Limaverde, Joacy Gadelha e Airton Melo, bases da condução do dia-a-dia a casa, e cuja convivência maior e maior só será interrompida no plano funcional, nunca no de amizade e gratidão.

Prossigo agradecendo de coração a todos os Procuradores do Município, alguns já nem mais na casa, rogando permissão para fazê-lo especialmente aos Drs. Nivardo Melo, Eugênia Grace de Souza, Clarissa Sampaio, Rômulo Leitão, Lucíola Cabral, Luís Gentil, Edvaldo Assunção, Márcio Diniz, Maria Sanford, Denise Sobreira, Osmídio Teixeira, Eliano Arruda e Gladys Barreira, todos ocupantes dos cargos-chave desta Procuradoria Geral nos últimos dois anos, e, por isso mesmo, destinatários ou mensageiros de boas ou más notícias, mas sempre cientes do papel de cada um no órgão e no serviço público, e de quem nunca recebi uma manifestação diferente daquelas de amizade e compreensão.

Ao Prefeito Juraci Magalhães, de quem, desde quando fui por ele nomeado para o cargo de Procurador Geral Adjunto, e até hoje, só recebi manifestações de estima pessoal e profissional, e a quem, como cidadão, peço permissão para continuar a ajudá-lo como e quando possível,

independente de ocupar qualquer cargo na Administração ora iniciada, sentindo ser este o meu dever.

Ao Prefeito Antonio Cambraia, pelo seu convite em auxiliá-lo diretamente, vindo quando esta Casa perdia o concurso de quem a deu a sua feição de hoje e do futuro, o meu amigo Valmir Pontes Filho. De minha ousadia em aceitar o convite, espero não tenha vindo nenhum arrependimento do Dr. Antonio Cambraia, pessoa ímpar a quem aprendi a admirar e respeitar, administrador eficiente e inatacável, a quem a população sequer deu chance à história de julgá-lo, pois, agora mesmo, e repetindo em intensidade a Administração prévia do Dr. Juraci Magalhães, os jornais externam a aprovação de 4 em cada 5 fortalezenses à sua administração.

Ao amigo Valmir Pontes Filho, quem, como talvez muitos não saibam, convidou-me a ocupar a Procuradoria Geral Adjunta quando não tínhamos senão o relacionamento de colegas no magistério da Universidade de Fortaleza. Hoje, em você, Valmir, tenho não só um colega, nem sequer só um amigo, mas um referencial profissional e pessoal, a ser imitado sempre, principalmente por suas qualidades morais e retidão de caráter.

Sou grato também a dois dos meus primeiros chefes, ainda no Jurídico do Banco do Nordeste do Brasil, os advogados Otávio Rodrigues Filho e Raimundo Bezerra Falcão, e a meu professor Wagner Barreira Filho, colegas de profissão, os quais, em momentos diversos, estenderam-me a mão em gestos de sincera confiança, para mim inesquecíveis.

Quero agradecer ao amigo Alexandre Rodrigues de Albuquerque, com quem cresci advogando ao lado, e a quem nunca deixei de respeitar e admirar, mesmo quando as circunstâncias não permitiram a continuação de longo e profícuo trabalho em comum.

Uma lembrança especial a Vilani Silveira, minha namorada em boa parte da jornada, de quem só recebia estímulo e compreensão, pessoa íntegra de quem guardo o melhor, mesmo depois de as coisas do coração nos terem separado.

Um carinhoso abraço em meu amigo Pedro Saboya Martins, a quem conheci - e nem sei se é bom confessar isto - quando ele tinha meros 6 anos de idade, embalado pelo convívio de seus pais, meus queridos Chico e Benvenida Martins, e em quem encontrei amizade, dedicação e prestatividade a todo momento, aqui na Procuradoria Geral, ou cuidando daqueles clientes ainda teimosamente remanescentes do meu antigo escritório, agora a ser reativado. Pedro, saiba ser este um abraço de irmão mais velho.

Por fim, espero conseguir passar incólume a emoção de agradecer com amor a meus pais José Cordeiro e Maria do Carmo, a meus irmãos, e à minha filha Amanda, de quem vim e com quem vou na vida.

Meus colegas Procuradores do Município, deixei agora de ser

Procurador Geral, mas peço a todos permissão para, de hoje em diante, sentir-me cada vez mais PROCURADOR DO MUNICÍPIO.

Muito obrigado.

José Emmanuel Sampaio de Melo

O ESTADO ESTRANGEIRO E A COBRANÇA JUDICIAL DOS TRIBUTOS MUNICIPAIS*

ANDREA VELOSO CORREIA

Coube-me fazer um pequeno relato dos problemas jurídicos enfrentados pelo Município do Rio de Janeiro na cobrança judicial da Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública e da Taxa de Iluminação Pública e, em alguns casos, do IPTU dos Estados Estrangeiros, que possuem imóveis situados no Município e que estão sendo utilizados como consulado ou para fins comerciais.

Inicialmente, cabe destacar que a questão é bastante tormentosa, pois não envolve, somente, questionamentos jurídicos, possuindo, também, implicações políticas, de natureza diplomática.

Do ponto de vista legal, o exame da matéria comporta desdobramento em dois planos: o do direito material (imunidade tributária) e o do direito processual (imunidade de jurisdição e procedimento para cobrança).

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito à imunidade de jurisdição. Em três ocasiões, as Execuções propostas pelo Município do Rio de Janeiro foram extintas, sem julgamento do mérito, com indeferimento da petição inicial, por terem entendido os Juízes Federais sentenciantes que o Estado Estrangeiro gozaria de imunidade de jurisdição, faltando, portanto, uma das condições da ação, qual seja a possibilidade jurídica do pedido.

Nos três casos, o Município do Rio de Janeiro interpôs Recurso Ordinário, ao Superior Tribunal de Justiça, sendo que no único caso já julgado por este Tribunal Superior¹, foi dado provimento ao Recurso Ordinário para anular a sentença extintiva, a fim de se prosseguir na Execução com a citação do Estado Estrangeiro.

Na verdade, duas teorias regem a análise da matéria: a da imunidade absoluta e a da imunidade relativa dos Estados Estrangeiros.

A primeira teoria, admitida plenamente até o século passado, propugnava pelo dogma da imunidade intangível do Estado perante a jurisdição estrangeira.

A segunda buscou distinguir a natureza dos atos emanados do Estado Estrangeiro, antes de cogitar da incidência ou não da imunidade jurisdicional. Se esta teoria respeita a imunidade dos atos oriundos da sua condição soberana *jus imperii*, da mesma forma admite a ausência de imunidade jurisdicional nos atos praticados pelo Estado como pessoa privada (*jus gestionis*).

A teoria da imunidade relativa vem prevalecendo, atualmente,

tanto o nível internacional, quanto em nível de doutrina e jurisprudência brasileiras.

Inclusive, o Brasil e vários outros países latino-americanos adotaram o Código de Bustamante, que declara a imunidade dos atos em que o Estado atua como Poder Público e a submissão do Estado à jurisdição estrangeira quando o Estado atua como simples particular.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se modificou ao longo do tempo. Com a decisão plenária proferida por essa Suprema Corte em 1989, no julgamento da Apelação Cível nº 9696/SP, Rel.Min. Sydney Sanches, operou-se sensível transformação no magistério jurisprudencial do STF, que passou a proclamar a inexistência de imunidade jurisdicional para o Estado Estrangeiro em causas de determinada natureza, como aquelas de caráter trabalhista.²

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de proclamar a adoção da teoria da imunidade relativa.³

Na verdade, a própria Constituição Federal de 1988 adotou expressamente a tese da imunidade relativa, tanto no seu artigo 109, II, quanto no art. 114, uma vez que previu a competência para processar e julgar o Estado Estrangeiro. Se o princípio predominante ainda fosse o da imunidade absoluta, estas duas normas constitucionais não teriam eficácia.

Em decorrência da prevalência do princípio da imunidade relativa, mister se faz distinguir os atos de império, que estão cobertos pelo manto da imunidade e os atos de gestão, que não estão.

A fim de distingui-los deve-se perguntar se o ato por sua natureza, é daqueles que só podem ser praticados pelo Estado ou em nome deste, ou, ao contrário, pode ser praticado por qualquer pessoa. A resposta já constituirá a solução, porque somente os atos que, por sua natureza própria, só possam ser praticados pelo Estado ou em nome deste é que constituem o exercício da soberania estatal e, conseqüentemente, acobertados estarão pelo privilégio da imunidade jurisdicional.

A expulsão de um estrangeiro, a promulgação de uma lei de nacionalização, a recusa ou concessão de permanência a um estrangeiro são exemplos de atos que só podem ser praticados pelo Estado.

Em função desta distinção entre atos de império e de gestão, uma conseqüência já pode ser retirada: mesmo os atos de império podem ser conhecidos pela jurisdição estrangeira, se o Estado implicado demonstrar renúncia expressa.

Portanto, mesmo nos casos em que se trata de atos de império, o juiz não pode extinguir o processo sem que a citação se efetive, pois é pacífico que os Estados Estrangeiros podem renunciar à sua imunidade de jurisdição quando praticam atos de império.

Podemos dizer, ainda, que o conceito de ato de gestão é residual.

O ato *jus imperii* tem uma natureza peculiar, pois decorre sempre do exercício da soberania do Estado Estrangeiro. Logo, todo o ato que não decorre da soberania do Estado Estrangeiro deve ser enquadrado como ato de gestão.

Para elucidar a questão, vale citar os exemplos de atos de império elencados pela doutrina:

- a) atos legislativos;
- b) os relativos às forças armadas;
- c) atos de administração interna dos Estados;
- d) atos concernentes à atividade diplomática (referindo-se, por exemplo, a atos estritamente administrativos realizados pela Missão - como a convocação do eleitorado ou a outorga de passaportes);
- e) expulsão de estrangeiros;
- f) promulgação de lei de nacionalização.

Acrescente-se que é um erro diferenciar o ato de gestão do de império, pela natureza da relação jurídica envolvida. O fato de a relação jurídica ser de direito público (como, no caso a tributária o é) não configura o ato como de império. Assim como, nem sempre o ato de gestão refere-se a uma relação jurídica de direito privado.

Cabe afirmar que o ato da utilização efetiva dos serviços públicos específicos municipais, gerador da cobrança das taxas, não se encontra situado na categoria de atos de império.

Se o particular ao utilizar os serviços efetivamente prestados pelo Município paga as taxas a eles relativos, o mesmo deve acontecer ao Ente Estrangeiro quando utiliza os mesmos serviços. O que mais uma vez confirma que tal utilização não decorre, de forma alguma, do exercício da soberania do Estado Estrangeiro.

Portanto, não há que se falar em imunidade de jurisdição.

O segundo ponto a ser analisado diz respeito ao rito a ser adotado na Execução proposta perante o Estado Estrangeiro: o da Lei nº 6830/80 ou o do art. 730 do CPC.

Alguns estudiosos do assunto⁴ defendem ser possível a adoção do rito previsto na Lei nº 6830/80 com penhora de bens pertencentes ao Estado Estrangeiro tais como créditos comerciais, navios mercantes, imóveis destinados a atividades comerciais, direitos e ações. A execução compulsória, entretanto, não poderia incidir sobre imóveis e meios de transporte diplomáticos, porquanto esses bens estariam resguardados pela Convenção de Viena (art. 22).

Diversos países, tais como o Reino Unido, Canadá e Austrália, tem adotado, em suas leis, a regra de que bens utilizados em atividades comerciais não gozam de imunidade de execução.

Entretanto, como o Brasil não é signatário de tratado ou convenção neste sentido, parece ser mais aceitável pela Justiça Brasileira a adoção, por analogia, do disposto no art. 730 do CPC. Portanto, não havendo, da parte do Estado Estrangeiro, a interposição dos competentes Embargos ou sendo estes, ao seu final, rejeitados por decisão transitada em julgado, o pagamento seria feito mediante solicitação neste sentido, ainda que via carta rogatória ao Estado Estrangeiro. Estaríamos diante de um precatório *sui generis*.

Por último, cabe fazer algumas observações acerca da imunidade tributária, prevista na Convenção de Viena, no seu art. 32:

"Artigo 32

Isenção fiscal dos locais consulares

1. Os locais consulares e a residência do chefe da repartição consular de carreira de que for proprietário ou locatário o Estado que envia ou pessoa que atue em seu nome estarão isentos de quaisquer impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados.

2. A isenção fiscal prevista no parágrafo 1º do presente artigo não se aplica aos impostos e taxas que, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devam ser pagos pela pessoa que contratou com o Estado que envia ou com a pessoa que atue em seu nome".

Duas questões se põem da leitura deste artigo. A primeira diz respeito à hipótese em que o imóvel de propriedade do Estado Estrangeiro encontra-se sendo utilizado para fins comerciais.

Neste caso, cabe afirmar que não goza o Estado Estrangeiro de imunidade relativa a tal patrimônio, uma vez que a Convenção só se refere aos imóveis utilizados como locais consulares ou como residências dos chefes diplomáticos. São devidos, portanto, IPTU e taxas.

A segunda questão se refere à hipótese de o imóvel utilizado como sede de Consulado ou Embaixada ser alugado. Neste caso, a intributabilidade apenas subsiste quando, na conformidade da lei local, o sujeito passivo da relação jurídico-fiscal houvesse de ser, em caráter exclusivo, o Estado Acreditante ou o Chefe de missão. Se, pela lei local, o tributo possui como sujeito passivo o proprietário do imóvel, ou seja, o locador, como é o caso do Brasil, o tributo é exigível.

Finalmente, cabe ressaltar que a discussão judicial não afasta, em nenhum momento, a tentativa de uma solução amigável. Na verdade, o Município do Rio de Janeiro só recorre ao poder judiciário face a

impossibilidade de obtenção de uma solução administrativa para a questão em tela.

Feitas estas considerações, coloco-me à disposição para prestar qualquer esclarecimento suplementar. Muito obrigado pela atenção.

NOTAS

- * Palestra proferida, em 13 de outubro de 1997, por ocasião do XXIII Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado no Rio de Janeiro. O texto foi revisado e acrescido de notas de rodapé.
- 1 Recurso Ordinário nº 2/RJ (96/0019263-4), Acórdão da 1ª Turma, de 18/11/96, Relator Ministro José Delgado (DJ 6/12/96)
- 2 RTJ 133/159
- 3 Entre outras: RSTJ 8/39, RSTJ 9/53, RSTJ 13/45.
- 4 Julio Marino de Carvalho, em estudo publicado na RT nº 674, de dezembro de 1991, pág.51 e Luiz Carlos Sturzenegger, em estudo publicado na RDA, vol. 174, págs 3/35.

PARECER Nº 001/97 - PF
PROCESSO Nº 1151/97-PGM
INTERESSADO - PORTO FREIRE ENGENHARIA E
INCORPORAÇÃO LTDA.
ASSUNTO - MOMENTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI

Em mãos para análise desde 20/06/97, o requerimento formalizado pela Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda., solicitando parecer da PGM/Fiscal sobre o assunto em epígrafe.

A requerente Porto Freire Engenharia se insurge contra o posicionamento da Secretaria de Finanças do Município, que está exigindo-lhe o pagamento do ITBI - Imposto sobre Transmissão "inter vivos" de Bens Imóveis, a ser efetuado com base na fração ideal do terreno e mais o que nele estiver edificado. E assim age o Fisco, tendo em vista o disposto no artigo 198 do Código Tributário do Município, segundo o qual "A base de cálculo será determinada pela Administração Tributária, através de avaliação feita no mês do pagamento, com base nos elementos de que dispuser e ainda nos declarados pelo sujeito passivo."

Aduz a requerente que esse procedimento não é legal, na medida em que, exercendo a sua atividade em construção de apartamentos, sob o regime de administração, de que trata a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a sua condição jurídica não é a de adquirente, mas a de transmitente, portanto o ITBI não incide sobre as frações ideais, alienadas, do terreno objeto da incorporação, mas tão-somente sobre a obra edificada, quando da sua transmissão.

Em síntese, para a requerente, o ITBI só se configura exigível quando da transmissão da unidade imobiliária, a qual é construída com os recursos do próprio adquirente da fração do terreno, e por ela é apenas administrada, na forma da Lei 4.591/64.

O que há no caso em análise é um descompasso entre a dinâmica dos fatos e o momento correto de aplicação do direito, ou seja, de incidência do ITBI.

É que, explicando, quando a Porto Freire fez o registro da incorporação e, subseqüentemente, as alienações das frações do terreno junto à matrícula 22.388, em anexo, a partir de fevereiro de 1995, o Fisco constatou que várias unidades imobiliárias já haviam sido concluídas e, inclusive, o "habite-se" solicitado.

Fundado no artigo 198, do Código Tributário do Município, antes mencionado, e em doutrina bastante abalizada, segundo a qual o fato impositivo da obrigação fiscal surge com a simples formalização do negócio, o Fisco assim entende de exigir o recolhimento do ITBI não só sobre a fração

do terreno, mas também sobre a edificação.

Disciplinando a matéria, por força de competência emanada da Constituição Federal, na forma do artigo 156, inciso II, combinado com as disposições dos artigos 30, II, e 34, VII, letra "a", o Código Tributário do Município, em seu artigo 194, inciso I, dispõe que o ITBI tem como fato gerador a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na Lei Civil.

No caso concreto, o bem imóvel por natureza é o terreno objeto da incorporação; e o bem imóvel por acessão física é a obra edificada.

No rigor da Lei, mormente em direito tributário, no qual deve prevalecer o princípio da legalidade, o fato gerador do ITBI surge no momento em que se tenha operado a transmissão da propriedade mediante o registro do título aquisitivo, no registro imobiliário competente. Assim, o Superior Tribunal de Justiça já tem decidido - vide REsp 1066/RJ., Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma. Decisão em 02.03.94. RSTJ, v. 63, p. 193.

Objetivamente, duas situações jurídicas se distinguem.

A primeira, quanto às alienações das frações do terreno feitas aos adquirentes. Nesse momento, o ITBI incide, e deveria ter sido recolhido ao Fisco, por ocasião de cada registro que se foi efetuando, conforme se verifica a matrícula. Até esse momento, só há fato gerador da transmissão da fração do terreno e nesta situação o imposto era exigível, como ainda o é, se deixou de ser recolhido.

Não confundir, nessa hipótese, o ITBI incidente sobre a fração do terreno objeto da transmissão com o ITBI devido do terreno objeto da incorporação, que não pode servir de rateio para pagamento das frações do terreno, como bem informa a SEFIN.

A segunda diz respeito a cada unidade imobiliária edificada. Sob o regime de administração, na forma da Lei 4.591/64, o ônus da construção de cada apartamento recai sobre o adquirente da fração ideal correspondente. O apartamento é edificado com recursos do próprio adquirente e o ITBI, nessa hipótese, só incidirá quando houver a transmissão desse apartamento para um terceiro adquirente.

Em outras palavras, no caso concreto, o Fisco só poderá exigir o recolhimento simultâneo do ITBI, ou seja, sobre a fração do terreno e sobre a obra, caso o apartamento já tenha sido transmitido a um terceiro adquirente e o imposto não tenha sido recolhido em seus momentos próprios, conforme explicado acima.

O que se presume, pela exposição da SEFIN, é que tenha havido transmissão informal das unidades imobiliárias, o que aí sim, resultando em fraude à Lei, o Fisco poderá exigir o recolhimento do ITBI, tanto da fração do terreno quanto da obra nele edificada, mediante prova, pois o

ônus seria seu, face à presunção relativa do registro.

Se o Fisco provar que o "habite-se" foi concedido pela autoridade administrativa, que resultaria na obrigação da Porto Freire de ter averbado a construção, para efeito da individualização e discriminação das unidades imobiliárias, tendo sido estas transmitidas para terceiros adquirentes, o ITBI então será devido.

Com efeito, vale resumir: Incide o ITBI sobre a transmissão de cada fração do terreno, à proporção que tal vai ocorrendo, quando só existe terreno; se há edificação sobre o terreno e, presumindo que da respectiva fração o ITBI já tenha sido recolhido, sobre a edificação nada incide, porquanto esta não for transmitida a um terceiro adquirente, por força do regime de administração, previsto na Lei 4.591/64; porém, se houve fraude contra a Lei, o ITBI incidirá em quaisquer das situações. E essa fraude comporta ser provada pelo Fisco.

É o parecer, salvo melhor juízo

Fortaleza, 27/junho/1997

Edvaldo Assunção e Silva
Procurador Fiscal do Município

PROCESSO N° 00109/97-PGM
INTERESSADO: SECRETÁRIA DE
ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO
ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A APLICAÇÃO DE
DISPOSITIVO LEGAL PERTINENTE AO PLANO DE
CARGOS E CARREIRAS DA SAÚDE

EMENTA: O disposto no art. 43 da Lei nº 7.759, de 24 de julho de 1995, é auto-aplicável, não dependendo de regulamentação para a executoriedade.

O Ato nº 7392, de 19 de novembro de 1996 é Ato Administrativo daqueles chamados de auto-executáveis que ensejam, de forma imediata e direta, execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

A Exma. Sra. secretária de administração do município, dra. Maria do Carmo Magalhães, CONSULTA esta Procuradoria Geral, remetendo, para estudo e emissão de parecer, através do Ofício nº 34, de 20.01.97, o Processo nº 03324/96 - Secretaria de Saúde do Município, onde o Sindicato dos Enfermeiros do Estado do Ceará solicita ao Senhor secretário de saúde seja dado o devido cumprimento ao disposto no art. 43, da Lei nº 7.759, de 24 de julho de 1995 - Plano de Cargos e Carreiras da Saúde.

Examinando o processo nº 3324/96, constatamos que o mesmo ensejou a elaboração do Ato de nº 7392/96, devidamente firmado pelo Dr. Antonio Elbano Cambraia - ex-prefeito e pelo dr. Francisco Gomes da Silva Câmara - ex-secretário de administração do município (vide doc. de fls. 07/18 dos autos), onde restou AUTORIZADO o reposicionamento dos servidores ocupantes de cargos ou funções de cirurgião-dentista, médico-veterinário, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, nutricionista e fonoaudiólogo, conforme o disposto no art. 43 da Lei nº 7.759/95.

O ato em referência é composto de anexo, onde estão relacionados os servidores por ele abrangidos, com indicação dos cargos ou funções e os respectivos reposicionamentos para os níveis adicionais, concernentes aos meses de novembro/95, maio/96 e novembro/96 (Ato publicado no DOM nº 11006, de 20 de dezembro de 1996).

No ofício nº 34/97, que inicia este procedimento, a Sra. Secretária de Administração expõe que, com fundamento no art. 43 da Lei nº 7.759/95, foi elaborado o ato nº 7392/96, autorizando a reposição

funcional dos servidores nele especificados. "Porém, não houve procedimento para a implantação das alterações financeiras na folha de pagamento, tendo em vista a necessidade de uma confirmação por parte desta douta Procuradoria sobre a interpretação do citado artigo." Pede, ao final, um pronunciamento desta Procuradoria Geral.

É o Relatório.

O Parecer.

Trata-se de reenquadramento em caso especial que se figura ao lado de outros benefícios excepcionais conferidos por lei àqueles servidores que se encontram em determinadas situações também definidas em lei.

A Lei nº 7.141, de 29.05.92, instituiu o Plano Municipal de Cargos e Carreiras dos servidores do Município de Fortaleza, estabelecendo seus objetivos, diretrizes gerais para sua implantação e administração. Esta lei foi modificada pelas Leis nºs 7.538, de 16.06.94 e 7.565, de 12.07.94, com alteração de anexos, criação de novas referências e classes funcionais, sem contudo trazer modificações pertinentes às categorias profissionais alinhadas na Lei nº 7.759/95.

Através da Lei nº 7.759, de 24.07.95, ficou criado e implantado o Plano de Cargos e Carreiras da Saúde - PCCS, composto dos Grupos Ocupacionais de Atividades Especializadas de Saúde - AES e Atividades Auxiliares de Saúde - AAS. Nessa Lei, ficou estabelecido, no seu art. 43, que:

"Art. 43 - O posicionamento dos cargos ou funções de cirurgião-dentista, médico-veterinário, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, terapia ocupacional, nutricionista, fonoaudiólogo, na tabela de vencimentos básicos, será elevado a cada 6(seis) meses, a contar de maio de 1995, em duas categorias até atingir a referência 8C." (grifamos)

Com fundamento neste dispositivo legal, temos que os profissionais ocupantes de cargos ou funções nele especificados terão, de seis em seis meses, a contar de maio de 1995, enquadramentos em níveis adicionais, de duas em duas referências, em suas respectivas carreiras funcionais, no limite fixado, isto é, até atingirem a referência funcional de nível 8C.

Diante da clareza do artigo acima transcrito, dúvida não há de que a situação para o reposicionamento dos profissionais mencionados está seguramente prevista na Lei. Este dispositivo legal é auto-aplicável, não dependendo de regulamentação para a sua executoriedade.

O Ato nº 7392/96 é Ato Administrativo daqueles chamados de auto-executáveis que ensejam, de forma imediata e direta, execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Sobre o tema o Mestre Hely Lopes Meirelles nos premia com esmerado conceito, que por sua abalizada segurança há de ser acatado:

"Ato Administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprios." (in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 116/7).

Na estrutura constitutiva do Ato Administrativo mister se faz a observância dos seus elementos essenciais que são: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não de defesa em lei.

São elementos essenciais quanto à formação do ato administrativo, a competência administrativa, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

É de Seabra Fagundes o ensinamento: *"Dois aspectos se apresentam a quem analisa o ato administrativo projetado no mundo jurídico, o da legalidade e o do mérito."*

É inquestionável que a Administração ao editar seus atos, tem o dever de manter-se sempre submissa à lei. É o princípio da legalidade, pilar basilar de creditibilidade da Administração Pública.

Da análise do ato administrativo *in comento*, constatamos nele existirem os elementos antes mencionados, à exceção do seu conteúdo, que traz níveis adicionais além dos especificados na lei. Verificamos que especificamente o Anexo do Ato nº 7392/96, em relação a alguns dos servidores nele indicados, ultrapassam o nível funcional definido pela lei, ou seja, o nível 8C. É evidente que não pode o executor da lei ampliá-la ou restringi-la ao seu talante. A lei deve ser obedecida dentro dos seus termos precisos. *"In casu* vemos que o Ato em estudo está a posicionar servidores em referências e níveis funcionais acima do permitido na lei, o que não é aceitável.

Assim, face às peças legais incidentes à espécie e documentos exibidos, bem como as circunstâncias peculiares à presente questão, concluímos que:

1º - O dispositivo legal - art. 43 da Lei nº 7.759/95 está em vigor e deverá ser observado pela Administração, com o reposicionamento funcional dos servidores por ele abrangidos;

2º - O Ato nº 7392/96 é Ato legal e válido, portanto devendo permanecer no mundo jurídico;

3º - O Anexo do Ato nº 7392/96 está a merecer reparos, ou deverá

ser revisto, observando rigorosamente o limite funcional de enquadramento estabelecido no art. 43, acima indigitado; e

4º - Após a revisão do Anexo respectivo e a sua publicação no Diário Oficial, então, as implantações deverão ser efetivadas com as respectivas anotações nos assentamentos funcionais e financeiros dos beneficiários do posicionamento funcional determinado e, conseqüentemente, deverá ser providenciado o reconhecimento da dívida para pagamento subsequente, como manda a Lei.

À vista do exposto e dos fundamentos legais antes expendidos, reconhecemos a procedência do enquadramento aqui estudado.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 1997.

Eliza Maria Moreira Barbosa
Procuradora do Município

A CASSAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO E A PRESCINDIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES
Procuradora da República em São Paulo

Este parecer foi exarado em mandado de segurança interposto por empresa que atua como transportadora de mercadorias em regime aduaneiro, que teve sua autorização para efetuar este serviço cassada pelo poder público sem o devido processo legal. A discussão jurídica passa pela análise da natureza jurídica da autorização e a necessidade do devido processo legal para sua cassação, como também da possibilidade em não prevalecimento do princípio do devido processo legal quando outros princípios constitucionais atinentes à questão embasam o ato do poder público. Segue abaixo o parecer quanto ao mérito do mandamus.

Da análise do constante nos autos, nota-se que a Impetrante detinha uma autorização para realização do transporte de mercadorias em trânsito aduaneiro. Tal autorização era ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público tornava possível à autora a realização do aludido serviço de transporte.

Sempre preciso, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES¹ ressalta que "na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado", concluindo que "não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma".

Portanto, poder-se-ia, precipitadamente, afirmar que careceria de razão a Impetrante na impetração deste writ. Mas, o pleito respalda-se na Carta Magna e no princípio do devido processo legal constitucionalmente previsto e nesta ótica deve ser analisado.

Analisando o Ato Declaratório impugnado sob o ângulo constitucional, percebe-se que além do princípio do devido processo legal argüido pela Impetrante, urge apreciar, por pertinentes, os princípios administrativos insculpidos no art. 37, caput da Lei Maior, em especial, os princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade, bem como o princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público.

Isso porque, um princípio constitucional não pode ser invocado separadamente. O sentido e o alcance de seu conteúdo - sua irradiação - devem ser apreciados pelo Judiciário em conjunto com outros princípios que lhe são correlatos, já que, somente a partir desta visão una, poder-se-à

ter um pleno controle jurisdicional do ato administrativo.

Assim, da conformação do Ato Declaratório n.º 35/97 à Constituição, sob o enfoque da irradiação de seus princípios pode-se observar:

a) que não houve afronta ao princípio do devido processo legal, pela natureza precária da relação estabelecida entre Administração e particular, que não gera para o último qualquer direito, não se podendo nem mesmo falar em qualquer prejuízo causado com a cassação da autorização que possuía;

b) mesmo que se entendesse a necessidade do devido processo legal para uma autorização fornecida discricionariamente, tal entendimento se esbarraria nos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade a que está adstrito o administrador. Vejamos.

O Ato Declaratório combatido no presente *writ* foi resultado de dois processos que apuraram irregularidades administrativas na prestação do serviço de transporte bem como crime contra a União praticado pelo preposto da Impetrante. Assim, esta medida administrativa não foi isolada, mas concomitante com a apuração criminal e a cobrança fiscal. Daí porque em sua inicial a autora respalda seu pedido em artigos do CTN, relativo ao outro processo administrativo (tributário) também decorrente do mesmo fato.

Ora, a constatação que uma empresa autorizada, discricionariamente, pela Receita Federal, a efetuar transporte de mercadorias para desembarço aduaneiro, estaria, por seu preposto, a praticar atos possivelmente criminosos, havendo, comprovadamente, falsificação de guias, assinaturas e carimbos, só pode levar o Administrador, no caso autoridade impetrada, a cassar imediatamente a autorização para desempenho da atividade fornecida anteriormente sob pena de o mesmo, em não agindo assim, ferir ao mesmo tempo outros princípios constitucionais. Vejamos.

Fere o princípio da legalidade, posto que a lei o manda agir neste sentido; fere o da moralidade, já que estará desatendendo à finalidade da norma que objetiva que se autorize certas empresas a participarem do transporte de mercadorias para *facilitação* do trânsito aduaneiro e por consequência que desautorize as que, como a impetrante, não estão observando os ditames legais, até mesmo por culpa *in eligendo* de seu preposto; e por fim, atinge, também, o princípio da impessoalidade, porque estaria a tratar igualmente as empresas que prestam o serviço dentro da estrita legalidade e as que não atendem aos regulamentos administrativos.

Ve-se, pelo exposto anteriormente, que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado repercute sobremaneira no caso concreto, devendo-se aplicar a lição do ilustre mestre português, Jorge Miranda e se proceder à CEDÊNCIA RECÍPROCA DOS PRINCÍPIOS, para

chegar-se à conclusão que sob o prisma constitucional e mesmo sob a análise da irradiação dos princípios constitucionais no seio social, o Judiciário não pode admitir que atos que burlem as leis pátrias se escondam sob o princípio do devido processo legal, que conforme analisado não se aplica a relações desta natureza, quando outros princípios de igual valor respaldam o ato administrativo.

Com estas razões, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pela DENEGAÇÃO da segurança.

PARECER N° 0040/96-PGM-PP.
PROCESSO N° 00059/96 P.G.M.
INTERESSADO: HECSA HEITOR CONS. SAN E
ARQ. LTDA- IPLAM.
ASSUNTO: IMÓVEL OCUPANDO PARTE DA PRAÇA
"MONTE CASEROS".

EMENTA: DESDE A DATA DO REGISTRO DO
LOTEAMENTO, PASSAMA INTEGRAR O DOMÍNIO
DO MUNICÍPIO AS VIAS E PRAÇAS, OS ESPAÇOS
LIVRES E AS ÁREAS DESTINADAS A EDIFÍCIOS
PÚBLICOS E OUTROS EQUIPAMENTOS URBANOS
CONSTANTES DO PROJETO E DO MEMORIAL
DESCRITIVO.

DOS FATOS

1. No processo de nº. 00059/96-PGM e protocolo de nº 11761-SPLAN, às fls. 06, a SDOC informou que a área objeto deste processo constitui uma praça de denominação "Monte Caseros".

2. Por conta da informação prestada pela SDOC, em 12/05/95, a SPLAN solicitou o envio do processo supracitado ao IPLAM.

3. O **IPLAM** confirmou a informação da SDOC e solicitou pronunciamento e providências da **PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO** acerca do imóvel situado na Av. Senador Virgílio Távora, esquina com a rua Carolina Sucupira que se encontra na praça "Monte Caseros" da planta do loteamento "LIDIÁPOLIS", considerando o parecer 00016/94, datado de 20/04/94.

4. Consta dos autos do processo em epígrafe uma certidão do Cartório Crisanto Pimentel, declarando que o loteamento Lidiápolis foi registrado em maior porção em nome da Imobiliária Jereissati, situado no bairro Aldeota, aprovado pela Prefeitura Municipal de Fortaleza, em 5/8/1949, pertencendo hoje a jurisdição da 4a. Zona.

É O RELATÓRIO.

DO DIREITO

Preliminarmente, é mister examinar o que dispõe a legislação sobre o caso em comento.

O Decreto-Lei nº. 58, de 10 de dezembro de 1937, que, por primeiro, editou normas sobre loteamento e venda de terrenos para pagamento em

prestações, estabeleceu a respeito dessas áreas, em seu art. 3º, o seguinte:

"A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta."

O loteamento era assim registrado no livro auxiliar do Cartório por meio de inscrição que era averbada juntamente com os contratos de compromisso de venda dos terrenos, junto ao registro da propriedade loteada. (art. 4º do Decreto-Lei No. 58/37).

Ainda regulamentando esse Decreto-Lei, o Governo Federal baixou o Decreto n° 3.079, de 15 de setembro de 1938, que também, em seu artigo 3º, transcreveu, *ipsis litteris*, o mesmo dispositivo.

Outro Decreto-Lei de n° 271, de 28 de fevereiro de 1967, dispondo sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo, rezava em seu artigo 4º:

"Desde a data da inscrição do loteamento, passam a integrar o domínio público do Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo."

A Lei n° 5122-A, de 19 de dezembro de 1979, do Município de Fortaleza, que dispõe sobre o uso e ocupação do solo urbano, estabeleceu em seu art. 4º, §2º:

"Fica o proprietário do loteamento obrigado a transferir independente de ônus de qualquer natureza por parte da Prefeitura, o domínio público de terrenos que se destinarem a logradouros públicos (ruas, avenidas, praças e parques) e áreas destinadas ao uso institucional."

Apesar da impropriedade da expressão "transferir o domínio público", o legislador teve como escopo ressaltar e garantir aquelas áreas que poderiam ser alienadas, após a aprovação do loteamento e antes do registro deste no Cartório Imobiliário.

Essa obrigatoriedade consuma-se e se satisfaz com o cumprimento da lei federal, editada posteriormente à mencionada lei municipal (5122-A), cujos dispositivos reproduzem substancialmente as normas das legislações anteriores retroscritas. Tais dispositivos pertencem à Lei n° 6.766, de 19 de dezembro de 1979, especialmente nos seguintes artigos:

Art.9º, §, II: "O memorial descritivo deverá conter, obrigatoriamente, pelo menos:

I-.....
II-.....

III - a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do município no ato do registro do loteamento."

Art. 22: "Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo."

Estabelece a lei, portanto, que, além da planta, com o plano devidamente aprovado pela Prefeitura, é mister a apresentação em Cartório, para o registro do loteamento, do Memorial descritivo indicando não só os lotes, mas também as áreas públicas que passarão a integrar o domínio do Município por força da efetivação do registro.

Essas áreas ficam, pois, explicitamente consignadas no registro do loteamento, de conformidade com suas indicações. O oficial de registro deve cumprir, então, o que estabelece o parágrafo único do artigo 20, da mesma lei, que reza:

"No registro de imóveis far-se-ão o registro do loteamento, com uma indicação para cada lote, a averbação das alterações, a abertura de ruas e praças e as áreas destinadas a espaços livres ou a equipamentos urbanos."

Conclui-se, conseqüentemente, que as áreas indicadas pelo loteador como ruas e praças e as áreas destinadas a espaços livres, após sua aprovação e registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município, ato que tem efeito jurídico de doação.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, sugerimos a interposição de uma ação judicial para anular o título de propriedade, objeto de matrícula 27.771 e transcrição no. 70.050, ambos do Registro de Imóveis da 1ª. Zona, tendo em vista que tal imóvel encontra-se localizado na "PRAÇA MONTE CASEROS", que por força do disposto no artigo 22 retrocitado da Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, integra o patrimônio do Município.

Cumpra também esclarecer que o parecer de n° 00016/94 -PGM não poderá ser levado em consideração para o deslinde desta questão, uma

vez que a Lei Municipal n° 1521/60, que desafetou área de uso comum do povo é diversa da que estamos tratando agora.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 06 de setembro de 1996.

MARIA LINDÁURIA DE LIMA NASCIMENTO
PROCURADORA DO MUNICÍPIO

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

PROCESSO Nº: 0081/96-PGM

**INTERESSADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS
INDÚSTRIAS GRÁFICAS NO ESTADO DO CEARÁ
ASSUNTO: EXAME SOBRE FERIADO MUNICIPAL**

PARECER Nº

EMENTA: - A competência legislativa municipal cinge-se a assuntos de interesse local.

- A Lei Municipal nº 6.562, de 29.11.89 é inconstitucional por incompatibilidade com a Carta Magna.

01 - Submetido à apreciação desta Consultoria o processo em epígrafe, através do qual o Presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas no Estado do Ceará solicita "informações sobre a Lei Municipal n. 6562 de 29 de novembro de 1989, de que trata sobre o Dia 07 de fevereiro, Dia do Trabalhador Gráfico", e "se existem, na Procuradoria do Município, documento(s) que contestem a sua legalidade, ou suspendem o cumprimento (feriado) desta data", anexando cópia de referido Diploma Legal (fls.02 e 03-PGM).

02 - Em resposta à indagação do Exmo. Dr. Procurador Geral do Município, a Procuradoria Judicial consigna "que revendo nossos arquivos não encontramos nenhum processo ou ação judicial sobre a matéria de que trata a Lei 6562/89..." (fls.04-PGM).

03 - O Exmo. Dr. Procurador Geral do Município insta a esta Consultoria o pronunciamento acerca da legalidade do ato, o que passaremos a fazer.

04 - Comanda a vigente Lex Magna, reproduzido pela Lei Orgânica do Município de Fortaleza, art. 7º, inciso I, que:

"Art. 30 - Compete aos Municípios:

I- legislar sobre assuntos de interesse local;"

05- Portanto, havendo necessidade de repartição de competência entre as entidades políticas que compõem a Federação brasileira, coube aos Municípios a competência privativa de legislar sobre os assuntos de interesse local. Esclarece o Professor J. Cretella Jr, citado por Nilo de Castro, que:

O traço que torna diferente o interesse local do interesse geral é a 'predominância', jamais a 'exclusividade'... Peculiar interesse, ou assunto de interesse local, desse modo, é aquele que se refere, primariamente, e diretamente, sem dúvida, ao agrupamento humano local, mas que também atende a interesses do Estado e de todo o país." (apud Direito Municipal Positivo, p. 144). (grifamos)

06 - Por seu turno, a constitucionalista Regina Macedo Ferrari expõe que: *"a identificação do âmbito do interesse local é que vai definir a competência sobre a matéria, o que será determinado casuisticamente, sucumbindo, nestes casos, a competência estadual e federal. Porém, havendo entretanto de competências dos entes federativos e improcedendo a alegação de interesse local, não pode ser definida a competência como do Município, sob pena de inconstitucionalidade".* (in Elementos de Direito Municipal, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 81). (grifo nosso).

07- Destarte, há de se perquirir, caso a caso, se existe a prevalência de interesse local, a fim de que o legislador possa legitimamente legislar sobre um assunto de interesse predominante da comuna. Na matéria objeto da presente análise, urge verificar se a decretação do feriado referente ao "Dia do Trabalhador Gráfico" encontra amparo na previsão constitucional de repartição de competência.

08 - Parece-nos que inexistiu o acatamento à moldura traçada para a esfera de atuação do legislador municipal. Isto porque não se pode admitir que haja "interesse local" na decretação de um feriado correspondente ao "Dia do Trabalhador Gráfico", não obstante aludida categoria, como inumeráveis outras de trabalhadores, por mérito fizesse jus à tal comemoração. Inexistente um inegável interesse local, (como ocorre, *verbí gratia*, na comemoração de feriado municipal pelo dia de fundação da respectiva cidade), inexistirá, por ilação lógica, a possibilidade legal de se instituir semelhante feriado municipal.

09 - Assim, o legislador municipal extrapolou sua esfera constitucional de competência, pois, se pudéssemos conceber a possibilidade da decretação de feriado municipal para a categoria dos trabalhadores gráficos, nada obstaria futuras instituições de feriados correlatos às inumeráveis categorias de trabalhadores, não somente em nosso Município, como em todos os outros de nossa Federação, o que ocasionaria uma sucessão

infinita de feriados no território nacional. Como se percebe com clareza, não se circunscreve este assunto ao interesse predominantemente local. Aliás, adverte a citada Professora Regina Ferrari:

"Celso Antônio Bandeira de Mello é de opinião que a matéria de competência da União pode ter ressonância no plano municipal, salientando que, no entanto, perante certas matérias deferidas à União, improcede alegar o interesse local do Município para fundamentar legislação municipal. Assim, as relações de trabalho, cívicas e comerciais, as relações agrárias etc, vão realizar-se na esfera de algum Município, sendo porém a regência de tais matérias de competência da União."(op.cit., p.80) (grifamos)

10 - *Pelas razões apontadas, com esteio na repartição constitucional de competência, deve ser considerada inconstitucional a Lei nº 6.562/89, e, por via de consequência, incapaz de gerar quaisquer efeitos legais.*

É o parecer, *sub censura*.
Fortaleza, 23 de janeiro de 1996.

Fátima Maria Nunes Memória de Andrade
Procuradora do Município

De acordo com o parecer
Maria Carneiro Sanford

PARECER Nº 052/95 - PP-PGM
PROCESSO NO: 1607/94 (SPLAN) - 1326/94 (PGM)
INTERESSADO: SÁVIO QUEIROZ COSTA
ASSUNTO: ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO

EMENTA - SOLICITAÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO AO PLEITO DO INTERESSADO POR SE ENCONTRAR *SUB JUDICE* QUESTÃO REFERENTE À AVERBAÇÃO DO IMÓVEL QUE INCORPOROU BEM DE USO COMUM DO POVO.

Submete-se à apreciação desta Procuradoria Geral/Patrimonial o processo em epígrafe, no qual SAVIO QUEIROZ COSTA requer aprovação de seu projeto arquitetônico e a conseqüente expedição de alvará de construção, com o objetivo de edificar em imóvel localizado na rua Ana Bilhar, bairro Varjota, nesta capital.

Referido imóvel constitui-se pelos lotes nº 1, 2, 3, 4, 5 e 6 da Quadra 101, do loteamento Lidiópolis, de acordo com as matrículas nº 63.102 e 68.965, do Cartório do Registro de Imóveis da 1ª Zona da comarca de Fortaleza.

Ocorre que, das certidões que dão conta dessa propriedade, consta a existência de averbação, no sentido de unificar os lotes supracitados, vez que os mesmos são limítrofes e que suas aquisições se deram em épocas distintas (lotes 1, 2, 3, 4 e 5, na data de 23/02/73 e lote 6 na data de 05/03/75).

A SPLAN, no momento em que procedeu à análise dos presentes autos, verificou uma discordância no que se refere aos limites do referido imóvel, uma vez que a vistoria realizada no local não encontrou o trecho da Rua Coronel Jucá, que era mencionado nas plantas arquivadas.

Desta forma, enviados os autos ao Instituto de Planejamento do Município, restou concluído que a unificação dos lotes, incorporou o trecho da rua supracitada, conforme atesta o parecer/comunicado no. 148/94.

Relatado, segue o parecer.

PARECER

O presente imóvel faz parte de um loteamento denominado "Lidiópolis", aprovado pelo Município e registrado no ano de 1938, conforme documentação juntada aos autos, sob a égide do Decreto-Lei no 58, de 10/12/37, que, em similitude com a Lei no. 6.766/79, já previa que os loteamentos deverão apresentar, entre outros requisitos, "áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e

comunitário, bem como a espaços livres de uso público”.

Desta forma, ao ser registrado um loteamento de área urbana, imediatamente ingressam no patrimônio público as vias, praças e demais áreas públicas constantes no projeto e aprovados pela Prefeitura, conforme se infere do art. 3º do Decreto-Lei no. 58, de 10.12.37.

Do mesmo modo, dispõe o art. 22 da citada Lei no. 6.766/79, *in verbis*:

ART. 22. “ DESDE A DATA DO REGISTRO DO LOTEAMENTO, PASSAM A INTEGRAR O DOMÍNIO DO MUNICÍPIO AS VIAS E PRAÇAS, OS ESPAÇOS LIVRES E AS ÁREAS DESTINADAS A EDIFÍCIOS PÚBLICOS E OUTROS EQUIPAMENTOS URBANOS, CONSTANTES DO PROJETO E DO MEMORIAL DESCRITIVO”.

ASPLAN, para conceder licença para edificar, exige, dentre outros requisitos, o título de propriedade do imóvel, e do exame desse título é que restou comprovada a incorporação do trecho da rua Cel. Jucá, quando da unificação dos lotes pela sua proprietária, qual seja, WANDA QUEIROZ COSTA. Também foi possível atestar a referida incorporação quando do exame da planta do loteamento, arquivada em cartório.

Assim sendo, ante aos dispositivos legais suso invocados, pôde-se constatar facilmente que a referida incorporação, na data de 30 de dezembro de 1993, deu-se posteriormente à tradição pela qual se transmitiu o bem público de que ora se cuida (trecho da Rua Cel. Jucá). O registro do loteamento, portanto, teve efeito constitutivo de direito em favor do município desde a sua efetivação, no ano de 1938.

Desta forma, revestiu-se de nulidade a averbação assentada nas matrículas no. 63.102 e 68.965, que teve o condão de incorporar o trecho da rua citada, impondo-se a interposição de Ação Ordinária de Nulidade de Averbação, com o objetivo de reaver o bem municipal.

Sendo nula a averbação que incorporou o trecho da Rua Cel. Jucá, impõe-se a nulidade do ato jurídico que a gerou, por impossibilidade de objeto, conforme preceitua o art. 145, II, do Código Civil Brasileiro, uma vez se que trata de bem de uso comum do povo, o que o torna inalienável (art. 69 do mesmo diploma legal).

Em sendo assim, atesta-se o valor relativo de que se reveste o título de propriedade, não gozando de presunção *iures et de iure* a seu favor, mas presunção *iuris tantum*, que é retificável, modificável, segundo nos ensina Walter Ceneviva, em sua obra “Lei dos Registros Públicos Comentada”, *in verbis*:

“O REGISTRO CRIA PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERDADE. É RETIFICÁVEL, MODIFICÁVEL, POR SER O OFICIAL UM RECEPTOR DA DECLARAÇÃO DE TERCEIROS, QUE EXAMINA SEGUNDO CRITÉRIOS PREDOMINANTEMENTE FORMAIS.” (Editora Saraiva,

1993, pag. 04)

Logo, se a averbação é ato jurídico nulo, o que irá ser provado na competente Ação de Nulidade promovida pelo Município, não há que se falar em concessão de alvará ao interessado em edificar no imóvel.

Portanto, reiterando que é função da SPLAN analisar o título de propriedade em consonância com a planta do loteamento e, uma vez verificada a irregularidade de que se reveste referido título, incorporando trecho de bem municipal, entendemos deva ser indeferido o pedido de concessão de alvará de construção, face à nulidade referida.

Caso fosse concedido o aludido alvará ao interessado, a referida Secretaria incorreria no erro de reconhecimento, tacitamente, que o imóvel não pertence ao Município de Fortaleza, e desconstituir tal falha seria de extrema dificuldade.

Ante ao acima exposto, o entendimento da signatária deste é no sentido de indeferir o alvará para construção em terreno de uso comum do povo, devendo o presente processo ser arquivado, até que a Ação Judicial já interposta chegue a seu termo, quando comunicaremos o seu resultado à SPLAN.

Assim sendo, enquanto a irregularidade aqui noticiada estiver *sub judice*, deve a Splan se negar a expedir qualquer ato que importe no reconhecimento da incorporação da rua Cel. Jucá.

É o parecer.
Salvo melhor juízo.

Fortaleza, 06 de novembro de 1995.

LILIAN BEZERRA PAZ
Procuradora do Município

PARECER N°

**INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
ASSUNTO: SOLICITA EMISSÃO DE PARECER SOBRE O ALCANCE
E APLICAÇÃO DA LEI N° 9.294/96.**

EMENTA: As disposições da Lei Federal nº 9.294/96 em comento são apenas parcialmente aplicáveis no âmbito municipal, sendo necessário que ocorra sua adequada suplementação, inclusive, com a indicação do órgão responsável por seu cumprimento, para fins de aplicação das penalidades, sem o que se tornará a Lei despida de qualquer efetividade.

Consulta-nos o Exmo. Sr. Procurador Geral acerca da repercussão da Lei Federal nº 9.294 que dispõe sobre "as restituições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal", na esfera municipal.

Passemos à análise da "questão".

O Estado brasileiro adotou, a partir da Constituição de 1988, uma forma de organização política mais verdadeiramente descentralizada, ao conferir aos municípios maior autonomia política e financeira. Mantida sua forma federativa, ampliou-se a participação municipal através de atribuições e competências conferidas diretamente pela Constituição Federal.

Assim, o aprofundamento no tema das competências outorgadas pela Carta da República fez-se necessário, para que possamos estabelecer os limites de incidência da Lei nº 9.294/96, ora sub examine.

Em primeiro, analisemos o teor do art. 22 da CF/88:

"Art. 22- Compete privativamente à União legislar sobre:" (grifamos). "Ora, como é sabido, a competência privativa exclui qualquer outra, induzindo mesmo a idéia de que se possa repelir a intromissão de outro ente federado. Todavia, apenas em parte isto é verdadeiro, pois o parágrafo único do citado art. 22 cuidou de excepcionar esta regra, estabelecendo que: "Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo."

Portanto, evidenciado está, pelo menos em princípio, que a competência privativa atribuída à União para legislar sobre certas matérias

exclui a dos Estados e Municípios, embora estejam previstas ainda, nos arts. 23 e 24 da Constituição Federal, outras modalidades de competência, ou seja, competência comum e competência concorrente.

Segundo José Afonso da Silva, "Competência, como vimos antes, consiste na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre a qual se exerce o poder de governo". (in Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. RT, 5ª. Ed., 1989, p. 428).

A partir desta concepção, podemos dizer que as matérias elencadas no art. 22 da CF integram a parcela de poder atribuído à União e sobre o qual deverá realizar suas funções, propondo adequado disciplinamento.

Feitas estas colocações, convém ainda salientar que a competência comum conferida a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo art. 23, concerne muito à imposição de ônus consistente na prestação de serviços e atividades que é atribuição de competência legislativa, diferentemente, pois, da dicção do art. 24, que estabeleceu o rol de competências concorrentes sobre as quais poderão legislar a União, os Estados e o Distrito Federal. Ressalta-se, porém, que não se trata de uma competência concorrente para a qual todos concorram em iguais condições, como adverte o mestre Celso Ribeiro Bastos. Isto aliás, é o que se depreende de acurada leitura dos parágrafos 1º, 2º e 3º do aludido artigo.

O § 1º diz que cabe à União estabelecer normas gerais sobre assuntos concernentes ao âmbito da legislação concorrente, restando, portanto, aos Estados e Distrito Federal, adequar suas particularidades aos ditames da Lei Federal. A competência suplementar, prevista no § 2º e a competência legislativa plena, de que trata o § 3º do prefalado art. 24, sofrem limitações bastante claras. Tanto isso é verdade que o § 4º estatui expressamente que "A superveniência de Lei Federal sobre normas gerais suspende a eficácia da Lei Estadual no que lhe for contrário." Este o entendimento esposado também por Celso Ribeiro Bastos:

"A interpretação sistemática há de prevalecer e desta deflui que cabe aos Estados exercerem uma competência legislativa suplementar nos vazios e nos claros deixamos pela legislação federal ou inexistindo Lei Federal. Não deve, pois, significar a não existência de uma lei sobre o assunto a ser tratado, mas a não-existência de um preceito, de um artigo, de uma norma."

O citado autor conclui dizendo que "as possibilidades de atuação do estado nessa área são eminentemente secundárias", o que não é de todo falso, considerando-se que, de regra, as normas gerais ditadas pela União são bastante abrangentes e por vezes tão detalhistas que impedem a atuação

legislativa de outras entidades políticas, como é exemplo a Lei de Licitações.

Dentro deste contexto, iremos retornar à análise da Lei nº. 9294/96, tentando definir sua aplicabilidade e incidência na esfera municipal. De início, concentrar-nos-emos em duas questões fundamentais por ela abordadas: I) o uso e II) a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas nos termos do § 4º. do art. 220 da Constituição Federal.

Por razões de ordem meramente didáticas, trataremos em primeiro lugar da questão relativa à regulamentação da propaganda comercial, matéria de competência privativa da União, consoante teor do disposto no inc. XXIX do art. 22 da vigente Carta da República. Dessarte, o Município, quanto a este aspecto, deverá submeter-se às regras estatuídas pela União, por lhe faltar competência para legislar sobre o assunto. Nesse particular é inteiramente compatível a preceituação estatuída pela Lei nº. 9.294/96 com as normas contidas nos §§ 3º. e 4º. do art. 220 da Constituição Federal. Senão vejamos:

"Art. 220- A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.

§ 3º.- Compete à lei federal:

I- regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II- estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou de programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticos e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

Os arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.297/96 tratam

especificamente da regulamentação da propaganda comercial de produtos fumíferos, bebida alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Portanto, no tocante a esta questão, são de inteira aplicabilidade as disposições da citada Lei Federal, impondo-se aos Estados e Municípios seu fiel cumprimento.

Em segundo lugar, observa-se a redação do art. 1º do aludido diploma legal enseja maiores considerações, uma vez que aqui se cuida também do uso destes produtos, além de sua propaganda comercial, cabendo a seguinte indagação: Pode a União vedar o uso de qualquer dos produtos mencionados na *caput* do art. 1º da Lei nº 9.294/96 de forma tão abrangente? Entendemos que sim, porém, não com exclusividade. É que se trata, de matéria ligada à competência legislativa concorrente - art. 24, incs. VI e XII - proteção ao meio ambiente e à saúde. Portanto, poderá o Município estabelecer restrições quanto ao uso de produtos ou substâncias que possam causar danos ao meio ambiente ou a saúde sem que isto implique interferência indevida na esfera federal, sendo perfeitamente compatível este entendimento com o teor dos §§ 3º e 4º do art. 220 da Constituição Federal. Não devemos, pois, perder de vista que ali se cuida mais especificamente do disciplinamento pertinente à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, as quais se sujeitaram às restrições legais, nos termos do inc. II do § 3º, mediante legislação federal.

Ainda no que se refere ao uso dos citados produtos, entendemos que a legislação municipal, se advinda, deverá estabelecer sanções próprias, tendo em vista que não poderá valer-se daquelas previstas nos arts. 2º e 9º da Lei nº 9.294/96.

Não há dúvida de que a matéria versada na Lei nº 9.294/96 é de interesse nacional, o que, de logo, afasta a idéia de supletividade ilimitada eventualmente cogitada. Esta, como se sabe, é exercitada para preencher as lacunas ou deficiências da legislação federal, conformando-a com as peculiaridades ou "interesses locais" do Município. Por "interesse locais" entenda-se não interesse exclusivo, mas sim predominante, prevalente no Município.

Assim, considerando que compete à União legislar sobre propaganda comercial, a ela também competirá aplicar as sanções previstas em Lei. Ademais, no que se refere ao uso dos aludidos produtos o art. 2º da mencionada Lei apenas previu sanções para as infrações em aeronaves e transportes coletivos, ressaltando duas situações: a) após transcorrida uma hora de viagem, e b) se houver, nos referidos meios de transporte parte especialmente reservada aos fumantes (§ 2º do art. 2º). Em princípio, as disposições da Lei Federal em comento são apenas parcialmente aplicáveis no âmbito municipal, sendo necessário que ocorra sua adequada suplementação, inclusive com a indicação do órgão responsável por seu

cumprimento, para fins de aplicação das penalidades, sem o que se tornará a lei despida de qualquer efetividade.

Este é o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 25 de junho de 1997

LIDUÍNA O. DUARTE BARRETO
Procuradora do Município

CONSULTORIA

PROCESSO N° 00271/07-PGM

INTERESSADO: SEFIN

ORIGEM: SEFIN

PARECER N° , DA PROCURADORA
ELNY SIQUEIRA SAKER PONTES

EMENTA: Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis. Dúvida suscitada quando ao momento da ocorrência do fato tributável. Aplicação do art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

01. A tanto provocado pelo "Cartório Moraes Correia", desta Capital, o Exmo. Sr. secretário de Finanças do Município formula consulta a esta Procuradoria Geral, que vem, em resumo, vazada nos seguintes termos:

a) a Lei municipal instituidora do ITBI - a de nº 6.421, de 30 de janeiro de 1989 - definiu (em seu art. 1º, I) como *hipótese de incidência* do aludido tributo a transmissão onerosa, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por sua natureza ou acessão física, por ato entre vivos, cuidando mais de estabelecer (já em seu art. 9º) a obrigatoriedade do pagamento do imposto antes mesmo da lavratura da escritura pública respectiva, formalizadora do ato negocial de compra e venda, se ocorrida na mesma Comarca (ou no prazo de 30 dias, se em outra);

b) considerando-se, todavia, a circunstância de ser a referida espécie tributária devida se e quando ocorrida a transmissão da propriedade (entre vivos) do bem imóvel, a obrigação tributária respectiva só passaria a existir no momento em que o domínio, nos termos do Código Civil, efetivamente restasse transmitido, com o registro da escritura no Cartório competente;

c) assim, e em razão mesmo de entendimento jurisprudencial conflitante sobre a incidência ou não do ITBI sobre o distrito de escritura pública não registrada, assim como sobre a própria estrutura, ainda não objeto de registro imobiliário.

02. Fixada, como antes salientado, a *hipótese de incidência* do imposto sob análise - como senda a transmissão da propriedade - uma análise sistêmica do ordenamento jurídico exige, como é natural, a busca do sentido da expressão "propriedade", assim como da forma pela qual essa propriedade é transmitida, no âmbito da legislação civil.

De logo se há de extrair a inevitável conclusão de que, se o domínio

de um bem imóvel só se transfere com o registro (no Cartório competente) da escritura pública do ato negocial celebrado, somente com tal registro é que se dá a incidência da hipótese prevista abstratamente na lei tributária. Este, sem dúvida, é o momento em que o fato tributável (ou imponível, na linguagem de GERALDO ATALIBA) ocorre, dando ensejo ao nascimento da obrigação tributária.

03 Ocorre, contudo haver disposto a própria Constituição Federal - norma outorgadora de todas as competências tributárias das pessoas políticas internas - em seu art. 151, § 7º:

"Art. 150 - ... omissis ...

.....
§ 7º - A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido"

Nada está a impedir, portanto, à luz da prescrição constitucional supratranscrita, que a Lei 6.421/89 haja disposto como dispôs, é dizer, exigindo o pagamento do imposto de transmissão em momento anterior ao da lavratura da escritura. É evidente, todavia, que incorrido o fato tributável (ou seja, a efetiva transmissão da propriedade com o respectivo registro), o valor recolhido há de ser imediatamente e preferencialmente devolvido ao contribuinte.

04 No caso concreto - o de "distrato" de escritura anterior de compra e venda de imóvel - deve-se concluir:

a) que, uma vez não registrado a escritura original, a importância recolhida a título de pagamento do ITBI há de ser devolvida àquele que seria, em tese, sujeito passivo da obrigação tributária, já que, como explicado, não ocorreu o fato imponível a ela atinente;

b) que não se há de cogitar de cobrança do aludido imposto quando da lavratura da escritura de "distrato" do ato negocial e de compra e venda, posto que este "distrato" não importa (nem poderia importar, por óbvio) em transmissão de propriedade de bem imóvel algum.

É parecer, s.m.j.

PARECER Nº
PROCESSO Nº 14.130/95 - AI S Nº 40.745 E 40.746/95
RECORRENTE: LEVEL ADMINISTRAÇÃO E CONSULTORIA
HOTELEIRA S/C
RECORRIDO: AUDITORIA DE JULGAMENTO EM 1º GRAU

LEVEL ADM. E CONSULTORIA HOTELEIRA S/C interpõe o presente Recurso Voluntário, inconformada com a autuação contra ela promovida, por atraso no recolhimento do ISS, nos termos dos arts. 84, 85 e 86, II, "a", do Decreto nº 6.105, de 13/05/82.

Entende a recorrente ser indevida a cobrança do ISS que a envolve, referente à prática de atividades de hospedagem, sustentando, sumariamente, o seguinte:

1) os serviços que a requerente presta não se identificam com aqueles constantes no item 98 da lista de serviço. O objeto da prestação de serviços, para a qual foi contratada, refere-se à administração do condomínio e dos contratos de locação pactuados pelos integrantes do "POOL". Desta forma, a base de cálculo para o pagamento do ISS limita-se à receita por ela auferida, decorrente das taxas de administração cobradas pela prestação dos seus serviços;

2) Ainda que a locação dos "flats" fosse enquadrada dentro da lista de serviços, a incidência do ISS deveria recair sobre o sujeito passivo da obrigação tributária, no caso, o proprietário da unidade, e não contra a empresa que administra o "pool";

3) O proprietário da unidade, por sua vez, não está inserido na definição de empresa nem na de profissional autônomo, únicos sujeitos passivos concebíveis, pela lei, para a prática do fato gerador do ISS.

As argumentações em questão carecem de consistência jurídica na medida em que nos aprofundamos na análise dos substratos deduzidos por via do presente recurso. Vejamos:

O contrato de prestação de serviços entre a recorrente e o condomínio do edifício Tabajara Residence Service, que repousa às fls. 26 a 30, fornece todos os subsídios para reforçar a incidência do ISS, conforme constatado pela fiscalização municipal.

Em primeiro lugar, porque os serviços que a recorrente presta, segundo o referido contrato, estão intrinsecamente ligados à atividade hoteleira. Além dos serviços de administração, que ela reconhece prestar, e

que incluem pagamento aos fornecedores, administração de pessoal e controle do restaurante, é a empresa responsável pelo denominado "Sistema Associativo de Locação em Grupo" (fls 28), que compreende, dentre outras atribuições, o controle de ocupação dos apartamentos locados, a manutenção dos apartamentos, controle de estoque de materiais, contas a pagar dos apartamentos, pagamentos dos resultados das locações aos proprietários, etc.

Todas essas atribuições, conforme se depreende do contrato firmado são de responsabilidade exclusiva da empresa recorrente, que, agora, procura fugir ao cumprimento das suas obrigações tributárias.

Com efeito, procura a recorrente desfigurar uma situação que, em sua essência, é simples e transparente. Não é simplesmente pelo fato de o sistema de "apart-service" constituir algo relativamente novo, que não se possa enquadrar os seus serviços dentro da ampla definição de hospedagem.

"In casu", encontra-se presente todos os elementos e caracteres ínsitos à definição de hospedagem, a saber:

"Hospedagem estabelece contrato pelo qual um dos contratantes (o hospedeiro) se compromete, mediante contraprestação, a dar a outrem (o hóspede) alojamento e, por vezes, alimentação e outros serviços indispensáveis (móveis para uso, como cama e cadeiras, toalhas etc.) e outros serviços dispensáveis e até voluptuários".

A referida definição evidencia a notória inclusão dos "flats" como congêneres, dentro dos moldes de hotéis-residência, como preleciona o ilustre tributarista Walter Gaspar, em seu livro (ISS-Teoria e Prática; p.317).

Igualmente, o renomado Bernardo Ribeiro de Moraes preleciona o entendimento de que, em sendo presentes os requisitos: oferta de alojamento ao público, prestação de serviços e intuito de especulação, o serviço necessariamente será de hospedagem (Bernardo Ribeiro de Moraes-Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços, ED.RT, São Paulo, 1984).

Importa a reunião dos elementos acima elencados para a percepção de que se está a praticar, no caso, atividade de hospedagem. Assim, por conseguinte, os "flats" reúnem os sobreditos requisitos, portanto devem ser visualizados como congêneres de hotéis.

Uma vez percebida a inclusão dos "flats" no item 98 da lista de serviços, retomaremos a questão do sujeito passivo da obrigação tributária.

Como já antedito, a empresa ora recorrente pratica atos abrangentes de administração. É ela a responsável exclusiva pelo denominado "Sistema Associativo de Locação em Grupo", e como tal, pratica todos os atos necessários à atividade hoteleira do edifício Tabajara Residence service.

Isto se comprova facilmente em razão dos seguintes fatos:

1) A recorrente, conforme o item 3.1. do contrato de fls. 26 a 30, percebe 10% (dez por cento) da previsão orçamentária do condomínio, a título de taxa de administração pelos serviços puramente administrativos que executa; no entanto, além desse percentual percebe mais 10% (dez por cento) do resultado líquido das locações (item 3.2.), o que significa dizer que aufero lucro com cada alojamento efetuado no "apart-service".

Sem falar no pagamento do percentual de 2% (dois por cento) da receita total das locações (item 6.6.) feito à recorrente a título de "marketing", o que reforça o lucro obtido com a atividade hoteleira.

2) Dos contratos pactuados entre a recorrente, na qualidade de representante do Sistema Associativo de Locação em Grupo, e os proprietários dos "flats" (fls. 33 a 38), evidencia-se a relação causal entre as hospedagens e a empresa recorrente, pois, em seu item 07, estipula-se a exclusividade da recorrente no que diz respeito à locação do imóvel.

Como se não bastasse, resta estipulado, no item 5.1.1., letra "a", a responsabilidade da recorrente pelos impostos incidentes sobre as operações que realizar com as unidades (flats).

Ante tudo o que foi exposto, conclui-se:

a) a recorrente possui relação direta e imediata com o fato gerador do ISS, qual seja, a atividade congênere à de hospedagem, por meio da qual aufero lucros e tem participação, supletivamente à atividade administrativa que exerce em todo o condomínio e pela qual também é remunerada;

b) em consequência dessa relação, insere-se no conceito de contribuinte do CTN, bem como da CLTM (art. 44); ainda que assim não fosse, teria responsabilidade contratual pelo pagamento dos tributos decorrentes das operações que efetua, conforme já restou demonstrado;

c) não há justificativa para impor que a obrigação tributária de que se trata seja ônus direto dos proprietários dos "flats", pois além dos motivos acima elencados, não estão eles incursos na definição legal de contribuinte.

Sendo assim, a Procuradoria Geral do Município sugere o conhecimento do presente recurso voluntário, no entanto, nega-lhe provimento, mantendo, em todos os seus termos, os autos de infração ora

impugnados.

É o parecer.
Salvo melhor juízo.

Fortaleza, 31 de março de 1997.

FRANCISCO JACINÊS GURGEL LUZ
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

**PROCURADORIA DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO Nº 2740/96-PGM
INTERESSADO: MARIA DE FÁTIMA
MARQUES FEITOSA GONÇALVES
ASSUNTO: OPÇÃO POR GRATIFICAÇÃO DAS-1,
APÓS INCORPORAÇÃO DE DNI-1.**

EMENTA: Impossibilidade de incorporação de gratificação percebida como membro de comissão. Impossibilidade de opção de gratificação de maior valor, após incorporação de gratificação pelo art. 121 do Estatuto.

MARIA DE FÁTIMA MARQUES FEITOSA GONÇALVES, servidora pública municipal, vem requerer nova incorporação de gratificação, baseada no § 2º do art. 121 do Estatuto dos Servidores Municipais, alegando ter permanecido *"03 (três) anos, destes, 09 (nove) meses no cargo da Comissão Gestora do Projeto Integração da Criança à Sociedade e, 02 anos e dois meses no cargo de Assessor Técnico da FUNCI - simbologia DAS-1"*.

Anexa para justificar o pleito:

I - Ato nº 270/84, que concedeu a funcionária o direito de continuar a perceber a gratificação da função gratificada de Administrador Escolar FGE-1 (fls. 06-PGM);

II - Decreto nº 9.051, de 30 de março de 1993, que constitui a Comissão Gestora do Projeto Integração da Criança à Sociedade, onde se vê nos artigos: 3º) que a comissão tem caráter transitório; 4º) a comissão é composta por 01 (um) Coordenador e 08 (oito) membros, percebendo cada um deles, uma gratificação por participação em deliberação coletiva (art. 205, IV, do Estatuto) "sic", sendo a do Coordenador equivalente ao cargo em comissão de simbologia DNS-2 e dos membros equivalentes a DAS-1; (fls. 08-PGM);

III - Portaria nº 65/93 do IPLAM designando a mesma servidora como membro desta Comissão no DOM (fls. 11-PGM);

IV - Portaria nº 24-A/94, dispensando a servidora da referida Comissão; (fls. 12-PGM);

V - Ato nº 2286/94 colocando a servidora à disposição da FUNCI

com ônus para a origem, para exercer o cargo em comissão de Assessor Técnico, no qual não está informado a simbologia do cargo retromencionado (fls. 14-PGM);

VI - Portaria nº 12/94 da FUNCI, nomeando a servidora para exercer o cargo em comissão de Assessor Técnico - símbolo DAS-1 (fls. 15-PGM);

VII - Portaria nº 019/96, exonerando a servidora do cargo em comissão de Assessor Técnico da FUNCI, símbolo DAS-1; (fls. 17-PGM);

VIII - Contracheque onde informa perceber 60% (sessenta por cento) do valor da Gratificação DNI-1, por tê-la incorporado;

Em face dos inúmeros documentos acostados nos autos, iremos fazer a análise do processo, dividindo-o em itens:

ITEM I - IMPOSSIBILIDADE DE INCORPORAR O DAS-1 DA COMISSÃO GESTORA DO PROJETO INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA À SOCIEDADE

A servidora exercia a função de membro da prefalada Comissão percebendo gratificação equivalente ao cargo em comissão de simbologia DAS-1.

Convém fazer umas consideração preliminares.

Cargo público, segundo Hely Lopes Meirelles, "é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei". Poder-se-ia dispensar definições doutrinárias, vez que o direito positivo brasileiro, desde a Lei 3.780, de 1960, em seu art. 4º I, o conceituava apresentando as características legais de cargo público: Cargo Público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União.

O significado do vocábulo CARGO é o já consagrado em nossa legislação a qual a doutrina apenas deu continuidade.

Prossigamos. De acordo com o tipo de provimento, os cargos públicos "ex vi" do Decreto nº 70.320, de 28.03.72, dividem-se em:

CARGOS EM COMISSÃO: quando envolvem atividades de direção e assessoramento sendo de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo ou autoridade competente;

CARGOS EFETIVOS: quando integram a classe ou categoria funcional, exigindo-se para seu provimento em classe inicial ou única, habilitação em concurso público.

Vamos nos ater aos Cargos de Comissão.

Como já se viu, no conceito de cargo público se inclui o cargo em

comissão, cujas características são: a) *criação por lei*; b) *número certo*; c) *denominação própria*; d) *remuneração pelos cofres públicos*. Imperioso esclarecer, para o provimento de um cargo em comissão é necessário o ato de nomeação, a posse, ou seja, a manifestação da vontade do nomeado de aceitar o encargo e o exercício, devidamente publicado no Diário Oficial.

Considerando a legislação instituidora da Comissão Gestora do Projeto de Integração da Criança à Sociedade - Decreto Municipal 9.051, de 30 de março de 1993, e, cotejando com as normas legais susotranscritas, podemos concluir o seguinte: *Decreto não é legislação idônea para criação de cargos públicos*.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 48, X c/c art. 61, 1º, II, "a", deixa evidente o imperativo de que os cargos públicos devem ser criados por Lei que, em relação ao Poder Executivo é de iniciativa privada do Presidente da República. Conseqüentemente, a Lei Orgânica do município dispõe de forma idêntica, na norma consubstanciada nos artigos 27, X e 40, 1º, I, sendo a iniciativa de tais leis do Exmo. Sr. Prefeito, por ser óbvio.

b) O Parágrafo Único do Decreto 9.051/93 dispõe, "in verbis":

Art. 1º.....
Parágrafo Único - Aos membros da Comissão será atribuída a gratificação por participação em órgãos de deliberação coletiva, previsão no art. 205, inciso IV do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município, no valor correspondente ao cargo comissionado cuja simbologia está a seguir indicada: Coordenador DNS-2, Membros DAS-1. (grifos nossos).

Corresponder, segundo Aurélio Buarque de Holanda, significa: 1.....2 - ser proporcional; estar em equivalência; 3.....4 - estar em correlação.

Ora, equivaler ou correlação não significa igualdade, mas ser igual no valor, ou na força ou no peso. *In casu*, percebem os membros da comissão de gratificação igual no valor (equivalente), aos cargos comissionados de DAS-1, DNS-2, existentes no âmbito municipal.

Note-se, também, que a gratificação percebida se denomina Gratificação por Participação em Órgão de Deliberação Coletiva (art. 103, IV) e não Gratificação de Representação, própria dos cargos em comissão (art. 103, X e art. 120, todos do Estatuto dos Servidores).

c) Enquanto o cargo em comissão é exercido pelo titular, devidamente nomeado, os membros da comissão são designados para mandato, permitida ou não a recondução, desde que a legislação assim o declare.

d) Além destas diferenças de ordem legal encontradas no próprio Decreto instituidor da comissão, o Estatuto dos Servidores Municipais em alguns de seus artigos evidencia a nítida diferença entre a Gratificação de Representação do Exercício de Cargo em Comissão e Gratificação por Participação em Órgão de Deliberação Coletiva, somente para ciência:

Art. 103, IV.....Art. 103, X c/c art. 120

Art. 121 caput.....Art. 121, 1º, I

Art. 43, parágrafo único..... Art. 82, parágrafo único.

Se entendêssemos iguais a Gratificação de Representação pelo Exercício do Cargo em Comissão e a Gratificação por Participação em Órgão de Deliberação Coletiva, poder-se-ia, ter fundamentado o pedido tanto no art. 103, IV ou 103, X do Estatuto. Como na Lei não existe letra morta é certa a conclusão de que a gratificação percebida pelos membros da comissão é "*pro labore faciendo*", transitória e concedida em razões de condições excepcionais, só devendo ser percebida enquanto o servidor está prestando o serviço que a enseja ou a justifica. Cessado o trabalho que lhe dá causa extingue-se a razão de seu pagamento.

Com todas essas considerações, a gratificação de DAS-1, percebida pela servidora em tela, enquanto membro da Comissão Gestora do Projeto de Integração da Criança à Sociedade jamais poderá ser incorporado pela servidora. No entanto, não se pode negar que o tempo exercido em comissão possa integralizar o lapso temporal exigido no art. 121 do Estatuto para uma primeira incorporação. Inteligência do art. 121, § 1º, I do Estatuto.

ITEM II - IMPOSSIBILIDADE DA SERVIDORA OPTAR PELA GRATIFICAÇÃO DO CARGO COMMISSIONADO DE ASSESSOR TÉCNICO DA FUNCI - DAS-1, APÓS JÁ TER INCORPORADO AOS SEUS VENCIMENTOS A GRATIFICAÇÃO DA FUNÇÃO GRATIFICADA DE ADMINISTRADOR ESCOLAR - ATUALMENTE DNI-1.

É inevitável que, para apreciação do processo se recorra ao Estatuto dos Servidores Municipais.

O Art. 121, caput, dispõe que:

"O servidor investido em cargo em comissão, quando deste afastado depois de 08 (oito) anos sem interrupção ou 10 (dez) anos consecutivos ou não, fica com o direito de continuar a perceber a representação correspondente ao cargo em comissão que ocupava à época do afastamento, garantida a incorporação desta vantagem aos proventos de aposentadoria".

Fazendo parte do mesmo artigo, temos os seguintes parágrafos, "*in verbis*":

1º) - Também para integralização do tempo de serviço exigido no caput deste artigo, computar-se-á:

I - o período em que o servidor atuar como membro de comissão, percebendo gratificação equivalente a cargo comissionado, a qualquer tempo.

2º) - O servidor beneficiado pelo disposto neste artigo poderá optar pela maior representação dos cargos em comissão exercidos, no qual tenha permanecido por um período mínimo de 12 (doze) meses.

Iremos analisar a combinação do "*caput*" do art. 121 com o parágrafo segundo.

É razoável o entendimento que, após exercer o cargo de chefia por oito anos continuados ou dez, consecutivos ou não e, desde que afastado do exercício de qualquer cargo em comissão, venha o servidor a adquirir o direito de continuar a perceber o valor da gratificação de representação do cargo em comissão que exercia à época do afastamento. É esta a possibilidade legal vislumbrada no "*caput*" do art. 121, como prêmio ao servidor, por conta do exercício formal, durante tempo expressivo de dedicação exclusiva ao serviço público municipal em posição de chefia.

Note-se que o caput se refere única e exclusivamente à incorporação da gratificação da representação do cargo em comissão que o servidor exercia à época do preenchimento dos requisitos de afastamento e de tempo, exigidos pelo legislador.

Excepcionalmente, o legislador admite que o beneficiário do "*caput*" do artigo possa valer-se da faculdade de incorporar a gratificação de representação de maior valor dos cargos exercidos - e não a exercer - desde que o tenha exercido por um período mínimo de 12 (doze) meses. Qual a razão desta exceção? Em virtude de que, nem sempre, o cargo do qual o servidor se afastou por último, é aquele, cuja gratificação de representação seja a de maior valor pecuniário.

No caso, houve aditamento à norma do caput, como exceção à regra, porém não se deixou de lado o lapso temporal e o afastamento, que continuam sendo exigidos como pré-requisitos para a incorporação. A exceção, isto sim, se refere ao valor pecuniário - não do cargo que o servidor se afastou por último - mas, daquele de maior gratificação de cargo comissionado exercido dentro das prescrições taxativas da lei (tempo e afastamento) e, por um período mínimo de doze meses.

Assim, o parágrafo segundo constitui-se exceção à mesma hipótese legal do caput do artigo, podendo-se concluir que o servidor para incorporar

uma gratificação exercendo o direito de opção pela de maior valor, deverá obrigatoriamente:

- a) *exercer cargo em comissão por oito anos consecutivos ou dez anos consecutivos ou não;*
- b) *estar afastado do exercício de qualquer cargo em comissão;*
- c) *já ter exercido o cargo em comissão, cuja gratificação seja a de maior valor, dentro do interregno de oito anos consecutivos ou dez anos intercalados, ou seja, nos mesmos moldes temporais do caput do art. 121, já que deste artigo esta norma é parte integrante.*

Daí resulta, como conseqüência: Se o servidor adquiriu o direito de opção pela incorporação da gratificação de maior valor, a título de direito adquirido, se reputa consumado o seu direito subjetivo público, não podendo se prevalecer, mesmo com base em lei, de direito mais vantajoso sob o ponto de vista econômico.

Para corroborar nosso entendimento, transcreveremos parte do parecer 108/95-CST, da hoje Procuradora do Estado Dra. Maria José F. Barreira de Araújo:

"23 - Em suma a faculdade de opção por alguns sustentada de certo existe configurada nos textos legais in comento e, naturalmente, está para ser exercida. Ocorre apenas, segundo parece correto entender, que este direito de opção deve ser exercido pelo beneficiário - seja da Lei nº 5.684/83 ou 6.794/90 na exata ocasião em que pretender ele, originalmente, levar a bom termo a hipótese individual contemplada pelo(s) legislador(es), qual seja: continuar a perceber a representação/gratificação correspondente ao cargo em comissão ocupado por tempo expressivo, sempre a critério da lei".

Argui, também, a ilustre Procuradora, que o direito assegurado, tanto na Lei nº 6.794/90, bem como na Lei nº 5.976/85, que alterou o antigo Estatuto dos Funcionário Municipais, é o de opção e não o de permuta. Permutar as bases do direito que sobre elas já tiver adquirido, por tantas vezes quantas entender conveniente fazê-lo é antijurídico. E continua:

O direito subjetivo já adquirido pela servidora - portaria nº 087/84 - encontra-se consumado, a ponto de nada mais poder ela argüir, com base na mesma legislação que foi dele assegurado.

Com isso se quer dizer: dentro do espaço temporal de oito anos consecutivos ou dez intercalados, se houver dentre os cargos exercidos pelo servidor algum cuja representação seja de maior valor, poderá o mesmo optar por ela, desde que o tenha exercido pelo período mínimo de doze meses, é direito adquirido. No entanto, uma vez exercida a opção, se for o caso, está consumado o direito pois tal procedimento já operou seus efeitos em relação ao servidor dela beneficiário.

Fazendo uma análise sistemática da matéria, vamos conhecer o artigo 122 do Estatuto, verbis:

"Art. 122 - O servidor que já tenha adicionado aos seus vencimentos a vantagem do artigo anterior, quando nomeado para cargo comissionado, poderá perceber a título de verba especial, o valor correspondente a 60% (sessenta por cento) da representação do cargo em comissão que esteja exercendo.

Parágrafo único - O direito à percepção da vantagem de que trata este artigo cessa quando o servidor deixar de exercer o cargo em comissão, não podendo esta vantagem, sob qualquer hipótese, ser adicionada ou incorporada a seus vencimentos ou proventos, para nenhum efeito". (grifos nossos).

Por este artigo é de se entender que o servidor que já tenha incorporado uma gratificação de representação, tendo ou não exercido o direito de opção (no caso de todos os cargos de mesmo valor pecuniário de gratificação), quando for exercer outro cargo em comissão, perceberá apenas 60% (sessenta por cento) do valor da gratificação deste cargo, a título de verba especial. Por que a título de verba especial? Porque não pode o servidor acumular o recebimento de duas ou mais gratificações de cargo em comissão e, em segundo lugar, não pode deixar de perceber uma contraprestação por seus serviços prestados. Tanto é certo a impossibilidade de uma nova opção, que este artigo possui um único parágrafo, o qual proíbe taxativamente e sob qualquer hipótese, que esta vantagem não pode ser adicionada ou incorporada a seus vencimentos ou proventos, para nenhum efeito.

Somente para argumentar, a boa técnica legislativa nos orienta que o parágrafo é parte integrante de um artigo e, geralmente, contém em seu bojo exceção à regra deste.

Fossem possíveis novas opções, após a incorporação de uma gratificação, o parágrafo segundo (2º) do art. 121 do Estatuto não seria exceção e sim, contemplaria uma nova regra consubstanciada em artigo distinto.

Essa é a posição desta Procuradoria há tempos. Senão vejamos:

Em despacho no parecer nº 103/93-CST, emitido pela Procuradora Dra. Fátima Maria Nunes Memória de Andrade, portanto, posterior ao parecer 03/93, o Exmo. Sr. Procurador Geral à época, Dr. Valmir Pontes Filho, assim se manifestou:

"As normas de direito, como é sabido, sempre admitem mais de uma interpretação, cabendo ao hermenêuta escolher aquela que lhe pareça mais adequada ao sistema jurídico.

Louvável, portanto, a mudança de orientação, a respeito do tema, a partir do seguro e bem fundamentado parecer de fls. 07/11. De efeito, só cabe falar na opção a que alude o 2º do art. 121 do Estatuto, desde que o servidor complete o interstício exigido no "caput" do mesmo dispositivo".

Em face do exposto, somos pelo indeferimento do pedido em todos os seus termos, cujo parecer submetemos à consideração superior.

Fortaleza, 13 de novembro de 1996.

**MARIA CARNEIRO SANFORD
PROCURADOR CHEFE DA CONSULTORIA**

Aprovo o Parecer.

À decisão superior.

**José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador Geral**

Aprovo o Parecer.

**Antônio Elbano Cambraia
Prefeito de Fortaleza**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
32ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA-CEARÁ.

PROCESSO DE EXECUÇÃO Nº 97.02.08539-0
EXEQUENTE: PEDRO PORTELA XAVIER
EXECUTADO: EMPRESA ELETRO RURAL COMERCIO E
CONSTRUÇÃO LTDA.

A EMPRESA ELETRO RURAL COMERCIO E CONSTRUÇÃO
LTDA, estabelecida em Fortaleza-CE, na Rua Padre Matos Serra, nº 79, Bairro
de Fátima, CGC 23.446.628/0001-10, aqui representada pelo seu sócio-
gerente o Sr. ARISTEU DE OLIVEIRA GURGEL, brasileiro, desquitado,
engenheiro eletricitista, RG nº 16.714-SSP-CE., CPF/MF 074.076.103-04, por
seus advogados "in fine" subscritos, (doc. procuração em apenso - doc. 01),
comparece à respeitável presença de Vossa Excelência para expor e requerer
o que se segue:

PRELIMINARMENTE:

EXECUÇÃO FORÇADA - DEFESA ANTES DA PENHORA -
ADMISSIBILIDADE.

1. É de comezinha sabença que o processo de execução, como
prestação jurisdicional típica e autônoma diversa dos demais processos
existentes no ordenamento jurídico, apresenta certas situações incoerentes.

Com efeito, a relação processual executiva, mesmo irregular,
viciada, sem a presença de pressupostos de existência e validade, muitas
vezes obriga o executado a submeter seu patrimônio à constrição abusiva
da penhora, para então em sede de embargos, apontar as irregularidades,
algumas visíveis mas não constatadas pelo Juiz.

Justamente por isso que a doutrina e a jurisprudência têm se
empenhado em restabelecer a exceção de pré-executividade como forma
preliminar de contraditar e fulminar no nascedouro pretensão executiva
viciada ou inexistente, que incomoda inutilmente de forma imediata o
executado, causando ainda constrangimentos desnecessários ao executado.

Nesse contexto, é que LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA, in
"DOCTRINA NACIONAL - A EXCEÇÃO DA PRÉ-EXECUTIVIDADE",
dispõe, in verbis:

"O processo executivo visa precipuamente a coagir o
executado a prestar alegado direito do exequente,
tornando efetiva a sanção obtida pela via
jurisprudencial, ou compelindo o executado a cumprir

determinadas obrigações voluntariamente assumidas. No entanto, os processos subordinam-se a inúmeros pressupostos. A verificação dos mesmos deverá ser rigorosamente observada pelo magistrado ao tomar contato com a pretensão executiva, cumprindo ao executado a fiscalização. Quando ocorre violação de um ou mais pressupostos processuais na execução, sem que o juiz tenha condição de perceber o que Calamandrei define como vício in procedendo, abre-se ao executado, em qualquer fase do procedimento, a oportunidade do oferecimento da exceção de pré-executividade" (grifou-se)

Assim, é de elementar sabença que a ação executiva sujeita-se à extinção por defeito formal, isto é, preterimento dos pressupostos de existência e validade comuns ao processo de conhecimento, além, evidentemente, dos pressupostos específicos da execução forçada, quais sejam, o inadimplemento do devedor art. 580 CPC) e a existência de título executivo (art. 583 do CPC).

A ausência de qualquer desses pressupostos macula a relação processual, devendo ser extinto o respectivo processo, com a conseqüente desconstituição do mandado de penhora.

A doutrina moderna reconhece expressamente a utilização da exceção de pré-executividade, apreciada e adotada pela jurisprudência em alguns casos. Vejamos:

"Quando se pede ao juiz que execute a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução) tem o juiz de examinar se o título é executivo judicial ou extra-judicial.

Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público ou particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado argúi que o instrumento público é falso, ou que a sua assinatura ou de alguma testemunha é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de segurar o juízo (pagar ou sofrer a penhora). Trata-se de negação da executividade do título. Pode mesmo alegar que o instrumento público não foi devidamente assinado. Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade

de penhorar bens de que não estava exposto à ação executiva". (grifou-se) (in Dez anos de Pareceres, v.IV/132-3, 1975).

ARAKEN DE ASSIS endossa posição daqueles que compreendem ser necessária a segurança do juízo para alegação da existência de vícios que impeçam o seguimento da execução:

"Em que pese à deliberação de ofício do Juiz, o devedor pode, desobrigado das exigências de aforamento dos embargos (art. 737, I e II do CPC), após a citação, impugnar a deficiência. O juiz mandará o credor emendar a inicial ou silente, este ou irreversível o vício, indeferirá o pedido vestibular. (grifou-se).

Sucedo, naturalmente, que nem sempre a violação de um pressuposto processual está estampada na petição inicial, mas insinuada e bosquejada em algum sítio remoto do título executivo, principalmente, o extrajudicial, infirmada no texto da peça vestibular. Algumas vezes, também o juiz não possui condições de avaliar a ausência do requisito por escassez do conjunto probatório apresentado pelo credor... Nestas hipóteses, e em outras tantas que a infinidade dos fatos da vida espelha, afigura-se injusto ou mesmo odioso submeter o devedor aparente a uma violenta constrição patrimonial por tempo indefinido, conquanto curial o abuso do sedizente credor." (in Comentários LEJUR, Vol. IX/35 e 36, 1985 (grifou-se).

O festejado MENDONÇA LIMA registra lição a não ser esquecida:

"A execução nula é um mal para o devedor, porque o perturba inutilmente, embora sem vantagem final para o credor, no momento em que a nulidade for declarada. Se é viciadamente movida, pode prejudicar o devedor, moral e economicamente em seus negócios, inclusive sujeitando-o ao ônus de ter de embargar, se o juiz, ex-officio não houver trancado o processo, indeferindo o pedido (in Direito Processual Civil, vol. II, nº 1485, 1973).

Ainda sobre o assunto, vejamos os Comentários de Humberto Teodoro Júnior:

"É verdade que o juiz, na execução, não age mecanicamente como um simples cobrador a serviço do credor (...), é claro que a atividade executiva jurisprudencial está subordinada a pressupostos de legalidade e legitimidade. E, por conseguinte,

antes de autorizar a agressão patrimonial contra o devedor, terá o juiz de verificar a satisfação desses requisitos jurídicos, praticando uma cognição e fazendo *acertamento sobre eles*". (in Processo de Execução, 1983, pág. 463) (grifou-se).

Com essas considerações preliminares, roga a Vossa Excelência a admissibilidade das aludidas informações, antes e independente de seguro o juízo, vez que serão demonstrados através dos fatos a insubsistência da execução em comento.

SUMA DOS FATOS

Não deve prosperar o processo em epígrafe, devendo ser declarado extinto, em razão da ausência de pressupostos de admissibilidade, ou seja, inexistência de débito do devedor para com o exequente.

O débito, objeto do mandado de execução em curso na 32ª Vara Cível, já foi devidamente cumprido pelo executado, situação que pode ser facilmente observada, bastando tão-somente a verificação da guia de depósito judicial apensa à presente (doc. 02), quando regularmente citado, em outra ocasião, precisamente, pela 8ª Vara Cível, - proc. 96.02.19405-7, procedeu o executado à liquidação de seu débito.

O aludido depósito judicial, concernente ao objeto da presente execução, foi efetivado em 27-09-96, tão logo tomou conhecimento o executado através de mandado de execução (25-09-96), expedido pela 8ª Vara Cível, em cumprimento a carta precatória nos autos da ação de indenização de reparação de danos, promovida pelo exequente, na Comarca de Granja-CE.

Desta forma, não tem como prosperar o Mandado de Execução alusivo ao processo em referência (97.02.08539-0) - 32ª Vara Cível, porquanto ausentes estão os pressupostos capazes de validá-lo.

DO PEDIDO

Ante ao exposto e pelos motivos de fato e de direito acima elencados, assiste razão ao peticionante para postular a Vossa Excelência o que se segue:

1. Digne-se de reconhecer a preliminar argüida através da pré-executividade;
2. de julgar improcedente em seu teor a presente execução, considerando a inexistência de débito, vez que a obrigação foi cumprida, como bem demonstrado, em outra ação (proc. 96.02.19405-7 - 8ª Vara Cível), com a consequente desconstituição do Mandado de Execução de fls..
3. Caso Vossa Excelência entenda de instruir o feito, ad

argumentatum, protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente o depoimento pessoal do autor, oitiva de testemunhas, posterior juntada de documentos, tudo de logo requerido.

Termos em que aguarda deferimento.

Fortaleza, 25 de junho de 1997.

FRANCISCO JACINÊS GURGEL LUZ
ADVOGADO - OAB/CE 6348

ANTONIO AIRTON DO VALE MELO
ADVOGADO - OAB/CE 11073

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº 96.02.41807-9 (MANDADO DE SEGURANÇA)
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
AGRAVADA: ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/C

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, ente de direito público interno, por sua Procuradora e Estagiário "*in fine*" assinados, comparece à presença de Vossa Excelência, com o respeito e acatamento devidos, interpondo recurso de AGRAVO DE INSTRUMENTO contra decisão prolatada pelo M.M. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe impetrado por ERNST & YOUNG AUDITORES INDEPENDENTES S/C, figurando no polo passivo o Secretário de Finanças do Município, pelo que aduz e ao final requesta o que se segue:

I - DOS FATOS

Propôs Ernst & Young Auditores Independentes S/C Ação Mandamental com o fito de não pagar o Imposto Sobre Serviços - ISS de acordo com a Lei Municipal nº 7.852/95. Alegou, em síntese, a inconstitucionalidade da aludida lei, pois esta alterou o Código Tributário do Município, extinguindo o privilégio que gozava as sociedades de profissionais, o que, segundo a agravada contraria o Dec.-Lei nº 406/68.

O Secretário de Finanças do Município, ao prestar informações, demonstrou claramente que inconstitucional é dar tratamento diferenciado às sociedades de profissionais a que alude o Dec.-Lei nº 406/68, em detrimento do profissional liberal e das sociedades não arroladas nesse Decreto. Estes últimos pagam o ISS com base no preço do serviço prestado e mediante alíquota fixa, ao passo que as sociedades que gozavam do antigo privilégio pagavam tal tributo calculado em relação a cada profissional habilitado. Tal discrimen é incompatível com a CF/88, ferindo, sobretudo os princípios da igualdade e da capacidade contributiva. Mostrou, também, que a base de cálculo pretérita dessas sociedades exigia certos requisitos que, de plano, se vê a agravada não os preenche.

O douto julgador monocrático, a fls. 48, deferiu a liminar requerida, apenas porque, na sua ótica os fatos e os fundamentos do pedido "satisfazem os requisitos do 'fumus boni juris' e do 'periculum in mora', não fundamentando a sua decisão, o que contraria frontalmente a CF/88, art. 93, IX.

II - DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA - NULIDADE - AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS - CF/88, ART. 93, IX.

A necessidade de fundamentação exsurge modernamente como uma das garantias mais prementes do Estado de Direito. Negar aplicação a tal preceito é olvidar os mandamentos atinentes ao princípio constitucional da ampla defesa e obliterar toda a evolução jurídica como concretização de uma prestação jurisdicional mais equânime e racional.

O princípio da motivação das decisões judiciais encontra sede no Texto Magno, vez que o julgador tem a obrigação de fundamentar suas decisões, sobretudo para assegurar as partes que estão no processo o direito de saber como ele chegou a tal decisão. A Constituição cidadã é de uma clareza solar:

"Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observado os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;"

Torna-se ordem indelével a premência do arrazoado judicial atinente aos motivos de sua convicção na sentença. Não mais impera a arbitrariedade de antanho, quando a autoridade de um julgado se sustentava apenas e tão-somente na qualidade ostentada por seu prolator e na autoridade pura e simples de que se revestia.

Com a nova ordem constitucional o *decisum* sustenta-se no mundo jurídico em vista da perfunctoriedade e validade de seus argumentos e motivos, havendo uma vinculação inarredável a tais balizamentos, vingando uma nova ordem legal em que o Estado não mais se satisfaz na prestação de sua tutela jurisdicional com ordens judiciais, mas com razões judiciais que utilizam o mandamento judicial como meio de expressão e concretização de justiça, de modo a contrastá-la reiteradamente com o ordenamento que a legitima.

Despido de arrazoado macula o pronunciamento judicial o interesse da próprio Estado, pois estará ele impossibilitado de corrigir qualquer injustiça ou abuso, porque não haverá o que examinar. Qualquer lesão ficará obnubilada pelo véu de omissão aposto pela autoridade judicial ao não declinar os motivos de seu convencimento, mascarando qualquer

equivoco e desacerto negando um dos corolários umbilicalmente ínsitos ao princípio da tutela jurisdicional.

O eminente Ministro Nélson Nery, em sua já clássica obra "*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*" dispõe *in verbis*:

"Outro fato comum, que ocorre amiúde no foro, é a ausência de motivação das decisões concessivas ou denegatórias de liminar, em Mandado de Segurança, cautelares, possessórias e ações civis públicas. A locução "presentes os pressupostos legais concedo a liminar" ou, por outra, "ausentes os pressupostos legais, denego a liminar", são exemplos típicos do vício aqui apontado. O Ministro, Desembargador ou Juiz TEM NECESSARIAMENTE DE DIZER PORQUE ENTENDEU PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO OU DENEGACÃO DA LIMINAR, ISTO É, DEVERÁ INGRESSAR NO EXAME DA SITUAÇÃO CONCRETA POSTA A SUA DECISÃO, E NÃO LIMITAR-SE A REPETIR OS TERMOS DA LEI SEM DAR QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO DE FATO OU DE DIREITO, ESSAS DECISÕES INFELIZMENTE TEM PROLIFERADOS NO FORO BRASILEIRO, SEM O MENOR CONSTRANGIMENTO DE ALGUNS MAGISTRADOS DE AFRONTAREM TEXTO EXPRESSO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (Ob. Cit., loc. cit. Ed. RT, SP, 1992, p. 158). (Grifos nossos)

O mesmo autor expõe com o mesmo acerto irrefutável seu entendimento em momento posterior, *ad litteram*:

" Interessante observar que normalmente a Constituição não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade." (Ob. cit., loc. Cit., p. 57). (Grifos nossos).

Os foros pátrios já se encontram cômicos desta conjuntura que lhes é imposta a bem do próprio Estado de Direito Democrático e já expuseram seu parecer abalizado expurgando qualquer dúvida porventura restante sobre esta matéria, "*ad verbis*":

" Acorda a 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de

Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de seus membros, em dar provimento ao recurso para revogar em definitivo a liminar concedida em favor de Maria Auristela Nascimento Barbosa e já obstada provisoriamente mediante liminar deferida nos autos do mandado de Segurança n° 0002578-0.

EMENTA: Liminar Concedida contra atos do Poder Público. A jurisprudência pátria já se firmou quanto EXIGÊNCIA DE SÓLIDA FUNDAMENTAÇÃO NA CONCESSÃO DE LIMINARES, DISPONDO, INCLUSIVE, QUE NÃO É SUFICIENTE A SIMPLES MENÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS DO FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA, SOB PENA DE RESTAR VIOLADO O DISPOSTO NO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMAIS DISSO, A LEI N° 8437/92 PROÍBE A CONCESSÃO DE LIMINARES INAUDITA ALTERA PARTS CONTRA ATOS DO PODER PÚBLICO, RECURSO PROVIDO. (In Diário da Justiça do Estado n° 16.802 (Parte II), Fortaleza, Ceará, 30 de maio de 1996, p. 22, cópia anexa.)

Patente, pois, é o interesse do Município de Fortaleza pelo provimento que passa a requerer, vênias, porquanto não houve o devido exame da matéria alegada, sendo a impetração em baila totalmente descabida. Tal afirmação decorre do fato de haver explicitamente no caso *sub oculis*, **MATÉRIA DE FATO**, demandando outrossim, a produção de provas, incabível na via mandamental.

Considerando que nos termos do próprio Texto Magno tal liminar *ipso jure* nulo, nos termos do art. 93, IX, da Lei das Leis. A se adotar solução adversa, macular-se-iam os termos expressos da Carta Política, abrindo-se odioso precedente que daria vazão a arbitrariedade e abusos que devem ser repelidos pelo órgão estatal incumbido precipuamente de tal mister, qual seja, o Poder Judiciário, no exercício de seus afazeres orgânicos.

III - ISS - SOCIEDADE CIVIL POR COTAS - TRATAMENTO DIFERENCIADO - IMPOSSIBILIDADE - INFRINGÊNCIA A IGUALDADE TRIBUTÁRIA.

O tratamento pleiteado pela agravada, isto é, diferenciado dos demais contribuintes do ISS, que pagam o referido tributo tomando-se por base de cálculo o preço do serviço, é impossível de ser concedido à luz da CF/88, legislação municipal, jurisprudência e da melhor doutrina.

Alega a ora agravada que a Lei Municipal n° 7.853/95 é

inconstitucional por dispor em seu art. 2° que o ISS das sociedades de profissionais será calculado tomando-se por base o preço do serviço.

Data venia, inconstitucional é dar tratamento privilegiado a uma grade empresa que tem filiais espalhadas por todo o país, mormente nas principais capitais, como mostra o seu contrato social, a fl. 22, Cláusula 2°, Parágrafo Único segundo o qual são 11 (onze) filiais, o que já é o suficiente para descaracterizar as sociedades a que se referia do DL n° 406/68.

Em decisão da 3ª Câmara Cível do TAPR, foram considerados inconstitucionais os §§ 1° e 2° do art. 9° do Dec.-Lei n° 406 de 31 de dezembro de 1968 e o artigo da Lei do Município de Curitiba, que versa sobre ISS dando privilégio a algumas classe de profissionais, em prejuízo de outras. Pede-se vênias para transcrever na íntegra o acórdão:

"ISS - SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS - BASE DE CÁLCULO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE TRIBUTÁRIA - INFRINGÊNCIA.

Imposto Sobre Serviços (ISS) - Sociedade de profissionais - base de cálculo - tributação pelo regime diferenciado previsto nos §§ 1° e 3° do art. 9° do Decreto-Lei Federal N° 406/68 e art. 6°, § 2°, da Lei Municipal n° 6.203/80 - Infringência ao princípio da igualdade tributária - Apelação desprovida. A legislação infraconstitucional, federal e municipal, que estabelece tratamento privilegiado para as sociedade de profissionais, permitindo a cobrança anual do ISS pelo regime de alíquotas fixas ou variáveis, conforme o número de profissionais que as integram, é INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 150 DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, que expressamente vedou à União, Estados e Municípios: 'instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos'. Deste modo, tais dispositivos legais NÃO FORAM RECEPCIONADOS PELA ATUAL CARTA POLÍTICA DO PAÍS E, A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL, PERDERAM SUA EFICÁCIA JURÍDICA, permanecendo válidas, entretanto, as demais disposições legais que estabelecem tratamento isonômico a todos os

contribuintes, TENDO POR BASE DE CÁLCULO DO ISS O PREÇO DO SERVIÇO PRESTADO (art. 9º, 'caput', do Decreto-Lei Federal nº 406/88 e seu correlato da Lei Municipal). (Ac 5.511, 3ª CC., Rel. Juiz Domingos Ramina). Recurso desprovido." (ac da 3ª C Civ do TA PR - MV - AC 65.200-8 - Rel. Juiz Ivan Bortelo - j. 20.12.94 - Aptes.: Escritório Professor João Régis F. Teixeira, Sociedade de Advogados e outra; Apdo.: Município de Curitiba - DJ PR 17.03.95, p. 46 - Ementa oficial). (IOB - JURISPRUDÊNCIA Nº 9/95, p. 156).

Comunga desse mesmo entendimento o STJ, aduzindo que "o advento da nova Constituição derogou o Decreto-Lei 406/68, bem como a Lei Municipal que regulamentou a matéria, que continuaram em vigor, escoimando dos bojos os privilégios estabelecidos em detrimento dos Municípios." (RE nº 95.726, relator ministro José Delgado - Oftalmocenter Clínica e Cirurgia de Olhos S/C LTDA x Município de Curitiba, publicado no DJ do da 31.10.96, seção I, p. 42.125). Despacho na íntegra em anexo.

Também o Município do Rio de Janeiro acabou com essa injustiça, como não poderia ser diferente, e a nova Lei determinou o recolhimento do ISS com base de cálculo vinculada ao preço do serviço.

Tal modificação mereceu aplauso do ilustre doutrinador Walter Gaspar:

"A Lei 2.080/93 revogou esse artigo 29 do CTM-RJ, o que implica lançar a chamada sociedade uniprofissional na regra geral que determina o recolhimento do ISS, tomando por **BASE DE CÁLCULO O PREÇO DO SERVIÇO, OU SEJA, O TOTAL DA RECEITA.**

Logo, no Município do Rio de Janeiro, um escritório de advocacia, com três advogados, empregando, p. ex. cinco funcionários, deverá pagar o ISS de 5% sobre a receita auferida. QUALQUER SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS LIBERAIS DEVERÁ PAGAR ISS. DESSA MANEIRA, O QUE IMPLICA SUBSTANCIAL MUDANÇA EM RELAÇÃO À SISTEMÁTICA ANTERIOR.

Entende o fisco que o pagamento do ISS pelas sociedades uniprofissionais por quantia fixa e com base na 'natureza do serviço' IMPLICAVA UM TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONTRIBUINTES COM SITUAÇÃO EQUIVALENTE (SOCIEDADE

UNIPROFISSIONAL E EMPRESA DE PROFISSIONAIS LIBERAIS).

A FUNDAMENTAÇÃO É A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO:

'Art. 150. (...) é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...).

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos/.

É O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA, O QUE DETERMINA O MESMO TRATAMENTO PARA ESSES DOIS TIPOS DE EMPRESAS, OU SEJA, AS EMPRESAS FORMADAS POR PROFISSIONAIS LIBERAIS COM A MESMA QUALIFICAÇÃO E OUTRAS EMPRESAS. O TRATAMENTO TEM QUE SER ISONÔMICO. SE FOR DESIGUAL, É INCONSTITUCIONAL." (In ISS - Teoria e Prática, p.100). Destacou-se.

Mesmo que se admitisse que os §§ 1º e 3º do art. 9º do Dec.-Lei Nº 406/68 ainda encontram fundamento de validade na Constituição Federal, basta uma simples leitura desses dispositivos para constatar que a agravada não preenche os requisitos por eles exigidos para gozar de tratamento privilegiado. Veja-se, então, o que rezam, "in verbis":

"Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§1º Quando se tratar de prestação de serviço sob a forma de tratamento pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

§2º (...)

§3º Quanto aos serviços a que se referem os itens 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12 e 17 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do §1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, EMBORA ASSUMINDO RESPONSABILIDADE PESSOAL, nos termos da lei aplicável." (Destacou-se).

Do texto legal, podemos extrair os seguintes pressupostos:

a) Prestação do serviço imaterial pelo próprio profissional que é o contribuinte do imposto. A sociedade uniprofissional, que reclama por menores custos, obriga o próprio profissional - no caso o contribuinte direto do imposto - a prestar diretamente o serviço e não indiretamente por empregados por ela contratados. Não existe nos autos prova inequívoca da prestação direta do serviço pelo contribuinte, e com tantas filiais parece que é impossível não lançar mão de empregados, o que descaracteriza, de plano, o antigo benefício.

b) A responsabilidade do profissional é PESSOAL. O aludido Decreto-Lei, além de exigir que o profissional seja habilitado para o exercício da profissão, exige, também, que este profissional se responsabilize pelos seus atos e não é o caso dos autos.

Contrário a esse segundo requisito é o próprio Contrato Social anexado aos autos (vide cópia em anexo), onde se lê com clareza solar que a responsabilidade dos sócios não é pessoal, mas limitada à importância do capital social, posto tratar-se de sociedade por cotas. Diz a cláusula sétima, "ad verbis":

"Cláusula 7ª - A sociedade responsabilizar-se-á pela reparação de dano que causar a terceiros por culpa ou dolo no exercício da atividade profissional, e os sócios responderão solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais DEPOIS DE ESGOTADOS OS BENS DA SOCIEDADE.

Parágrafo único: Sem prejuízo do disposto nesta cláusula, A RESPONSABILIDADE E OBRIGAÇÕES SERÃO ASSUMIDAS PELOS SÓCIOS ENTRE SI, NA MESMA PROPORÇÃO DAS QUOTAS QUE POSSUÍREM NA SOCIEDADE.

IV - DO PEDIDO

Ante o exposto, fica demonstrado que a decisão constante dos autos padece de nulidade, por ser desprovida de fundamentação além de estarem ausentes os requisitos indispensáveis à concessão de liminar. Destarte, não se cogita falar em "*fumus boni juris*" vez que a pretensão da agravada é contrária à Constituição e à Lei Municipal que trata da cobrança do ISS. Se à agravada ela não assiste o direito do privilégio requerido, do mesmo modo não há o "*periculum in mora*". Assim, pede-se:

1) O conhecimento e o provimento do presente recurso para o fim de ser revogada a decisão agravada, na forma do art.93, IX da Constituição Federal e pela ausência dos requisitos por lei exigidos para a concessão da liminar.

2) Requer, ainda, a intimação da agravada para responder no prazo de lei e, empós ultimadas as providências de estilo, seja ouvido o representante do Ministério Público, processando-se o recurso ora interposto, segundo os preceitos legais que regem a espécie.

P. Deferimento.

Fortaleza, 06 de fevereiro de 1997.

Seguem o nome e o endereço dos advogados constantes do processo:

Advogado da agravada:

Dr. RAUL M. L. CAVALCANTI

Endereço: Rua Dr. Pedro Borges, 20

Ed. Centro Empresarial Clóvis Rolim, salas 707/708

Fortaleza - CE.

Procuradora do Município:

Dra. YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES

Endereço: Av. Santos Dumont, 5335 - 11º Andar

Ed. Planalto Center, Papicu

Fortaleza -CE.

Rol de documentos:

01. Decisão agravada (fls. 48);
02. Certidão de intimação da decisão agravada (fls. 49);
03. Procuração outorgada ao advogado da agravada e posterior substabelecimento (fls. 16 e 17);
04. Ato de posse da Procuradora Fiscal do Agravante;
05. Cópia de julgado do TJCE;
06. Cópia de julgado do STJ;
07. Contrato social da agravada.

YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES
Procuradora do Município

JOSÉ CARVALHO DE ARAGÃO NETO
Estagiário.

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA
6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.**

PROCESSO 96.02.33049-0 (412/96)
AÇÃO CAUTELAR INOMINADA
 AUTOR: LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA.
 RÉUS: MUNICÍPIO DE FORTALEZA E INSTITUTO DE
 PLANEJAMENTO DO MUNICÍPIO - IPLAM.

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, através de sua Procuradoria Geral com sede nesta urbe, na avenida Santos Dumont, 5335, sala 715, por seu procurador que a presente subscreve (art. 12, inc. II do CPC), e o **INSTITUTO DE PLANEJAMENTO DO MUNICÍPIO - IPLAM** Autarquia municipal, com personalidade jurídica, sediada nesta cidade, na rua São José, 11, Centro, por meio de seus judiciais patronos devidamente qualificados no instrumento procuratório anexo, vêm, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Exa. **CONTESTAR** a presente **AÇÃO CAUTELAR INOMINADA**, movida por **Lastro Representações LTDA** perante esse juízo, através do processo em epígrafe, de conformidade com os fatos, motivos, fundamentos jurídicos subsequentes:

**PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA
LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA**

"Estará legitimado o autor quando for possível ser titular do direito pretendido", ensina o renomado jurista Arruda Alvim.

A legitimidade caberá aos titulares dos interesses em conflito.

A Lastro Representações Ltda. figura no pólo ativo da lide, na condição de autora e requer o funcionamento da loja **TEND TUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA**.

As duas sociedades comerciais acima nomeadas são absolutamente autônomas, inexistindo efetivamente legitimidade ativa da autora, pois não é dela a titularidade da *actio*.

O artigo 267, VI, da Lei Adjetiva Civil dispõe sobre a extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando não ocorre quaisquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

O processo como relação jurídica obriga requisitos ou pressupostos para se formar e desenvolver validamente. A falta de pressupostos pode verificar-se logo no início da relação processual, porém, não havendo preclusão temporal para a matéria de pressupostos do processo e condições

da ação, é que se requer neste momento a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Os pressupostos processuais são requisitos de ordem pública que condicionam a legitimidade do exercício da jurisdição.

A ausência de condições da ação proíbem a tramitação deste processo, tendo em vista que a LASTRO está pleiteando pretensão alheia.

A legitimação posta é esdrúxula pois não é ordinária nem extraordinária e não deriva do nexo entre o sujeito, a necessidade e o bem objeto do pedido.

Não se pode admitir que tal pretensão seja vitoriosa, o que, em acontecendo, abrirá grande precedente para distorcer o entendimento e o resguardo de interesses individuais.

Isto posto, resta patente a ausência de capacidade processual da LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA, parte ilegítima *ad processum*, pelo que espera os contestantes seja acolhida a preliminar suscitada, para extinguir o feito sem apreciação de seu mérito, com espeque no art.267, VI, do Cód. de Processo Civil.

Acaso transposta a preliminar acima argüida, o que não se espera, passemos, pelo mero deleite da discussão as argumentações de FATO E DE DIREITO, a seguir:

DOS FATOS

A Lastro Representações LTDA. protocolou junto à SPLAN o processo administrativo 22.579/91 no qual pleiteava aprovação, em caráter de consulta prévia, de projeto de Shopping, em terreno de área igual a 10.192,60 metros quadrados, integrante de uma gleba não loteada de 52.183,83 metros quadrados.

O referido projeto, denominado de Shopping Salinas inicialmente recebeu apreciação prévia da SPLAN, constituindo-se na ocupação de parte de uma gleba por um empreendimento enquadrado como Comércio Varejista Diversificado - CD, com área construída de 2.976,00 metros quadrados. A citada gleba tem seu registro no Cartório da 1ª Zona, sob a matrícula 51.608 e pertence a LASTRO REPRESENTAÇÕES LTDA.

Como já dito, o terreno supra referido integra uma gleba de 52.183,83 metros quadrados que não fora objeto de loteamento.

A SPLAN obriga-se a encaminhar ao IPLAM os requerimentos contendo área superior a 10.000,00 metros quadrados não oriundo de loteamento.

Por seu turno, o IPLAM pronunciou-se pela exigência de parcelamento do solo e emitiu diretrizes.

De volta à SPLAN, o processo foi submetido à apreciação de sua assessoria jurídica, que por sua vez, não se pronunciou pela aprovação do

projeto, embora o parecer tenha sido interpretado como se tivesse sido aprovado, senão vejamos:

"omissis.....

No caso, verificando-se a documentação de propriedade e a planta de situação, inexistiu subdivisão de gleba, razão porque não está caracterizado desmembramento; não é o fato de a gleba possuir 10.000m² de área que implique em desmembramento do solo. Se o projeto apresenta utilização de gleba total não fica caracterizado desmembramento, prescindível portanto, doação." (grifos e negritos não constantes do original)

O parecer jurídico da SPLAN foi claro quanto a aprovação, se o projeto utilizasse a gleba total. O projeto apresentou o uso de apenas parte da gleba, razão por que não restou aprovado.

A entidade competente para estabelecer diretrizes, vale dizer, o IPLAM, não teve sua orientação implementada. A área (gleba) não foi parcelada na forma preconizada pela lei regente.

Aos doze dias de maio do ano próximo passado a autora protocolou perante a SPLAN o processo 11.992/95, através do qual solicitava a construção de ampliação do aludido Shopping ocupando, desta vez parcelas de duas glebas, ou seja, parcela da gleba de matrícula 51.608, já citada, e parcela da gleba de matrícula 51.190 registrada no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona desta comarca em nome de MAX SHOPPING MATERIAS DE CONSTRUÇÕES LTDA. Por seu turno, o IPLAM, em seu parecer, exige novamente o parcelamento do solo tendo a SPLAN acatado o entendimento do Instituto de Planejamento do Município.

Inconformada e sem medir conseqüências, a autora aforou outro processo administrativo (4977/96 - SPLAN), em "estratégia" diferenciada, requerendo alteração do primeiro pleito (o que ingressou junto a SPLAN em 1991) tendo em vista que o processo 11.992/95 obteve parecer desfavorável do IPLAM e SPLAN.

A solicitação que gerou o processo 4977/96 descon siderava a diretriz do sistema viário local, definida pelo IPLAM.

A autora mostra, sem margens para dúvidas, a determinação em não parcelar o solo na forma da legislação em vigor, como adiante restará comprovado sob os fundamentos legais.

Ao IPLAM interessa o cumprimento das prescrições legais e, para garantir que faria a regularização do parcelamento acatou proposta de fiança ofertada, vale salientar, pela autora (vide processo administrativo 731/96 anexo, notadamente as fls. 02, 06 e 12 *usque* 16).

A fiança bancária (item 1.9. da exordial) é garantia resgatável. O

IPLAM precisava de uma certeza quanto ao cumprimento da legislação urbanística e negociou a possibilidade de sua existência ante a insistência da autora.

Como se constata de modo cristalino através dos documentos insertos no processo administrativo dantes referido, a malsinada fiança bancária jamais se perfectibilizou, tendo inclusive a autora consultado o IPLAM sobre eventuais alternativas, restando a resposta subscrita pelo Exmo. Sr. Superintendente do Instituto assim consignada, *in verbis*:

"Faço registro de sua correspondência de 13 de agosto de 1996, para informar-lhe que, lamentavelmente, fuge a competência do IPLAM apresentar alternativas à concessão de fiança bancária, oferecida por V. Sas. em carta de 05 de agosto passado. (fl. 05 do processo administrativo 731/96, anexo; negrito inovador).

A aludida garantia não passou de mais uma artimanha no fito de ludibriar o IPLAM.. A má fé é evidente caracterizando a presente lide como temerária.

No que concerne à emissão de alvará de funcionamento (item 1.10), pelo IPLAM, mais uma vez as palavras foram distorcidas.

Veja-se a própria transcrição constante da folha 04 da peça vestibular:

"funcionando a título provisório, dada a ausência de alvará de funcionamento."

Como já dito a fiança não foi perfectibilizada, portanto as conseqüências porventura dela advindas não se realizaram.

Já na fl. 05 do multicitado processo administrativo ficou vinculado à expedição do alvará, como sói acontecer, a regularização das pendências existentes concernentes à Legislação Urbana, junto à Prefeitura, senão vejamos:

"Faço referência à sua carta de 06 de agosto de 1996, para comunicar-lhe a concessão por este Instituto do prazo de 60 (sessenta) dias para que os empreendedores do "Salinas Casa Shopping" regularizem as pendências junto à prefeitura, conforme carta que recebemos e anexamos para conhecimento.

Neste prazo, a Loja Tend Tudo de propriedade de V. Sas., estará funcionando a título provisório, dada a ausência de alvará de funcionamento." (negrito não constante do original).

No que se refere às certidões solicitadas e à alegação da autora de que não obteve resposta, trata-se de inverdade. O IPLAM certificou o que fora requerido e deixou à disposição do requerente no protocolo do Instituto para ser entregue a interessada de forma absolutamente tempestiva.

O IPLAM não silenciou nem se omitiu, como afirma peremptoriamente a autora. Na verdade, nenhuma solicitação que é recebida é encaminhada direta e pessoalmente, ao solicitante. O procedimento vigente desde outrora é deixá-la à disposição do requerente que, no caso em tablado, não veio receber (vide fls. 21 e 22 do processo administrativo último citado).

O Instituto de Planejamento desta urbe não tem o que esconder, outrossim, *mutatis mutandis*, a autora não aceita ter que acatar a legislação pertinente e reitera como verdadeiro o que nunca ocorreu.

O IPLAM, em tempo algum acatou a desnecessidade de parcelamento do solo e de doação como afirma a autora no item 1.15. A autarquia municipal tem competência instituída por lei para determinar tais questões, o que a empresa desconsiderou em total desrespeito ao Município e a sua Autarquia.

No que pertine ao tipo de parcelamento alegado pela autora no item 1.17 de sua peça preambular, caberia à autora, em face do resguardo ao direito de propriedade, definir o tipo de parcelamento.

A proprietária pode apresentar diversas modalidades de parcelamento e cabe ao Município acatar ou propor novas diretrizes para o "APROVO" do Município e IPLAM.

O item 1.21 deixa firmado que os exemplos citados em comparativo não são compatíveis, haja vista que, para definir diretrizes, precisa-se conhecer a forma jurídica de como está situada a propriedade. No caso da UNIFOR, Centro de Convenções, Academia de Polícia Militar e o BEC, as matrículas não foram juntadas aos autos, portanto é impossível saber se foram objeto de loteamento, desmembramento ou qualquer outra espécie de parcelamento. Ademais, afirmando-se pelo mero prazer da discussão, jamais um erro poderia ser justificativa para efetivação de outro. Outro dado de extrema importância é que todas as construções foram erigidas sob a égide da legislação urbana anterior à hoje vigente, Lei Federal 6.766/79.

DO DIREITO

Tanto as glebas referentes à matrícula 51.608, como a 51.190 encontram-se localizadas em ZR1. Contudo, por ser a Av. Washington Soares via corredor de atividades, as glebas têm seu zoneamento como corredor de atividades em ZR1 até a profundidade de 66,00 metros, conforme a lei 5.122 A/79.

Assim, em tais glebas, até a profundidade de 250,00 metros o

terreno também poderá ser enquadrado como corredor de atividades em ZR1 até a profundidade de 66,00 metros, tudo de acordo com a Lei 5122 A/79.

Com referência a ultima gleba citada (matrícula 51.190) incide ainda sobre ela, em seu limite Sul, previsão de via corredor de atividades em ZR1 quando da abertura da via coletora do sistema viário básico.

O empreendimento em pauta tem seu enquadramento, conforme a Lei 5.122A/79 e complementares, na Categoria de Uso "Comércio Varejista Diversificado - CD", sendo caracterizado também como "Projeto Especial" por ter área de construção superior a 3.000,00 metros quadrados.

A categoria de uso CD em conformidade com os quadros de uso e ocupação constantes do anexo II da Lei 5.122A/79, é considerada ADEQUADA nos corredores de atividade ZR1 e INADEQUADA na Zona Residencial de Baixa Densidade - ZR1. Desta forma, a edificação onde se instalou a loja TENDTUDO, localizada em ZR1, distante da Av. Washington Soares mais que 250,00 metros, ou seja, sem direito à opção de troca de zona, tem seu uso considerado INADEQUADO.

Os padrões de ocupação para empreendimentos desta natureza, localizados em corredor de atividades em ZR1 são os seguintes:

Recuo de frente - 7,00m.

Recuo lateral - 3,00m, podendo, no pavimento térreo, encostar nas divisas laterais.

Recuo de fundos - 3,00m.

Taxa de Ocupação - 60%

Índice de Aproveitamento (IA) - 1,5

O empreendimento em questão, SEM CONSIDERAR A NÃO RESERVA DE ÁREAS PÚBLICAS PREVISTAS EM LEI, atende aos parâmetros retrofocados.

O projeto inicialmente apreciado pela SPLAN e que se refere apenas à GLEBA objeto da matrícula 51.608, de área similar a 52.183,83 metros quadrados, foi apresentado em seu QUADRO DE ÁREAS com as seguintes informações:

ÁREA DO TERRENO - 10.192,60M.

ÁREA CONSTRUÍDA - 2.976,00M.

TAXA DE OCUPAÇÃO - 29%

ÍNDICE DE APROVEITAMENTO - 0,2

Já o projeto de Construção em tramitação na PMF que trata da ampliação do Shopping Salinas e que se refere às GLEBAS objeto das matrículas 51.608 51.190, tendo esta última área igual a 56.936,32 metros quadrados, foi apresentado em seu QUADRO DE ÁREAS com os seguintes

dados:

ÁREA DO TERRENO - 42.950,48M

ÁREA CONSTRUÍDA - 12.718,70M.

TAXA DE OCUPAÇÃO - 29%

ÍNDICE DE APROVEITAMENTO - 0,29

Saliente-se que as plantas apresentadas caracterizam ocupação parcial das glebas restando, portanto, áreas remanescentes.

Convém salientar que, sobre as glebas incidem diretrizes de aberturas de vias locais e vias incidentes do sistema viário básico, previstas na Lei 5.806/84,* do conhecimento dos proprietários através dos pareceres exarados pelo IPLAM em diversos processos que tramitaram tanto no aludido Instituto como na SPLAN. Em suma ambos os projetos não atenderam as diretrizes de ordem técnica acima mencionada.

O que realmente a Lastro Representações LTDA. objetiva é o descumprimento de toda a legislação brasileira constitucional e infraconstitucional, com o intuito de não doar ao Município as áreas obrigatórias advindas de parcelamento da glebas.

A Carta Política Nacional determina em seu art. 182 *caput*, e parágrafo segundo o seguinte, *in verbis*:

"Art. 182 - 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.

Parágrafo segundo - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor." (grifos inovadores)

Já os arts. III e VIII, do art. 30 da citada Carta Constitucional, definem o que compete aos município, senão vejamos:

"Art. 30 - Compete aos Municípios:

III - Suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

VIII - Promover, no que couber adequado ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (grifos não constantes do original).

A Lei Federal que trata do Parcelamento Uso e Ocupação do Solo, de número 6.766, de 12 de dezembro de 1979, recepcionada pela Constituição

Federal, estabelece em seu art. segundo.

"Art. 2. - O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes".

Já a Lei Orgânica do Município de Fortaleza, seguindo determinação constitucional, no que atina a função social da propriedade, determinou em seu art. 151 o seguinte:

"Art. 151 - O poder público considerará que a propriedade cumpre sua função social, quando ela:"
omissis

"II - adaptar-se à política urbana no plano diretor."

As glebas não divididas (parceladas) por loteamento ou desmembramento precisam de aprovação da Prefeitura e de suas entidades competentes, para que os proprietários cumpram os requisitos preconizados na legislação vigente, quando forem utilizá-las.

A ingerência do Poder Público é essencial posto que a ordenação do solo é assunto peculiar do município. O controle da ocupação do solo visa garantir a cidade uma distribuição eqüitativa e funcional de densidade edilícia e populacional, assegurando o bem-estar da população.

O renomado mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, assim conclui:

"Em síntese, contudo, se pode afirmar com integral validade para o Brasil que constituem objetivos do regime urbanístico do solo : I - assegurar a reserva dos espaços necessários, em localizações adequadas, destinados a desenvolvimento das atividades urbanas; II - assegurar a concentração equilibrada de atividades e pessoas no território municipal, mediante controle de uso e do aproveitamento do solo; III - estimular e orientar o desenvolvimento urbano."

A multicitada lei 6.766/79 define em seu art. 2º, parágrafos 1º e 2º, duas modalidades de parcelamento do solo, senão vejamos:

Parágrafo primeiro - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Parágrafo segundo - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação,

com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes" (negritos não constantes do original).

Adiante, a referida Lei 6.766/79, em seu art. 4º define os requisitos aplicáveis ao parcelamento do solo, *in verbis*:

Art. 4. - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - As áreas destinadas a sistema de circulação, a implementação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba, ressalvado o disposto no parágrafo 1º deste artigo: Parágrafo primeiro - A percentagem de áreas públicas deste artigo não poderá ser inferior a 35% (trinta e cinco por cento) da gleba,.....

Parágrafo segundo - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares." (negritos e grifos inovadores).

Existe a obrigatoriedade de reserva de áreas públicas nas propostas de parcelamento e tais áreas passam ao domínio público municipal.

A doação ao município não é penalidade aplicada à proprietária. Trata-se de necessidade urbanística, mesmo porque, de que valeria o terreno se não tivesse acesso compatível com a densidade populacional? De que valeria um bairro com grandes glebas, sem que existisse equipamento urbano de saúde, lazer e educacional? ou mesmo uma selva de pedra sem áreas livres? Provavelmente, a desvalorização seria uma consequência lógica.

Seguindo a orientação de percentual mínimo de 35% (trinta e cinco por cento), inserto na referida Lei Federal 6.766/79, de doação ao município, a Lei Municipal 5.122/79, alterada pela Lei também Municipal 6.543/89, em seu art. 12, estabeleceu o percentual de 45% (quarenta e cinco) por cento de doação de área institucional, verde, sistema viário e fundo de terra, este para construção de habitação popular.

Não se pode olvidar que o percentual de doação só ocorrerá em gleba que não tenha sido objeto de parcelamento, como a aqui tratada.

Um órgão de planejamento que trabalha com perspectivas e estatísticas jamais poderia deixar incólume uma ilegalidade como a que se apresenta, sem uma solução adequada emanada dos princípios constitucionais que regem a administração pública.

Resumindo, podemos dizer que, para promover o ordenamento territorial, o município editou a lei do plano diretor e a lei do zoneamento, que estabelece os usos permitidos, tolerados ou proibidos para determinada área. Editou, ainda, normas sobre o parcelamento do solo, contendo regras sobre loteamentos, desmembramentos e desdobramentos de glebas ou de lotes; o código de obras e posturas, com limitações ao direito de construir e etc., tudo isso com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A função Social da Propriedade não é nenhuma utopia ou romantismo jurídico, pois disciplina e ordena o uso de quem já é proprietário. Na verdade, garante o comportamento social dos administrados e satisfaz as exigências da comunidade.

A propriedade não é mais absoluta como no feudalismo e a cidade exige limitações. O uso da propriedade há de contribuir para o bem da coletividade.

A Carta Magna Nacional, no inciso XXIII, do art. quinto, declara expressamente que a propriedade atenderá a sua função social. Assim, a propriedade está destinada a uma missão social que necessariamente terá de exercer, independentemente da vontade do seu titular.

Além do dispositivo Constitucional acima referido, há ainda referência à função social da propriedade no art. 156, parágrafo primeiro; art. 170, inciso III; art. 182 e 184.

O Plano Diretor de Fortaleza, estabelecido pela Lei 7.061/92, em seu artigo quinto, assegura o cumprimento das diretrizes gerais da política urbana sem prejuízo de outros instrumentos previstos na legislação municipal, inclusive a reserva de áreas para utilização pública.

Ademais constitui-se crime contra a Administração Pública (art. 50, I, da lei 6.766/79) dar início de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento sem autorização do órgão competente, ou em desacordo com as disposições desta lei. A pena é de reclusão.

DO PEDIDO

Ex positis, demonstrado *ad nauseam* a impertinência jurídica da peça proemial e confiante no largo discernimento desse emérito juízo, requer os contestantes a V. Exa. se digne de suspender imediatamente a liminar concedida e, *in fine*, seja a ação julgada improcedente, com a conseqüente condenação da autora nos ônus sucumbências.

São termos em que;
Pede e espera deferimento.

Fortaleza, 07 de novembro de 1996.

MARCELO DE ARRUDA BEZERRA
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

* Doc. anexados:

PROCURAÇÃO (doc.01)

PARECER TÉCNICO DO DEPARTAMENTO FÍSICO TERRITORIAL -
DEPAT, DO IPLAM (doc. 02)

PROCESSO ADMINISTRATIVO 731/96 IPLAM (doc. 03)

LEI 7061/92 (APROVA O PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO
URBANO DE FORTALEZA - PDDU-FORT. E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS),
(doc.04)

PARTE DA LEI 5.122-A/79 (doc.05)

DECRETO 9476 DE 17 DE AGOSTO DE 1994 (doc.06)

PLANTA DA CIDADE (DOC.07)

Data supra

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ.**

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

**(CONCEDIDA NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA
96.02.26026-2 - 6ª. VARA DA FAZENDA PÚBLICA)**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, vem, com o devido respeito, através de seu procurador que esta subscreve, apresentar o presente pedido de suspensão de medida liminar, concedida nos autos do processo em epígrafe, fazendo expor as suas razões e fundamentos de fato e de direito:

Nos termos do que dispõe o art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.64, a competência para processar e julgar o presente pedido é do Presidente do Tribunal de Justiça que caberá conhecer do recurso da decisão de mérito. Tratando a espécie de processo em tramitação na 6ª Vara da Fazenda Pública, cuja decisão está sujeita a recurso para esse egrégio Tribunal, firma-se a competência para processar e julgar o presente pedido.

A suspensão de medida liminar é plausível quando interesse público for por ela transgredido ou ameaçado, para que restem preservados a ordem legal e o bem coletivo, nos moldes de reiterados arestos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo:

**"CONCESSÃO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA -
ART. 297 DO REGIMENTO INTERNO:**

A medida excepcional é cabível para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia pública, não somente nos casos em que se verificam os atentados aos altos valores protegidos pela norma, como naqueles casos em que o cumprimento imediato do julgado ou da liminar pode ferir ou ameaçar os interesses superiores legalmente protegido.

Agravo Regimental Improvido".

(Revista Trimestral de Jurisprudência- Vol. 118, pág.861)

Trata a espécie de liminar concedida em mandado de segurança impetrado pela Imobiliária C. Rolim Ltda., em que, alegando e tão somente alegando, a suposta inexistência de lei reguladora de estacionamentos nesta Capital, se lança em temerária aventura judiciária, para se eximir da

obrigação de funcionar regularmente, com o devido alvará.

A medida concedida *in limine*, da forma como foi requerida, remete à indesejável situação de descumprimento de norma legal, além de ferir o princípio da isonomia, consagrado constitucionalmente, porque estabelece uma verdadeira isenção em favor da impetrante no que concerne ao respeito que devem todos à aplicação da LEI.

Com o *mandamus* requer a impetrante a proteção em favor de três estabelecimentos de estacionamento que funcionam em locais distintos, vale consignar: 1) Na Rua Assunção, 64 2) Na Rua Sena Madureira, 945 e 3) Av. Tristão Gonçalves, 290. Todos localizados no nosso CAÓTICO centro comercial de FORTALEZA. Depois de expor as suas razões, fulmina com o pedido, *in verbis*:

"ad instar do que dispõe o art. 7º, II, da Lei 1.533/51, requerem, *inaudita altera pars* - lhes seja concedida a MEDIDA LIMINAR PARA DETERMINAR A AUTORIDADE COATORA QUE SE ABSTENHA DE LAVRAR AUTOS DE INFRAÇÃO E MULTAS À IMPETRANTE PELA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS NA PRESENTE".
(O destaque não é destas razões).

Assim, por outras palavras, o pedido é para que nos três locais distintos, em que a impetrante explora a atividade de estacionamento de veículos se estabeleça uma inconcebível ÁREA DE LIVRE ATIVIDADE, onde poder público municipal não poderá exercer seu legítimo e, no caso impostergável, poder/dever de polícia.

Certamente, a elaboração das fundamentações e o juízo de convencimento da respeitável decisão foram desvirtuados pela habilidade na propositura e em decorrência das distorções de aspectos de fato que envolvem a questão.

Em primeiro lugar há de destacar-se que as multas aplicadas pela Prefeitura foram, todas elas, contra o irregular funcionamento de um único estabelecimento, vale dizer, o localizado na Rua Sena Madureira, 290. A habilidade da impetrante consiste exatamente no fato de que fez incluir no *mandamus* o pedido de proteção em favor de outros dois estacionamentos, como se demonstrou. Obteve, com a manobra, a "isenção" de fiscalização em favor de outros estabelecimentos...

Por segundo, e não menos importante, a impetrante, no afã de alcançar seu objetivo, incluiu como prova de suposta ilegalidade sofrida, a cópia de auto de infração 65981, aplicada contra a irregular e clandestina realização de propaganda, o que refoge de tudo o que foi alegado, pois que

se insurgiu insistente e exclusivamente contra aplicações de multas pela ausência de alvará e trouxe, como tentativa de prova, auto de infração de natureza absolutamente diversa.

Pode se deduzir das provas trazidas pela própria impetrante que explora ela três "estacionamentos" no centro comercial da cidade, sem contar com o indispensável alvará de funcionamento, e que aproveita esses espaços físicos para realizar propagandas clandestinas, ao arrepiro da lei e da fiscalização da Prefeitura.

Sem embargos das distorções demonstradas e que estão provadas nos autos por meio da documentação que instruiu a exordial, este mandado de segurança está fundamentado em dois pressupostos equivocados:

I - Que seriam ilegais as multas porque a Prefeitura teria negado a expedição dos alvarás de funcionamento dos estacionamentos.

II - E, principalmente, porque, na ótica da impetrante, não existiria no ordenamento jurídico legislação regulamentadora da atividade explorada. Razão pela qual sustenta as suas razões numa suposta infringência ao princípio da legalidade.

Quanto ao primeiro pressuposto, por mais que se procure não se encontra um único documento que faça a prova de que a impetrante tenha apresentado um pedido de alvará para fazer funcionar os seus "estacionamentos". Assim, comparece em sede de mandado de segurança, alegando, e tão somente alegando, um suposto abuso de autoridade, sem, contudo, trazer um indício de prova. Esta ausência macula, de já, a incipiente comprovação de plausibilidade porque não é dado a ninguém pensar em segurança sem provar o abuso. Restaria trazer prova de uma possível ilegalidade.

Quando se esforça em demonstrar a suposta ilegalidade, a impetrante formula um argumento desassociado da realidade, qual seja, o de que não existiria, no ordenamento jurídico, lei reguladora. Em verdade, a Lei Municipal nº 5.122 - A, de 13 de março de 1979, dedica todo o capítulo VI à regulamentação da matéria. Do art. 35 até o art. 52, estão LEGALMENTE estabelecidas as condições objetivas para a aquisição do alvará. Via mandado de segurança e servindo-se do Poder Judiciário, a impetrante tenta fazer morta a regra legal, sob um simplório e absurdo argumento de que não existiria a LEI.

Uma vez que a impetrante faz da alegação do princípio legal, aquele segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o seu mais forte e determinado argumento da ação, pondera a Prefeitura a necessidade de se considerar dois outros princípios:

O de que não é possível descumprir LEI, sob o pálio de desconhecê-la, se é que a impetrante não a conhecesse e, o mais democrático de todos os

cânones constitucionais em razão do qual PERANTE A LEI SOMOS TODOS IGUAIS, porque objetivamente, o que pretende a autora do *mandamus* é, tentando marcar a sua suposta diferença, eximir-se da regra legal.

Para que fosse possível demonstrar a ausência de *fumus boni juris*, estas razões trouxeram aspectos de ordem fática e ponderações de mérito sem as quais não se reuniriam condições de justa avaliação. Contudo, a par do que se demonstrou, torna-se manifesta a necessidade de suspender a medida liminar por razões jurídicas diversas e consistentes.

Processualmente, a manutenção da liminar encerra situação contrária a reiterados e consagrados entendimentos doutrinários que rechaçam a utilização de liminares para proveito inidôneo. E o que ocorre, na espécie, é que, ao determinar que a autoridade se abstenha de lavrar autos de infração e multas, a r. decisão, afetada pela hábil e distorcida impetração, retira do Poder Municipal o dever de fiscalizar e punir eventuais abusos, assim como submete os atos administrativos / vinculados a mérito judiciário que, *data vênia*, não merece acolhimento nem se harmoniza com as regras que norteiam o direito administrativo. Possibilita, por assim dizer, o INDEVIDO PROVEITO em favor da impetrante, ferindo o equilíbrio processual.

Não se pode olvidar, ainda que fosse jurídica e processualmente perfeita, que liminar desta natureza traga repercussão intensa, capaz de provocar grave lesão à ordem. Basta atentar que proliferam, indiscriminadamente, por quase todos os recantos do centro comercial da cidade, estes "estacionamentos". Consequência prática é que se tornou quase insuportável o exercício de transitar com veículos na área central. Caso se retire da Prefeitura a possibilidade de fiscalizar, não é difícil prever o verdadeiro caos, em prejuízo não só dos proprietários e usuários de automóveis, como também de pedestres e da comunidade em geral.

Porque ausente o pressuposto de *fumus boni juris*, porque a liminar foi concedida mediante as distorções de fatos da forma demonstrada, e principalmente porque a manutenção da medida, além de contrariar o melhor direito e estabelecer uma inconcebível RESERVA DE PRIVILÉGIO em favor da impetrante, abre perigoso precedente capaz de afetar a ordem pública; espera a requerente, contando com o providente e preclaro discernimento de V. Exa., sejam suspensos os efeitos da medida liminar concedida, restabelecendo para a Prefeitura, o poder de polícia que, na circunstância, se reveste na realidade, em OBRIGAÇÃO, para que restem preservados os direitos e interesses da comunidade.

Fortaleza, 23 de janeiro de 1997

STEFENSON PINHEIRO DA SILVA
PROCURADOR MUNICIPAL

Procuradoria Geral
do Município
BIBLIOTECA