

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

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

**Fortaleza (CE) - 2000
Ano 8 - Volume 8**

SUMÁRIO

1 - APRESENTAÇÃO

2 - ARTIGOS

- 2.1 – TUTELA JUDICIAL CAUTELAR SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
Hugo de Brito Machado 17
- 2.2 – A FUNÇÃO JURISDICIONAL CIVIL E A POSSIBILIDADE DE DANOS AOS PARTICULARES
Marcelo Sampaio Siqueira 29
- 2.3 – RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz 41
- 2.4 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO MUNICIPAL Nº 9321 DE 08 DE FEVEREIRO DE 1994, DISCIPLINADOR DOS TRÂMITES DOS PEDIDOS DE DISPENSAS E INEXIGIBILIDADE DE LICITRAÇÃO
Maria Carneiro Sanford 53
- 2.5 – REFORMA PREVIDENCIÁRIA
Francisca Gláucia Carvalho Pontes Lima 61
- 2.6 – AS NOVAS REGRAS DAS APOSENTADORIAS E DAS PENSÕES NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO
Eduardo Rocha Dias 71
- 2.7 – “LEX MERCATORIA” E CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS
João Luis Nogueira Matias 101
- 2.8 – AÇÃO RECISÓRIA
José Helvesley Alves 113
- 2.9 – A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO
Evanna Soares 123
- 2.10 – O DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E A JUSTA CAUSA NA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO
Niliane Meira Lima 183

2.11 – DA POSSIBILIDADE E IMPORTÂNCIA DE ELABORAÇÃO PELOS MUNICÍPIOS DE SUAS RESPECTIVAS LEIS DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO Clarissa Sampaio Silva	201
2.12 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE Glêdison Marques Fernandes	209
2.13 – APÓLICE DA DÍVIDA PÚBLICA INTERNA FUNDADA FEDERAL EMITIDAS ENTRE OS ANOS DE 1902 A 1940 Juliana Maria Borges Mamede	217
2.14 – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DIFÍCIL TAREFA DE JULGAR Walber Siqueira Vieira	235
2.15 – DA INCOSTITUCIONALIDADE MATERIAL DAS MEDIDAS RECESSIVAS FACE AO PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO Leopoldo Fontenele Teixeira	241
2.16 – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ESCUTA TELEFÔNICA Inessa da Mota Linhares Vasconcelos	249
2.17 – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE Ingrid Barreira	259
2.18 – BREVE ANÁLISE DA CONFINS E DO PIS ANTE A LEI Nº 97181/98 Rodrigo Guilherme Ramalho	275

3 – PARECERES

3.1- DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL POR INVENTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO EXIGIR PERCENTUAL DE ÁREAS PÚBLICAS DEFINIDAS PARA OS LOTEAMENTOS, TENDO POR BASE ÁREA ORIGINÁRIA DA PARTILHA. Maria de Fátima Nóbrega de Araújo	291
3.2 – AJUSTE PARA PERMUTA. IMPOSSIBILIDADE MUNICIPAL DE COMPRIMENTO DE COMPROMISSO. TEORIA DA PREVISÃO. Francisco de Assis Mesquita Pinheiro	299

3.3 – INCIDÊNCIA DO ITBI SOBRE O VALOR VENAL DE CADA UNIDADE CONDOMINIAL Edvaldo Assunção e Silva	305
3.4 – SITUAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO TEMPORÁRIO. DIREITO À SAÚDE Manuela Lourenço Torquato	317
3.5 – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRORROGAÇÃO ADITIVADA FORA DO PRAZO EM CONTRATO PARA ENTREGA DE OBRA. ENTENDIMENTO INICIAL MODIFICADO. Martônio MontAlverne Barreto Lima	323
 4 – TRABALHOS FORENSES	
4.1 – AGRAVO REGIMENTAL – UNIMED Marcelo Melo Malta	335
4.2 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRAIA DE IRACEMA Rômulo Guilherme Leitão Maria de Fátima Nóbrega de Araújo José Soares de Sousa Neto	347



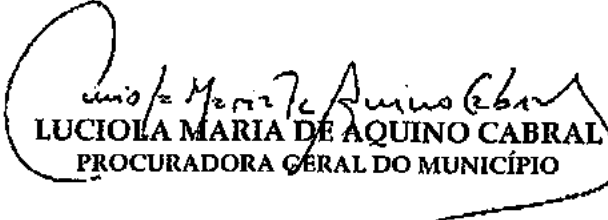
PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

APRESENTAÇÃO

Honra-me, na qualidade de Procuradora Geral do Município de Fortaleza, sobretudo por ser a primeira procuradora de carreira a ocupar tão relevante função, fazer publicar mais um volume da revista da PGM.

O sucesso desta publicação se deve também à valorosa participação dos autores dos trabalhos ora publicados, cuja qualidade é inegável.

Devo destacar que sem a valorosa colaboração do Centro de Estudos e Treinamento - CETREI desta Procuradoria e o apoio decisivo do Exmo. Sr. Prefeito Juraci Vieira Magalhães, a edição do 8º volume da revista ficaria inviabilizada.


LUCIOLA MARIA DE AQUINO CABRAL
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO

TUTELA JUDICIAL CAUTELAR SUSPENSIVA DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

HUGO DE BRITO MACHADO →

Professor Titular de Direito Tributário da UFC
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributário
Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

SUMÁRIO

1. Introdução
2. A tese restritiva
 - 2.1. Seu acolhimento em importantes julgados.
 - 2.2. O fundamento da tese restritiva
 - 2.3. Refutação da tese restritiva
3. A tutela jurisdicional cautelar no plano infra-constitucional
 - 3.1. A norma restritiva do CTN
 - 3.2. Natureza jurídica do CTN
 - 3.3. A norma do art. 151, IV do CTN
 - 3.4. O art. 585, § 1º do CPC e sua nova redação
4. Fundamento constitucional do direito à cautela
 - 4.1. Direito à jurisdição
 - 4.2. Eloqüente manifestação do STF
5. Provimentos de jurisdição cautelar
 - 5.1. Ação cautelar e medida liminar em matéria tributária
 - 5.2. Antecipação da tutela
 - 5.3. Cautelar em rescisória

1. INTRODUÇÃO

No plano doutrinário talvez ninguém mais cometa a insensatez de sustentar a prevalência do elemento literal, sobre os elementos sistêmico e teleológico, na interpretação das normas jurídicas.

A rigor, aliás, não se precisa de conhecimento jurídico para interpretar qualquer norma utilizando-se apenas o elemento literal. Basta conhecer a linguagem. Basta saber ler. E se para bem entender o Direito fosse suficiente saber ler, evidentemente fora de propósito seria o estudo do Direito. Seria suficiente alfabetizar-se. A absoluta insuficiência do elemento literal, todavia, pode ser facilmente demonstrada com um rol infinito de exemplos, posto que muitas palavras, ou frases, têm mais de um significado literal, como se pode ver em qualquer dicionário. Por isto é indispensável a busca do significado das normas jurídicas em algo que estando fora das palavras é utilizado para completá-las na tarefa de expressar as idéias.

Fala-se, é certo, de uma interpretação literal, entretanto, como nos ensinou o saudoso Mestre Geraldo Ataliba, "a chamada interpretação literal não é interpretação. É pressuposto da interpretação, pois é lendo que o intérprete se aproxima do texto, para - desenvolvendo acurada atividade científica - desvendar o conteúdo, sentido e alcance das normas contidas nos textos".¹⁸

Na doutrina jurídica de nossos dias certamente não mais se sustenta a suficiência do elemento literal. Na prática, porém, ainda é significativa a prevalência do literalismo, especialmente na jurisprudência. Alguns juizes ainda não se deram conta de que a letra é simplesmente um veículo de idéias, e a estas é que o jurista deve estar atento.

Esse apego ao elemento literal na tarefa interpretativa, somado à falta de consideração pelos elementos teleológico e sistêmico, responde por um sem número de equívocos e talvez seja responsável pela persistência da tese segundo a qual a medida liminar em mandado de segurança é a única espécie de tutela judicial cautelar com aptidão para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Na verdade, porém, qualquer das espécies de tutela judicial de natureza cautelar, cabível em ação na qual se questione um crédito tributário, tem aptidão para suspender a exigibilidade deste, não obstante o art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, refira-se apenas à medida liminar em mandado de segurança. É o que vamos a seguir demonstrar, começando com a análise da tese restritiva, consagrada em alguns julgados.

¹⁸ *Instituições de Direito Público e República*, São Paulo, 1984, p.142.

2. A TESE RESTRITIVA

2.1. SEU ACOLHIMENTO EM IMPORTANTES JULGADOS

A tese restritiva, segundo a qual somente a medida liminar tem aptidão para suspender a exigibilidade do crédito tributário, tem sido acolhida por respeitáveis magistrados, por isto mesmo merece ser analisada.

Para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, "por mais plausível que seja o direito em discussão e por maior que se mostre a probabilidade de dano, descabe medida cautelar para suspensão da exigibilidade de crédito tributário, sem o respectivo depósito, ainda que o contribuinte ofereça outro tipo de garantia idônea."

Também o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário só é admissível mediante o depósito integral e em dinheiro da quantia correspondente ao débito (art. 151, II, do CTN), insubstituível por mera concessão de liminar em ação cautelar." Seria assim porque, segundo aquela Egrégia Corte, "o permissivo legal inserido no art. 151, IV, do CTN, não comporta interpretação extensiva, ainda que sob a justificativa de compensação de créditos tributários, tendo em vista o exercício do poder cautelar geral do juiz."²

Essa tese restritiva na qual podem ser vistos resquícios do autoritarismo que dominou o país durante muitos anos, e que em matéria tributária está ainda arraigado em muitas mentes, sustenta-se especialmente na expressão literal de dispositivos do Código Tributário Nacional, como a seguir se verá.

2.2. O FUNDAMENTO DA TESE RESTRITIVA

O fundamento da tese restritiva está nos artigos 141 e 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. O primeiro diz que "o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias." E o segundo, ao arrolar as causas de suspensão

¹ Apelação Cível nº 94.01.34180-0-BA - Rel. Juiz Fernando Gonçalves - j 12.06.95 - DJU 2 10.07.95, p 43.370, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de agosto 95, nº 16/95, p 276.

² REsp. nº 94.513-0 - SC. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, unânime, DJU de 11.11.96, e Ementário do STJ, nº 17 (jan/abril de 97), p.211.

da exigibilidade, refere-se à concessão de medida liminar em mandado de segurança e não se refere a outras formas de tutela jurisdicional cautelar.

Há quem indique, em acréscimo a esse argumento, que o CTN tem a hierarquia de lei complementar, inderrogável, portanto, pela lei comum ordinária, no caso o CPC.³

2.3. REFUTAÇÃO DA TESE RESTRITIVA

A tese restritiva em questão, todavia, não resiste a uma análise jurídica, e assim deve ser rejeitada, não obstante o respeito que merecem os seus defensores. Primeiro, porque a simples análise do sistema normativo infra constitucional a desautoriza. Segundo, porque o direito à tutela cautelar é um direito constitucional, que evidentemente não pode ser limitado pela lei, revelando-se, assim, desvaliosa a interpretação restritiva da lei, que a coloca em conflito com a Constituição.

É o que vamos a seguir demonstrar

3. A TUTELA JURISDICIONAL CAUTELAR NO PLANO INFRA CONSTITUCIONAL

3.1. A NORMA RESTRITIVA DO CTN

A norma restritiva contida no art. 141 do CNT evidentemente não se aplica ao Poder Judiciário. Ao dizer que fora dos casos nele previstos o crédito tributário não pode ter dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional nos termos da lei, sua efetivação e as respectivas garantias, a norma deixa evidente os seus destinatários, que são, com certeza, as autoridades da Administração Tributária. O Judiciário não administra o crédito tributário. Não dispensa sua efetivação, nem suas garantias. A autoridade da Administração Tributária, está sim poderia, na atividade de administração do crédito tributário, não fossem as limitações legais em sentido contrário, dispensar o pagamento do tributo, ou abrir mão de garantias do crédito tributário.

Não há dúvida, portanto, de que a restrição imposta pelo art. 141 do CTN dirige-se apenas às autoridades da Administração Tributária.

³ Napoleão Nunes Maia Filho, *Suspensão da Exigibilidade de Tributo Através de Tutela Judicial Cautelar*, em Temas de Direito Administrativo e Tributário, UFC, Fortaleza - CE, 1998, p.173

3.2. NATUREZA JURÍDICA DO CTN

O Código Tributário Nacional é uma lei ordinária. Como tal foi aprovado pelo Congresso Nacional, até porque na vigência da Constituição de 1946 não existia a lei complementar como espécie legislativa formalmente qualificada.

Freqüentes são as afirmações segundo as quais o Código Tributário Nacional ganhou, já em face do art. 18, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, como em face da vigente Constituição Federal, a natureza de lei complementar, e por isto somente por lei complementar poderia ser alterado. Isto merece melhor explicação, dadas as conseqüências práticas que podem decorrer da postura que se adote, tanto a respeito da questão de saber se o Código realmente ganhou, ou não, a natureza de lei complementar, como a respeito da posição hierárquica da lei complementar no ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade o Código Tributário Nacional segue sendo uma lei ordinária. Não ganhou a natureza de lei complementar. Ocorre que nos termos da vigente Constituição certas matérias somente por lei complementar podem ser tratadas. Assim, cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário do ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.⁴

Como o Código Tributário Nacional cuida de matérias incluídas nessa reserva de lei complementar, matérias que somente por lei complementar podem ser tratadas, certamente que nesses pontos só por lei complementar pode ser alterado.

Relevante, porém, é a afirmação de que o Código Tributário Nacional é uma lei ordinária porque, se fosse lei complementar, só por outra lei complementar poderia ser alterado, fosse qual fosse o conteúdo do dispositivo de cuja alteração se cogitasse. Como lei ordinária que é, independentemente da posição que se adote em relação a questão da existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, tem-se de admitir que qualquer dispositivo do Código, que não verse matéria própria de lei complementar, pode ser alterado por lei ordinária.

⁴ Constituição Federal, art. 146.

3.3. A NORMA DO ART. 151, INC. IV DO CTN

Coloca-se, assim, a questão de saber se a norma do art. 151, inciso IV, do CTN, a dizer que suspende a exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar em mandado de segurança, é uma norma geral de Direito Tributário, e como tal está compreendida no campo reservado à lei complementar nos termos do art. 146, inciso III, alínea "b", da vigente Constituição Federal, ou se é uma norma de Direito Processual Civil, e como tal está fora da referida reserva de lei complementar.

Tenho dito repetidas vezes que em Direito tudo é muito relativo e os conceitos de que nos podemos utilizar geralmente não tem delimitações exatas. Ou são vagos, ou são ambíguos. E no caso, a fronteira entre o Direito Tributário e o Direito Processual Civil certamente não é demarcada por uma linha divisória precisa. Há na verdade uma área de penumbra na qual não se pode dizer se estamos dentro do objeto de um, ou do outro.

Seja como for, porém, muito mais razoável é admitir-se que a regulação dos efeitos de um provimento jurisdicional é matéria de Direito Processual. E sendo assim, resta apenas a necessidade de explicar-se a razão de estar a norma em tela no Código Tributário Nacional, quando se poderia ter como suficiente a norma do art. 7º, inciso II, da Lei do Mandado de Segurança.⁵

Penso que a razão de haver sido incluída no Código Tributário Nacional a norma que está em seu art. 151, inciso IV, é simplesmente didática. Na verdade, se suprimida, não fará nenhuma falta. Ninguém certamente sustentará o não cabimento do mandado de segurança em matéria tributária, nem a impossibilidade de um provimento judicial suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Importante é observar que à época em que foi editado o Código Tributário Nacional não dispunha o Juiz do denominado poder geral de cautela, nos termos em que a final ficou estabelecido pelo Código de Processo Civil, de 1973. Neste sentido doutrina Natanael Martins, invocando o magistério do Juiz Federal e Professor de Direito Processual Civil, Paulo César Conrado: "O CTN previu como causa de suspensão da exigibilidade a liminar concedida em mandado de segurança apenas porque, quando editado (1966), o ordenamento jurídico vigente não previa outros meios processuais similares."⁶ O Código Tributário Nacional, portanto, como norma de efeito meramente didático, não podia explicitar o que não estava em outras normas do ordenamento.

⁵ Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951

⁶ Natanael Martins, *Questões de Processo Administrativo Tributário, em Processo Administrativo Fiscal - 2º Volume, coord. De Valdir de Oliveira Rocha, Dialética, São Paulo, 1997, p. 94.*

É razoável, assim, interpretarmos o art. 151, inciso IV, do CTN, no contexto atual em que se ampliou consideravelmente o alcance e a utilidade da jurisdição cautelar, dando-se um sentido mais abrangente, desprendido do elemento literal, e assim entendê-lo como uma referência a todos os procedimentos judiciais de natureza cautelar.

Aliás, como disciplinar os efeitos dos provimentos judiciais com certeza não é matéria tributária, é razoável preconizar-se que o art. 151, inciso IV, do CTN, deve ser entendido nos limites em que o mesmo cuida da matéria tributária, e assim deve ser entendido como referência aos provimentos judiciais que, nos termos das leis do processo, tenham o efeito de suspender a eficácia dos atos jurídicos enquanto dura a pendência sobre os mesmos instaurada.

Por todas estas razões, não temos dúvida de que o Juiz, ao afirmar a impossibilidade de provimento cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, está interpretando inadequadamente o art. 151, inciso IV, do CTN, além de estar negando a supremacia constitucional e com isto praticando verdadeira auto-castração, em benefício do autoritarismo.

3.4. O ART. 585, § 1º DO CPC E SUA NOVA REDAÇÃO

O § 1º, do art. 585, do Código de Processo Civil, estabelecia que a *propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a fazenda pública de promover-lhe a cobrança*. Esse dispositivo foi alterado pela Lei nº 8.953, de 13.12.94, que lhe deu a seguinte redação: *a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução*.

Essa mudança é bastante significativa. Primeiro porque explicitando o valor dos títulos executivos em geral, afasta a idéia de privilégio, aliás absolutamente injustificado, da Fazenda Pública. Segundo porque em relação a esta reduz o alcance que à norma, em sua redação anterior, vinha sendo atribuído.

Realmente, a referência a *ação anulatória de débito fiscal*, constante da redação anterior, conduzia ao equivocado entendimento de que a norma abrangia as ações anulatórias propostas antes da inscrição do crédito tributário na dívida ativa, vale dizer, antes da formação do título executivo, muito mais freqüentes, aliás, do que as propostas depois daquela inscrição.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível medida cautelar para inibir a execução, tendo em vista que o acesso do devedor ao Judiciário deve ocorrer, segundo aquela jurisprudência, através dos embargos. Daí poderia alguém pretender extrair a conclusão de que em se tratando de débito tributário não seria possível,

mediante medida cautelar, sustar-se a própria inscrição na dívida ativa, do crédito tributário em constituição, ou qualquer ato do procedimento administrativo de lançamento.

A propositura de ação anulatória pode ocorrer desde a lavratura do auto de infração, ou em face do julgamento administrativo que afirma a procedência deste. A medida cautelar, em qualquer destes casos, não poderia ser utilizada para impedir a inscrição do crédito tributário como dívida ativa.

Com a nova redação do § 1º, do art. 585, do Código de Processo Civil, a questão foi recolocada em seus devidos termos. O que a ação não impede é a execução do título executivo. Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não se admite cautelar para impedir a execução, não pode ser invocada nos casos em que ainda não exista o título executivo, vale dizer, não tenha ainda sido feita a inscrição do crédito tributário como dívida ativa.

Em outras palavras, não tendo havido ainda a inscrição do crédito tributário como dívida ativa, e não existindo, por isto, o título executivo, nada impede que medida cautelar suspenda a exigibilidade do crédito tributário.

4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CAUTELA

4.1. DIREITO À JURISDIÇÃO

Ninguém nega que o direito à jurisdição seja uma das mais importantes garantias constitucionais. Assim, mesmo sem considerar os argumentos até aqui expendidos, não se pode admitir a tese que exclui a possibilidade de medida cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário porque o direito à tutela jurisdicional cautelar é direito à jurisdição, e assim tem seu fundamento diretamente na Constituição.

Não é conforme com a Constituição a interpretação de normas inferiores que o exclua, porque são inconstitucionais quaisquer normas que o excluam diretamente ou que mediante limites muito estreitos tornem o provimento cautelar incapaz de cumprir plenamente sua finalidade.

Quando a Constituição assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário, está implicitamente assegurando, também, o direito ao provimento cautelar, pois não é razoável admitir que o direito à prestação jurisdicional possa ficar reduzido a uma expressão simplesmente formal, vale dizer, direito a uma prestação jurisdicional desprovida de utilidade. Se o provimento cautelar é destinado a garantir a utilidade do provimento buscado na ação principal, é evidente

que a garantia deste último pressupõe a garantia, também, do primeiro.

4.2. ELOQUENTE MANIFESTAÇÃO DO STF

O reconhecimento da existência do direito à tutela cautelar como decorrência do direito constitucional à jurisdição, além de ser irrefutável, porque uma conseqüência lógica da utilização dos elementos sistêmico e teleológico na interpretação, conta com o apoio de nossa Corte Maior.

Realmente, este nosso entendimento já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar o direito ao provimento liminar em Ação Direta de Constitucionalidade, asseverando que *"assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A. D. C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar."*⁷

5. PROVIMENTOS DE JURISDIÇÃO CAUTELAR

5.1. AÇÃO CAUTELAR E MEDIDA LIMINAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Dir-se-á que o mandado de segurança é bastante para a proteção dos direitos do contribuinte, eventualmente violados por ato da autoridade da Administração Tributária. Não é assim, porém. Em muitas situações o mandado de segurança não é cabível, sem que isto signifique dizer que o direito naquelas situações configurado desmereça a tutela jurisdicional cautelar.

Na verdade, em casos nos quais o mandado de segurança é incabível, pode o contribuinte valer-se da ação de procedimento ordinário, e no âmbito desta, da ação cautelar. Além disto, em alguns casos pode ser cabível o mandado de segurança e mesmo assim a ação de procedimento revelar-se mais adequada, de sorte que, por opção, o contribuinte poderá utilizá-la. De todo modo, seja porque incabível o mandado de segurança, seja porque a ação de procedimento ordinário se mostre mais adequada, o certo é que esta pode ser utilizada, entre outros, nos casos em que:

- a) já tenha decorrido o prazo de 120 para a impetração do *writ*;
- b) passa haver questão de fato a ser objeto de prova;

⁷ STF ADC nº 4-DF Liminar, Relator Min. Sydney Sanches, Informativo STF nº 150, Clipping do DJ de 21.05.99

- c) exista dúvida quanto a quem seja a autoridade coatora;
- d) o foro do autor seja mais conveniente do que o da possível autoridade coatora.

Em qualquer desses casos, é cabível a ação cautelar, e no âmbito desta o deferimento de medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Na medida em que se faça necessária para assegurar a utilidade do provimento judicial que a final poderá ser deferido, a liminar é providência que se impõe, sob pena de se tornar letra morta, mera peça de retórica, a garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário.

5.2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Nos termos do art. 273 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13.12.94, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo contribuinte.

Os plantonistas do arbítrio apressaram-se já a dizer incabível a antecipação da tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública. Não seria possível em face do duplo grau de jurisdição obrigatório. A ser assim, porém, não seria viável a liminar em mandado de segurança, nem o próprio mandado de segurança, no qual é obrigatório o duplo grau de jurisdição. Como se vê, a tese não resiste a análise jurídica.

Por outro lado, é inegável que a Fazenda Pública em muitos casos adota atitude evidentemente protelatória, questionando o quanto possível, embora ciente da final derrota em face da jurisprudência já assentada.

Não tem consistência o argumento de que, uma vez admitida a antecipação da tutela jurisdicional, esta poderá ser prodigalizada. Tal argumento, se aceito, terminaria por justificar a exclusão de todas as garantias jurídico-processuais. O que a Fazenda Pública pode, e deve exigir dos juizes, é a rigorosa observância dos requisitos legais para o deferimento da cautela antecipada.

Assim, deve o juiz examinar cuidadosamente se: a) a verossimilhança na alegação do autor e as provas por ele ofertadas é convincente; b) é fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou c) está caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu.

A verossimilhança da alegação do autor equívale à aparência do bom direito, da ação cautelar, enquanto o fundado receio de dano corresponde ao perigo da demora. O abuso do direito de defesa, ou o manifesto intuito protelatório, porém, constituem requisitos alternativos que

podem substituir o fundado receio de dano. Constituem requisitos específicos da tutela antecipada. Nesta, pode não haver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Tal requisito pode ser substituído pelo abuso do direito de defesa, ou pelo manifesto intuito protelatório.

Em outras palavras, para a antecipação da tutela jurisdicional são necessários apenas dois requisitos, a saber: primeiro, a verossimilhança e a consistência da prova; e segundo, o fundado receio de dano, ou o abuso do direito de defesa, ou ainda o manifesto intuito protelatório.

5.3. CAUTELAR EM RESCISÓRIA

A jurisprudência tem afirmado não ser possível dar efeito suspensivo à propositura de ação rescisória, porque isto seria contrário a dispositivo legal expresso que afirma não ter a rescisória esse efeito. Não obstante, nos tribunais prevaleceu a tese do cabimento de mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que não o tenha.

Essa postura incoerente foi recentemente superada pelo STF que, "por maioria de votos, referendou despacho do Min. Nelson Jobim, que concedera medida cautelar incidental para atribuir efeito suspensivo a ação rescisória promovida pelo Estado de São Paulo e para suspender a exigibilidade do precatório referente à execução da ação rescindenda."⁸

Espera-se que a tese não termine prevalecendo apenas para os casos em que é interessado o Poder Público. A final, em muitas situações a execução do julgado antes de apreciada a rescisória pode significar a inteira inutilidade desta. Em tais situações, havendo também a aparência do bom direito, evidentemente será cabível a cautelar,

⁸ Petição nº 1.347-SP, Informativo STF nº 84, Brasília, 15 a 19 de setembro de 1997, p. 1.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL CIVIL E A POSSIBILIDADE DE DANOS AOS PARTICULARES

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Procurador do Município de Fortaleza

Professor de Direito Civil da Universidade de Fortaleza

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

1. A FUNÇÃO JURISDICIONAL

1.1. CONCEPÇÃO

O professor italiano Giorgio Del Vecchio¹ leciona que o: "Estado é o sujeito da ordem jurídica, em que se realiza a comunidade de vida de um povo". Segundo o mesmo Mestre, um dos elementos do Estado é o vínculo jurídico², o que dá especificidade ao Estado, pois é desse vínculo que nascerá o ordenamento jurídico, tornando necessário um órgão ou órgãos para exercer as funções de comando, visando ao controle do povo organizado num território.

O Estado, para desempenhar suas funções, pode criar órgãos autônomos e independentes, porém, não soberanos, pois é o Estado que detém a soberania externa e interna³. Sem a soberania, o Estado não existiria, pois faltar-lhe-ia o poder de comando, de criação das normas jurídicas e de coação, isto é, não haveria o vínculo jurídico.

A soberania interna advém da própria vontade dos sujeitos, que emana um poder para gerir o Estado que, abstratamente, é uno.

Já o Estado se organiza através de uma Constituição que regula, além do seu objetivo e direitos fundamentais, suas funções, dividindo-as em três: legislativa, administrativa e jurisdicional.

¹ Giorgio Del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, vol.II, 1972, pág. 230.

² Os elementos do Estado segundo Del Vecchio são: povo, território e vínculo jurídico.

³ "A soberania pode encarar-se por dois aspectos, distintos: o externo e o interno. Pelo primeiro aspecto, diz-se soberano o Estado que não está submetido a outro Estado, isto é, não depende de outro; pelo segundo aspecto, enquanto exerce um "imperium" sobre o território e a população". Giorgio Del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, vol.II, 1972, pag. 241).

O Professor José de Albuquerque Rocha⁴, da Universidade Federal do Ceará, ensina que "função estatal é, justamente, o exercício do poder do Estado, através de procedimentos típicos, previamente estabelecidos pelo direito, tendo em vista a consecução dos seus fins."

A função estatal, tradicionalmente tripartida em legislativa, executiva e jurisdicional, não se confunde com a "teoria da divisão dos poderes" de Montesquieu. Apesar de o poder ser substancialmente unitário, a sua divisão configura-se numa separação de órgãos que exercitam essas funções distintas. As funções estatais ou "os modos típicos de exercício do poder" podem ser exercitadas por uma quantidade de órgãos superiores a três. Na Constituição brasileira de 1824, tínhamos presentes essas três funções estatais e quatro poderes, pois existia a figura do Poder Moderador.

A função jurisdicional⁵ é exercida pelo Poder Judiciário, que aplica a lei ao caso concreto, resolvendo o litígio, sendo detentor do poder coercitivo estatal.

A jurisdição^{6 7} é a função estatal destinada a resolver o conflito de interesses. Essa concepção não é precisa, pois nem toda atividade jurisdicional é voltada à solução de conflitos, sendo esta também exercida por outros poderes, em determinadas ocasiões.

A função analisada não é exercida apenas por um corpo. O Poder Judiciário é na verdade um sistema organizado em várias unidades, possuidoras de competências previamente determinadas pelo ordenamento jurídico, tendo como objetivo o desenvolvimento da atividade jurisdicional, obedecendo-se aos limites de atuação de cada órgão do judiciário⁸.

A observação feita pode ser ilustrada com as seguintes palavras do jurista Italiano Piero Calamandrei: "em virtude do princípio da pluralidade dos órgãos judiciais (ordinários e especiais), a função jurisdicional se nos apresenta encomendada, não a um juiz individual singular, senão a

⁴ José de Albuquerque Rocha. *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. 1995, pág.12.

⁵ "À função judiciária pertence a tarefa de tornar certo o direito para os casos controvertidos, quer para os simples particulares, quer para os próprios órgãos executivos ou administrativos." (Giorgio Del Vecchio. *Lições de Filosofia do Direito*, vol.II, 1972, pag. 246).

⁶ "Já a jurisdição é a atividade estatal dirigida a garantir a eficácia do próprio ordenamento jurídico no caso concreto e em última instância." (José de Albuquerque Rocha. *Teoria Geral do Processo*. 1996, pag.98.)

⁷ "A jurisdição (*jurisdictio, jus dicere*) pode, em termos aproximativos, ser qualificada como a actividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto. Esta actividade não pode caracterizar-se tendo em conta apenas critérios materiais ou substantivos. Está organizatoriamente associada ao poder jurisdicional, e é subjectivo-organicamente atribuída a titulares dotados de determinadas características (juízes). Está ainda jurídico-objectivamente regulada quanto ao modo de exercício por regras e princípios processuais (processo)". (Jl. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, pág.577).

um sistema de muitos milhares de juízes, a quem, considerados no seu conjunto como um ramo homogêneo do ordenamento público, lhes está potencialmente encomendado o exercício de todo o poder jurisdicional do Estado".

Há diferença entre jurisdição e competência, sendo esta o limite dos poderes dos juízes ordinários, que exercem uma parcela da função jurisdicional, segundo critérios preestabelecidos.

O conceito da jurisdição segue a teoria do objeto⁹, atividade estatal destinada à solução de conflitos, conquanto seja esta a mais aceita, embora existam certos casos onde a função jurisdicional não será exercida pelo Poder Judiciário, já que o Senado Federal também pode exercer, atipicamente, funções jurisdicionais, quando, por exemplo, julga o Presidente da República por crime de responsabilidade, artigo 86 da Constituição Brasileira.

Um outro aspecto passível de crítica à teoria do objeto é a limitação da função jurisdicional à jurisdição contenciosa, não levando em conta a análise da jurisdição voluntária, que não envolve resolução de conflito. O juiz, na jurisdição voluntária, apenas realiza gestão pública em torno de

⁸ "A legitimidade dos juízes não está assentada em sua origem popular, em seu caráter representativo, desde que existem sistemas institucionais que procuram o recrutamento constitucional, legal, concursal e burocrático da magistratura. A legitimidade dos mesmos deve ser orientada, então, para o grau de adequação do comportamento judicial e os princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática encontra-se assentada na exclusiva sujeição dos juízes às leis emanadas da vontade popular. Expressa-se nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal. O Poder Judiciário tem sua legitimidade, de acordo com as espécies de recrutamento de seus componentes, isto é, na maneira como são chamados a exercer a própria função. A função judicial está ligada ao respeito às garantias, no plano constitucional, processual e formal. O seguimento pleno dos valores constitucionais, inspirados na disciplina constitucional do processo e sua prática jurisdicional, são instrumentos que podem e devem legitimar o juiz." (José Alfredo de Oliveira Baracho. "Teoria Geral da Cidadania, A plenitude da Cidadania e As Garantias Constitucionais e Processuais". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, Coimbra Editora, 1997.

⁹ Passa-se a citar e criticar os critérios utilizados para conceituar a função jurisdicional: A) Critério do Objeto - atividade estatal de solução de conflitos. A principal crítica é que nem toda atividade jurisdicional apresenta-se como solução de conflitos; b) critério do sujeito - jurisdição se caracteriza por ser aplicação do direito ao caso concreto realizado pelos membros do judiciário. A principal crítica a este critério é que estes membros também resolverão problemas administrativos; c) Critério da forma de atuação - o judiciário é um centro de atividade processual. A crítica é que a função jurisdicional não pode ser descrita como uma simples atividade processual; d) Teoria da substituição (Chloventa) - substituição das partes por um órgão jurisdicional que deverá se pronunciar sobre uma determinada relação jurídica entre as partes. A crítica é que todas as funções estatais são uma espécie de intromissão nas relações entre os particulares, isto é, também há substituição na função administrativa. (José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995. Pag.13-15).

interesses privados, como se dá na nomeação de tutores, separação judicial consensual, entre outros.¹⁰

A divisão da função jurisdicional em contenciosa e voluntária é meramente doutrinária, sendo a primeira caracterizada como função jurisdicional propriamente dita.

Os mestres Humberto Theodoro Júnior, José de Albuquerque Rocha e Ovídio Baptista da Silva consideram que a jurisdição voluntária configura-se numa administração de interesses. Em síntese, é uma função administrativa exercida pelo Poder Judiciário.

Pode-se concluir que a jurisdição exercida prioritariamente pelo Poder Judiciário visa à resolução dos conflitos de interesses entre os membros da sociedade, embora este poder também exerça, de forma atípica, outras funções, como, por exemplo, funções administrativas ao decidir processos de jurisdição voluntária ou quando dispõe sobre regras administrativas do órgão que exerce a função.

Os processos de conhecimento, executivo e cautelar envolvem sempre um conflito de interesses que o judiciário busca solucionar, exercendo, nesses casos, a função jurisdicional típica, devendo, para isto, não apenas analisar os fatos, mas aplicar o direito à questão, e seguir uma forma preestabelecida, sob pena de nulidade da decisão e descumprimento do ordenamento jurídico.

Em todos esses tipos de ação, o Estado, por meio dos juízes, promove atos, visando à resolução do litígio. Mas se esses atos forem falhos e causarem danos à outra parte da relação processual, será que o Estado deverá indenizar? E que atos seriam esses, passíveis de erro e capazes de provocar danos aos particulares?

1.2. ATOS JUDICIAIS EM PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE DANOS AOS PARTICULARES.

Uma das funções do Estado é exatamente a jurisdicional, exercida por juízes, que constituem uma espécie de agente público, desempenhando a função jurisdicional, tendo como função dirimir as lides e interpretar as leis, aplicando o direito ao caso em análise, embora também desempenhem atipicamente funções executivas e legislativas.

Para conceituar o termo agente público, cita-se o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, que coloca: *"Esta expressão - agentes públicos - é*

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, Forense, 1995, pág.40.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito administrativo*, 1999, pág.175.

a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente."

Segundo o mesmo professor, os agentes públicos são divididos em: agentes políticos; servidores estatais, que são divididos em dois grupos: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado; e particulares em atuação colaboradora com o poder público.

Agentes políticos são os que desempenham as funções norteadoras do rumo da nação, responsáveis que são pelas decisões administrativas. Como exemplo de agentes políticos temos: o Presidente da República; os Governadores; os Prefeitos; os seus auxiliares imediatos e os membros do Poder Legislativo. Já os servidores públicos seriam todos aqueles que desempenham um cargo público de natureza profissional, em caráter não eventual e sob vínculo de dependência.

Os magistrados, detentores da função jurisdicional, que é totalmente distinta das outras, estão classificados na categoria dos servidores públicos¹², possuindo estatuto próprio, pertencentes ao Poder Judiciário. Os juízes não desenvolvem qualquer atividade de direção do Estado, nem de fixação de metas, nem de elaboração de leis orçamentárias. Além do mais, a investidura no cargo de juiz não se dá por eleição, mas por concurso público, não sendo o exercício temporário, mas de natureza profissional e de caráter não casual. Logo não são agentes políticos.

Aprofundando na classificação apresentada, deve-se fazer menção aos estudos da administrativista Lúcia Valle Figueiredo¹³, que não classifica os magistrados como servidores públicos, mas como agentes públicos, em sentido amplo, não sendo nem agentes políticos, nem funcionários, nem servidores da administração central, autarquias e fundações, mas sim uma espécie autônoma do gênero agente público, em sentido estrito.

O poder que os juizes exercem não é inerente ao de administração do Estado, como provedor do bem comum e prestador de serviços públicos, garantidores da satisfação da comunidade. O Judiciário exerce parcela do Poder do Estado, que é o jurisdicional, que não deixa de ser uma prestação de serviço estatal, embora específica à aplicação do direito às diversas relações jurídicas levadas ao seu conhecimento.

¹² Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como servidores estatutários, ocupantes de cargos e sob o regime estatutário, estabelecido por leis próprias: trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas". (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 1998, pág.357).

¹³ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 1998, pág. 511.

interesses privados, como se dá na nomeação de tutores, separação judicial consensual, entre outros.¹⁰

A divisão da função jurisdicional em contenciosa e voluntária é meramente doutrinária, sendo a primeira caracterizada como função jurisdicional propriamente dita.

Os mestres Humberto Theodoro Júnior, José de Albuquerque Rocha e Ovídio Baptista da Silva consideram que a jurisdição voluntária configura-se numa administração de interesses. Em síntese, é uma função administrativa exercida pelo Poder Judiciário.

Pode-se concluir que a jurisdição exercida prioritariamente pelo Poder Judiciário visa à resolução dos conflitos de interesses entre os membros da sociedade, embora este poder também exerça, de forma atípica, outras funções, como, por exemplo, funções administrativas ao decidir processos de jurisdição voluntária ou quando dispõe sobre regras administrativas do órgão que exerce a função.

Os processos de conhecimento, executivo e cautelar envolvem sempre um conflito de interesses que o judiciário busca solucionar, exercendo, nesses casos, a função jurisdicional típica, devendo, para isto, não apenas analisar os fatos, mas aplicar o direito à questão, e seguir uma forma preestabelecida, sob pena de nulidade da decisão e descumprimento do ordenamento jurídico.

Em todos esses tipos de ação, o Estado, por meio dos juizes, promove atos, visando à resolução do litígio. Mas se esses atos forem falhos e causarem danos à outra parte da relação processual, será que o Estado deverá indenizar? E que atos seriam esses, passíveis de erro e capazes de provocar danos aos particulares?

1.2. ATOS JUDICIAIS EM PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE DANOS AOS PARTICULARES.

Uma das funções do Estado é exatamente a jurisdicional, exercida por juizes, que constituem uma espécie de agente público, desempenhando a função jurisdicional, tendo como função dirimir as lides e interpretar as leis, aplicando o direito ao caso em análise, embora também desempenhem atipicamente funções executivas e legislativas.

Para conceituar o termo agente público, cita-se o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, que coloca: "*Esta expressão - agentes públicos - é*

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, Forense, 1995, pág.40.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1999, pág.175.

a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente."

Segundo o mesmo professor, os agentes públicos são divididos em: agentes políticos; servidores estatais, que são divididos em dois grupos: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado; e particulares em atuação colaboradora com o poder público.

Agentes políticos são os que desempenham as funções norteadoras do rumo da nação, responsáveis que são pelas decisões administrativas. Como exemplo de agentes políticos temos: o Presidente da República; os Governadores; os Prefeitos; os seus auxiliares imediatos e os membros do Poder Legislativo. Já os servidores públicos seriam todos aqueles que desempenham um cargo público de natureza profissional, em caráter não eventual e sob vínculo de dependência.

Os magistrados, detentores da função jurisdicional, que é totalmente distinta das outras, estão classificados na categoria dos servidores públicos¹², possuindo estatuto próprio, pertencentes ao Poder Judiciário. Os juizes não desenvolvem qualquer atividade de direção do Estado, nem de fixação de metas, nem de elaboração de leis orçamentárias. Além do mais, a investidura no cargo de juiz não se dá por eleição, mas por concurso público, não sendo o exercício temporário, mas de natureza profissional e de caráter não casual. Logo não são agentes políticos.

Aprofundando na classificação apresentada, deve-se fazer menção aos estudos da administrativista Lúcia Valle Figueiredo¹³, que não classifica os magistrados como servidores públicos, mas como agentes públicos, em sentido amplo, não sendo nem agentes políticos, nem funcionários, nem servidores da administração central, autarquias e fundações, mas sim uma espécie autônoma do gênero agente público, em sentido estrito.

O poder que os juizes exercem não é inerente ao de administração do Estado, como provedor do bem comum e prestador de serviços públicos, garantidores da satisfação da comunidade. O Judiciário exerce parcela do Poder do Estado, que é o jurisdicional, que não deixa de ser uma prestação de serviço estatal, embora específica à aplicação do direito às diversas relações jurídicas levadas ao seu conhecimento.

¹² Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como servidores estatutários, ocupantes de cargos e sob o regime estatutário, estabelecido por leis próprias: trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas". (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 1998, pág.357).

¹³ Lucia Valle Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 1998, pág. 511.

Definida a natureza jurídica do agente - juiz, passa-se ao estudo dos seus atos, que são as decisões judiciais. Os processos de jurisdição contenciosa podem ser de mérito ou não, ocorrendo a primeira quando o juiz decide sobre o pedido da ação, fazendo esta coisa julgada, e a segunda quando o juiz determina a extinção do feito, sem analisar o pedido ou qualquer outra determinação que não leve à extinção do feito.

Nos processos de jurisdição voluntária as decisões não são de mérito, pois não fazem coisa julgada material, apenas formal, embora tais decisões, apesar de não fazerem parte da função jurisdicional típica, também são caracterizadas como atos praticados pelos magistrados no exercício do poder jurisdicional, podendo também acarretar responsabilidade em caso de existência de dano.

O professor Chiovenda¹⁴ ensina que o ato do juiz "na relação de cognição equivale, sempre, a um exercício de *faculdades inerentes ao poder jurisdicional* com o objetivo de decidir a demanda: assim que abrange uma série de atos coordenados a esse escopo".

Os julgadores, no desempenho da função jurisdicional civil, seja contenciosa ou voluntária, praticam atos, divididos em: despachos de mero expediente, decisões interlocutórias e sentenças.^{15 16}

Não cabe estudar especificamente cada uma desses tipos de decisão proferidas pelos magistrados, mas é de suma importância verificar se esses atos podem causar danos aos "consumidores" desse serviço estatal, quando isso ocorre e de que forma.

Os despachos de mero expediente são atos dos órgãos jurisdicionais, cujo teor apenas cuida do processamento da ação, dando andamento formal ao processo, de acordo com as regras do Código de Processo Civil. Esses atos não dirimem qualquer questão levantada, nem

¹⁴ Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 1945, pag. 45.

¹⁵ "Os atos do órgão jurisdicional, como os atos processuais em geral, consistem fundamentalmente em manifestações de vontade, podendo configurar despachos e decisões".

"Os despachos são os atos através dos quais o órgão jurisdicional impulsiona o processo. Por exemplo: a designação de data para a audiência".

"As decisões são deliberações do órgão jurisdicional sobre as questões processuais ou de mérito. As decisões podem ser interlocutórias e finais.

As *interlocutórias* são as decisões tomadas no curso do processo, tendo como objeto uma questão processual em sentido amplo, abrangendo os pressupostos processuais e as condições da ação. As *finais*, também chamadas de sentenças, são as deliberações do órgão jurisdicional que põem fim ao processo. Podem ser de mérito e de não-mérito. De *mérito*, quando decidem sobre o pedido do autor. De *não-mérito*, quando não decidem o mérito, isto é, sobre o pedido do autor, mas põem fim ao processo por alguma razão de ordem processual. Por sua vez, as sentenças de mérito podem ser classificadas, quanto aos efeitos que produzem, em: a) declaratórias, b) condenatórias e c) constitutivas." (José de Albuquerque Rocha. *Teoria Geral do Processo*. 1996, pag. 255)

¹⁶ Apesar de tratar de uma nota, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1939, é interessante observar a seguinte classificação proferida pelo Processualista Enrico Tullio Liebman, que ainda é atual à luz do Código de 1973:

"No direito português e brasileiro operou-se também essa ampliação do conceito de sentença e a classificação, própria de toda a doutrina do direito comum, das sentenças em definitivas e interlocutórias, e destas últimas em interlocutórias simples e mistas (ver Pereira e Souza, §279, e notas 561 e 562; Paula Batista, op.cit., §178). A influência dos princípios do direito canônico foi, todavia, no direito luso-brasileiro, menos profunda que nos outros direitos europeus e sulamericanos e a tradição romanística manteve-se mais forte, porque reservou-se a apelação como recurso admissível unicamente contra as sentenças definitivas e contra as interlocutórias mistas (ou com força de definitivas). (Ord. L., III, tit. 69 e 70), ao passo que as interlocutórias simples, não eram apeláveis, não transitavam em julgado e podiam sempre ser revogadas pelo juiz que as havia prolatado.

Classificações tais encerram, hoje, simples interesse histórico e não correspondem mais ao direito positivo.

No Código de Processo Civil em vigor (1939) dá-se a denominação genérica de decisões a todos os atos do juiz de caráter decisório. Tendo em consideração a forma e o conteúdo do ato, o prazo para seu proferimento, sua eficácia e seus recursos, podem-se fazer as seguintes distinções:

- a) *despachos de expedientes, ou ordenatórios* são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo; são numerosíssimos e pode-se dizer que cada passo para frente do processo é efeito de um deles. Distingue-se o direito brasileiro, sob esse aspecto, do direito italiano (e da maior parte dos processos europeus), em que é muito reduzido o número de provisões de tal natureza;
- b) *despachos interlocutórios* são os que decidem as *questões controversas* relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim;
- c) *decisões terminativas* do processo sem lhe resolverem o mérito; nessas o juiz põe termo ao processo por um defeito de sua constituição, ou do procedimento, ou por qualquer outro motivo que torne impossível a decisão da lide; correspondem a interlocutórias com força de definitivas da classificação antiga e as absolutórias da observância do processo, consoante a classificação do texto; são, em regra, passivas de agravo de petição (art. 846, Cod. Proc. Civ. 1939);
- d) *decisões definitivas*, que são as que decidem (no todo ou em parte) o mérito da causa, a lide, e recebem o nome de *sentenças* em sentido estrito.

A sentença é o ato mais importante e mais solene do processo: a lei determina-lhe rigorosamente a forma (art. 280, Cod. Proc. Civ.) e atribui-lhe a autoridade da coisa julgada (art. 287); está sujeita a apelação (art. 820).

As decisões colegiais tomam o nome de acórdãos. Para a formação da vontade colegial, ver art. 875, §1º, e 838, § único, Cod. Proc. Civ. e art. 67, §§1, 2 e 3, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1940). Diferença interessante acusa-se entre o direito italiano e o brasileiro, na formação e redação das decisões colegiais. Na Itália, a votação é secreta, tomam parte nela todos os componentes do colégio, que são em número ímpar invariável (Cfr. Supra, vol. II, pag. 101), e não se revela se a decisão foi ou não adotada por unanimidade; por isso, a opinião divergente da minoria não se manifesta na sentença, a qual, se bem redigida por um de seus componentes, forma em qualquer caso um todo único e se apresenta como decisão do colégio inteiro. No Brasil, pelo contrário, a votação realiza-se em sessão pública, o método adotado para conseguir maioria pode fazer variar o número de votantes e estes podem justificar individualmente seus votos, com uma motivação que vem a fazer parte integrante da decisão. A existência de uma divergência no colégio pode ter, também, consequências jurídicas (cfr. Art. 833, Cod. Proc. Civil). Esse sistema é tradicional no Brasil e corresponde a uma concepção mais individualística da posição dos diversos componentes do colégio e de sua responsabilidade pessoal na decisão da causa." (nota realizada por Enrico Tullio Liebman na obra de Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 1945, pag. 47/48).

muito menos a lide, que é o objetivo da ação.

As decisões interlocutórias são tomadas pelos juizes no intuito de solucionar alguma questão incidental, surgida no processo, ou que envolva alguma fase processual a ser ultrapassada, como o despacho liminar que recebe a inicial, o despacho saneador etc.

Já a sentença é a decisão que põe fim ao processo, podendo ser de mérito ou não. Normalmente é proferida após a fase postulatória e instrutória do processo, mas é possível que esse tipo de ato seja tomado até na fase inicial do processo, como no caso de o Juiz não receber a inicial por defeito de forma ou falta de condições de ação (despacho liminar de conteúdo negativo).

Falando especificamente da sentença, tem-se que a atividade jurisdicional típica termina com a prolação de decisão definitiva ou terminativa, acarretando a extinção da ação. Essa sentença deve obedecer a certos requisitos e princípios e pode ser de mérito (definitiva - extinção do processo com julgamento sobre o pedido, fazendo coisa julgada formal e material) ou de não mérito (terminativa - extinção do processo, cujo pedido inicial não chega a ser analisado, devido à existência de defeito na constituição do processo).

É importante salientar que existem sentenças que julgam o pedido inicial, mas não possuem a força da coisa julgada material, tendo em vista a sua natureza e a possibilidade de vir a ser modificada. Como exemplo, cita-se as sentenças *provisionais*, que advêm de medidas acautelatórias ou provisionais.

A decisão de mérito declara, condena ou constitui um direito, resolvendo o conflito entre as partes. Nesse caso está-se decidindo sobre o pedido, não havendo falta de quaisquer das condições de ação ou pressupostos processuais.

A decisão de não mérito, conforme visto, não atende ao pedido constante na exordial, mas extingue a relação processual entre as partes envolvidas na ação. Essa sentença certamente ocorrerá quando não houver observância das condições da ação, ou dos pressupostos processuais.¹⁷

O estudo da jurisdição e das condições da ação e pressupostos processuais leva à conclusão de que não só as decisões que julgam o mérito constituem uma atividade jurisdicional típica, mas também as decisões terminativas.

¹⁷ As condições de ação são: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir e "legitimatio ad causam". Já os pressupostos processuais podem ser classificados em objetivos (forma processual pertinente à demanda; correta representação do advogado; inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, inépcia da petição inicial ou de quaisquer nulidades previstas no ordenamento processual civil.) e subjetivos (competência do juiz para causa, não podendo estar impedido ou suspeito; capacidade processual).

Após a caracterização de cada um dos atos do juiz a ser proferido nas ações, sejam elas de jurisdição contenciosa ou voluntária, passa-se a observar-lhes a possibilidade de conterem erros e, principalmente, que tipos de erros elas podem denotar

Os despachos de mero expediente são atos plenamente vinculados ao Código de Processo Civil, cujo despachante só possui um único caminho a seguir, não existindo qualquer liberdade, poder discricionário, não cabendo a ele discutir o ato, mas praticá-lo sob pena de responsabilidade. Como esses atos não julgam a lide, apenas determinam o andamento do processo, conclui-se que os magistrados, ao proferirem tais despachos, na oportunidade correta, estão cumprindo a lei, não havendo possibilidade de eles estarem cometendo algum equívoco ao despacharem. Da mesma forma, os despachos de mero expediente não acarretam sucumbência a qualquer uma das partes, caso sejam corretamente aplicados, pois os litigantes devem desejar sempre a resolução do litígio. A única maneira de eles provocarem dano é se o magistrado demorar a impulsionar o feito ou despachar na oportunidade errada. Nesse caso há um "error in procedendo", que pode acarretar danos às partes.

As decisões interlocutórias e as sentenças são decisões, nas quais o julgador deve examinar o caso e emitir um juízo de valor, que necessita ser motivado e fundamentado.

Não só no processamento, mas principalmente na emissão do juízo de valor, no qual ocorre a interpretação dos fatos e a aplicação da norma à lide, é que ocorrem, com mais frequência, os erros judiciais, que podem causar danos às partes, "error in judicando".

Desse fato nasce a importância da motivação e fundamentação das decisões, prevista constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico, possuindo o fim de tornar a decisão transparente, com o intuito de evitar abusos e permitir-lhe o controle crítico, possibilitando o correto funcionamento da função jurisdicional. A fiscalização sobre o acerto do ato proferido pelo magistrado é facilitada quando se tem conhecimento do pensamento ao decidir, o que permite observar se o juiz errou e onde falhou.

É com a motivação das decisões que as razões do convencimento do juiz são explicitadas, isto é, há a exteriorização dos motivos daquele posicionamento.

A fundamentação é um outro princípio processual constitucional, cujo enunciado difere substancialmente do princípio da motivação.

O juiz, ao aplicar a norma jurídica pertinente à lide, resolve o conflito. O instrumento que põe fim à ação é justamente a sentença, que deverá conter, além dos requisitos constantes no Código de Processo Civil, a motivação, que são as conclusões emanadas pelo julgador para justificar a decisão, e a fundamentação, sujeição do juiz ao ordenamento jurídico como

um todo.¹⁸

Ao contrário do princípio da motivação, a fundamentação vem expressamente prevista na Constituição Federal, inciso IX do art.93 da CF, e tem como finalidade, também, garantir as pessoas contra o arbítrio porventura cometido pelo Judiciário.

A essencialidade desse princípio pode ser auferido pelo seu alcance. A inexistência ou erro de fundamentação pode significar não só a má-fé do portador do poder jurisdicional, mas também o seu próprio desconhecimento sobre a lei, considerada em sentido amplo.

Por outro lado, as decisões sucintamente fundamentadas não são obrigatoriamente nulas ou errôneas, bastando que elas contenham o essencial. As sentenças e as decisões interlocutórias estarão corretamente fundamentadas desde que o julgador demonstre as razões do seu convencimento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.¹⁹

Igualmente, não se poderá concluir pela falta de fundamentação, se na decisão o julgador expressamente declarar que adota as razões anteriormente desenvolvidas nos autos, podendo ser extraídas de um parecer jurídico ou do próprio parecer do Ministério Público.^{20 21}

Em síntese, todas as decisões emanadas do Judiciário, sejam elas no desempenho da jurisdição contenciosa ou da voluntária, devem ser não só fundamentadas, mas também motivadas.

O desenvolvimento do tema inerente à motivação e fundamentação tem implicação no objeto deste trabalho, pois essa exigência torna possível a análise das decisões, no tocante à existência de erros na prolação do ato. Essa transparência não impede o proferimento de decisão arbitrária ou abusiva. Os princípios ora observados apenas facilitam a identificação do erro, permitindo não só sua modificação pelo órgão "ad quem", mas também a responsabilização do autor do ato abusivo ou arbitrário

¹⁸ José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995. Pág.67.

¹⁹ "Não é nula a sentença fundamentada sucintamente, de maneira deficiente ou mal fundamentada desde, porém, nestes três casos, que contenha o essencial". (STJ - 4ª Turma, Resp 7.870-SP, rel. Min Sálvio de Figueiredo, j. 3.12.91).

²⁰ "De todo modo é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas motivações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido "adotando as razões do parecer do Ministério Público", está fundamentada referida decisão, se no parecer do *parquet* houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado." (Nelson Nery Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, RT, 1989. Pág.157).

²¹ "Considera-se fundamentado o acórdão que se reporta a outro, devidamente identificado e que tratou de matéria idêntica" (STJ-2ª Turma, Resp 1.219-RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 29.11.89).

"As decisões que, por brevidade, adota como base as razões do administrador da massa e a manifestação do MP não é desfundamentada". (RSTJ 58/36).

pelo dano sofrido pela parte, já que há a possibilidade de o sucumbente sofrer danos emergentes e danos morais advindos de uma sentença injusta, mesmo que venha a ser reformada.

Não há dúvidas quanto à importância da motivação e da fundamentação, o que possibilita a tarefa da análise da decisão no tocante ao seu acerto ou não.

A própria falta desses elementos torna a decisão nula^{22 23}, caracterizando a falha do magistrado, que se equivoca ao proferir decisão sem a observância da exigência da motivação e da fundamentação. Os defeitos cometidos pelos juizes no desempenho de sua atividade jurisdicional podem acarretar danos aos "consumidores" da atividade jurisdicional.

Já se discorreu sobre os tipos de atos. Deve-se pesquisar, neste momento, como esses atos podem causar danos. A tomada de uma decisão contrária à norma jurídica aplicável à espécie caracteriza um erro judicial, como também a demora em proferi-la.

Os danos causados por esses procedimentos podem ser de natureza patrimonial e moral. O primeiro ocorre quando há diminuição efetiva do patrimônio da vítima causado pela decisão, como, por exemplo, uma condenação indevida a pagar uma determinada quantia. O segundo tipo de dano é subjetivo e acontece quando alguém sofre a dor de uma condenação ilegal, atingido o psíquico, tendo a moral abalada.

É importante salientar que a decisão tecnicamente correta, assentada de acordo com as provas nos autos e com a lei, muitas vezes pode conter um conteúdo moral injusto, passível de acarretar, principalmente, danos morais. Mas nesses casos não há que se falar em erro do ato judicial, até porque não existiu, muito menos o dever de responder patrimonialmente.

O erro existirá quando o ato jurisdicional, decisão interlocutória ou sentença, não contiver a fundamentação e a motivação ou quando estes estiverem erroneamente editados, sendo possível observar que os fatos expostos foram analisados de forma negligente ou até com dolo, caso haja o desejo explícito em proferir a decisão contrária ao ordenamento jurídico pertinente à espécie.

A omissão também pode acarretar um dano, que se traduz quando o juiz demora a decidir, podendo ser caracterizada a protelação desmotivada um tipo de erro derivado da função jurisdicional

É fato incontroverso que os atos praticados pelos magistrados podem conter erros que acarretam danos aos particulares.

²² "A exemplo da sentença, o acórdão há de ser proferido com fundamentos, em que o juiz analisa as questões de fato e de direito. Tratando-se de requisito essencial, a sua falta acarreta nulidade do ato judicial" (STJ-3ª Turma, Resp 14.609-MG, rel. Min. Nilson Naves, j. 24.3.92.)

²³ "É nula a sentença não fundamentada, como tal se considerando o que é omissa a respeito de ponto relevante da defesa" (RSTJ 60/38, STJ 2ª Turma, Resp 13.471-0, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 31.3.93).

BIBLIOGRAFIA

- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil- vol. I, tomo II.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1994. **Comentário à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989. v.2
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Editora Polis, 1989. **A era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v.1. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999. v.2. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Fernandez Barbery, Campinas: Bookseller, 1999. v.3,
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1945 v.3.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t.2
- NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civi e Legislação Processual em Vigor.** 27 ed. São Paulo: araiva, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 1989. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** São Paulo: RT, 1997.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional.** 2. ed. São Paulo: RT,1997.
- SILVA, Ovídio A. B. **Curso de Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: RT,1998. v.1
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processo Civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.1.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **A Constituição na Visão dos Tribunais. Volume I - Arts. 1º a 43.** São Paulo: Saraiva,1997.
- TUCCI, Rogério Lauria et CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ
Mestre em Direito Constitucional
Procurador do Município de Fortaleza
Professor de Direito Constitucional - Universidade de Fortaleza
Doutorando em Filosofia do Direito - UFMG

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL.

A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem, por fato a ela imputável, ou por fato imputado a pessoas ou coisas que dela dependem ou a ela estejam sujeitas. Elemento fundamental para a sua caracterização é a culpa do agente, a qual, segundo o magistério de René Savatier, em obra que se tornou clássica no tema em debate,

"... é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se ele o conhecia efetivamente e, o violou deliberadamente, existe um delito civil, ou, em matéria contratual, dolo contratual".¹

Ennecerus, Kipp & Wolff, por sua vez, definem a culpa, em sentido amplo, como

"... una falta de la voluntad en virtud de la cual una persona puede ser hecho responsable del acto contrario a derecho cometido por ella. Esta falta de la voluntad consiste en obrar a pesar de haber pensado en las funestas consecuencias del acto que debiera haberle apartado del mismo".²

¹ Savatier, René. *Traité de la Responsabilité Civile*. Tomo I. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 1. "La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer. S'il le connaissait effectivement et l'a délibérément violé, il y a délit civil, ou, en matière de contact, dol contractuel".

² ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor & WOLFF, Martin. *Manual de Derecho Civil (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts)*. Tradução Espanhola: José Puig Brutau. Parte I. Tomo II. Barcelona: BOSCH, 1950, p. 438.

A culpa, que deve ser judicialmente provada, é, com efeito, a pedra angular da qual se deve partir para que se dê por configurada a responsabilidade civil. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão constante da Revista dos Tribunais n. 612, p. 44: "Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato de ato culposo, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento". No mesmo sentido, pronunciou-se o Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, nos autos da Apelação Cível 98.02.01737-0/RJ, da relatoria do Desembargador Federal Arnaldo Lira (Lex-JSTJeTRE, ano 5, nov/93, n. 51, p. 423):

"A responsabilidade civil repousa, substancialmente, no elemento subjetivo culpa, lato sensu. Indemonstrada a sua ocorrência, não há como impor o dever de indenizar a vítima, ao pretensão responsável pelo prejuízo que lhe foi causado pelo evento danoso".

Ainda segundo Savatier, em todos os âmbitos da responsabilidade civil, o ato ilícito que pode justificar a responsabilização do agente é composto de dois elementos essenciais, um de ordem subjetiva, outro de natureza objetiva: a existência de um dever violado e a imputabilidade do agente.

1.1. A EXISTÊNCIA DE UM DEVER VIOLADO.

Para Savatier (*op.cit.*, pp. 7-8) a existência, a extensão e os efeitos da prática, apontada, de um ato ilícito, para fins de responsabilidade civil, só pode ser levada a cabo por meio da comparação, confrontação da conduta concreta do agente, pressupondo-se sua probidade e diligência em função da observância dos seus deveres: a) o dever legal (a prática de um fato ou de uma abstenção previstos em lei); b) o dever moral (a prática ou abstenção de um ato que, embora não previstos expressamente no sistema legal, são tutelado pela ordem jurídica); c) o dever contratual; d) o dever geral de não fazer mal a terceiros.

1.2. A IMPUTABILIDADE DO AGENTE.

A culpabilidade, ainda segundo Savatier (*op.cit.*, pp. 205-206), pressupõe a imputabilidade: "Assim, a culpa não comporta somente a violação de um dever, mas no que se refere ao agente, a possibilidade de o observar"³. Como elementos da imputabilidade, aponta:

a) a possibilidade, para o agente, de conhecer o dever violado; se o ato praticado é legítimo, mesmo que cause danos, o agente está isento de culpa, vez que ele não tinha a possibilidade de conhecer o dever não observado.⁴

b) a possibilidade, para o agente, de observar o dever do qual tem ciência, pois ele deve, diante da possibilidade de observar o dever, ter, voluntária e livremente, criado a situação de sua não observância.

c) a previsibilidade e a evitabilidade da situação na qual não houve a observância ou o cumprimento do dever; somente quando o seu ato ou a sua abstenção voluntários pudessem tornar previsível a inobservância ou inexecução do seu dever, é que o agente comete um ato culpável; da mesma forma, somente quando uma conduta diferente da que o agente tomou pudesse evitar a violação previsível do dever é que o seu ato pode ser considerado culposos; nesse particular, toda ilicitude ou culpabilidade do ato desaparecem quando a consequência ilícita ou danosa já era inevitável quando ela se tornou previsível. (*op.cit.*, pp. 205-208).⁵

José Aguiar Dias, autor de uma obra das mais sistemáticas sobre o tema da responsabilidade civil, nota que a doutrina francesa, por muito tempo, debateu os seus conceitos essenciais e estruturais. Mostra, porém, que o artigo 159 do Código Civil brasileiro solucionou muitos dos problemas debatidos em França, ao definir o que é o ato ilícito: "Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Para Aguiar Dias,

"Das noções expostas, ficou-nos a concepção da culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício da vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o ato não é querido pelo agente. A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.

³ "Ainsi, la faute ne comporte pas seulement la violation d'un devoir, mais, chez l'agent, la possibilité de l'observer" (*idem*, p. 205).

⁴ "Alors, l'erreur a été légitime, l'agent est exempt de faute, car il n'avait pas la possibilité de connaître le devoir inobservé" (*idem*, p. 206).

⁵ Nesse tópico, Savatier acrescenta que, a rigor, a previsibilidade e a evitabilidade não recaem sobre o dano, em si considerado, mas em sua causa, isto é, a alegada inobservância do dever jurídico (*idem*, pp. 207-208).

[...]

Como quer que seja, o que o nosso Código Civil tem em vista é o ato ilícito. Este acarreta, 'de si só e originariamente, o vínculo da obrigação. Nele, concorrem elementos objetivos e subjetivos'.⁶

Um aspecto de especial relevância, na teoria da culpa, é a imagem *standart* de homem diligente e probo, herdada do direito romano (o *bonus pater familias*). Mostra, Savatier (op.cit., pp. 208-209), quanto ao tema, que tal idéia padrão não passa de mero indicativo, de ordem generalíssima, vez que tal conceito, tal imagem, só pode se delinear, ou mesmo se concretizar, como parece óbvio, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto e, principalmente, tendo em vista as características físicas e psíquicas daquele a quem se atribui a prática do ato que se afirma ter causado um prejuízo a alguém. Além disso, cabe, em grande parte, ao suposto prejudicado provar de forma inequívoca as suas alegações.

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

A doutrina, à unanimidade, tem considerado que os pressupostos ou requisitos essenciais para que se tenha por configurada a responsabilidade civil são:

- a) a existência de um fato;
- b) a ilicitude deste fato;
- c) a imputação desse fato ao agente;
- d) um dano experimentado pela suposta vítima;
- e) o nexo de causalidade entre esse fato e o dano supostamente causado pelo agente e experimentado pela vítima.⁷

Desnecessário dizer que a presença de tais requisitos é *cumulativa* e não meramente alternativa. A ausência de um só deles, impede que se configure a obrigação de indenizar. A clareza de tais requisitos, cuja compreensão se dá pela só leitura de seu enunciado, não causa maiores

⁶ AGUIAR DIAS, José. *Da Responsabilidade Civil*. 8a. edição. Tomo I. Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 143-145.

⁷ Nesse sentido: RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. Vol. IV. 13a. edição. Saraiva: São Paulo, 1993, p. 14; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 332-336; CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Ignácio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. 4a. edição. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1956, pp. 531-534.

dificuldades ao intérprete. Talvez fosse, no entanto, esclarecedor, tecer alguns comentários em torno do nexo de causalidade.

2.1. O NEXO DE CAUSALIDADE.

Para que surja a obrigação de indenizar - afirma Silvío Rodrigues (op.cit., p. 18) - "mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentou um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente".

Luiz da Cunha Gonçalves, autor de um dos tratados dos mais sistemáticos em matéria de Direito civil, mostra que a "causa geradora" ou "causa eficiente" que se requer relacionada com o dano é aquele que necessariamente produziu o prejuízo em questão, pela sua simples ação, quer isoladamente ou com o concurso de certas condições ou de uma condição excepcional⁸. Isso significa, claro está, que a relação que se produz entre causa e dano é precisamente uma relação de causa e efeito, na qual o dano deve necessariamente decorrer das conseqüências da causa, que deve ser a conduta, a ação ou omissão livre e voluntária do agente. Não havendo tal relação de conseqüencialidade, mesmo que se possa vislumbrar, na situação de fato retratada, uma longínqua participação do agente no evento danoso, não se há falar em obrigação de indenizar:

Como bem doutrina Orlando Gomes (op.cit., pp. 332-333), o nexo causal

"... é uma relação de causa e efeito entre o fato e o dano. Não basta que o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza, na realidade, como conseqüência desta, e não de outro acidente".

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da apelação cível n. 63.730, de São João del Rey:

⁸ Cf. CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil*. 2a. edição. Vol. XII. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 571. Para o autor, "a condição não produz e efeito; agrava e favorece o dinamismo normal da causa, afasta os obstáculos que impediriam os efeitos" (p. 571).

*"Nas ações de indenização por atos ilícitos, com fundamento no art. 159 do Código Civil, não basta a presença de certos fatos isolados, sendo necessário que entre o efeito danoso de que se queixa o autor exista um nexo de causalidade, provocado pela voluntariedade da ação ou da omissão do réu"*⁹

3. O DANO MORAL

No direito brasileiro, foi muita lenta a evolução jurisprudencial e doutrinária do dano moral. Um partidário, pioneiro e erudito, da possibilidade de sua indenização foi o em. Min. Pedro Lessa, que, nas primeiras décadas do século em curso, manifestou suas convicções num voto divergente da opinião dominante no Supremo Tribunal Federal, que rechaçava terminantemente tal possibilidade, pois a maioria dos ministros entendia que tal espécie de dano não podia ser avaliado e, portanto, não poderia ser ressarcido (Cf. Revista Forense, Vol. 45, p. 521).

Posteriormente, evoluiu-se para admitir a indenização do dano moral, desde que resultasse em dano material (Cf. Revista dos Tribunais, Vol. 72, p. 385). Durante a vigência da autoritária emenda n. 1, de 1969, o Supremo Tribunal Federal, construiu o entendimento de que a indenização por dano moral é cumulável com a indenização do dano material, vez que os termos do art. 159 do Código Civil devem ser entendidos como abrangendo a possibilidade de indenizar os danos de natureza moral. Tal posicionamento, também adotado desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, foi inclusive sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça que, o consolidou no enunciado n. 37 de sua Súmula. A Constituição Federal de 1988, suprimiu qualquer possibilidade de discussão quanto ao tema (art. 5º, inc. V e inc. X). Da mesma forma, o Código do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VI, dispõe acerca da "efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

3.1. O CONCEITO DE DANO MORAL.

Dano, na teoria geral da responsabilidade civil, é toda e qualquer

⁹ Apud Humberto Theodoro Júnior. Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 68.

diminuição do patrimônio da vítima, considerando-o, cronologicamente, antes e depois do evento danoso. No caso do dano moral, o conceito a ser formulado reveste-se de peculiaridades, vez que o prejuízo que experimenta a vítima não possui natureza patrimonial ou de ordem econômica.

De acordo com o magistério do clássico Wilson Melo da Silva, cuja definição dispensa quaisquer acréscimos ou comentários:

"Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta DEMOGUE. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final.

Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.

*Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal".*¹⁰

Segundo Henri Mazeaud e Leon Mazeaud, há duas espécies de dano moral. Uma, refere-se à "parte social do patrimônio moral", a exemplo da honra, reputação, consideração; outra, que diz respeito ao indivíduo, em suas afeições internas. Mas reconhecem, no entanto, que suas características, qualquer que seja, destas duas faces, o prisma sob o qual se o analise, são 1) a certeza e objetividade em sua ocorrência e verificação e 2) a personalidade, vale dizer, a titularidade ou coincidência entre o dano e aquele que demanda a sua indenização.¹¹

A certeza do dano ou prejuízo, para estes tratadistas, se refere ao fato de que ele não deve ser simplesmente hipotético ou eventual, mas objetivamente determinável (op.cit., p. 235). Justamente nesse ponto, Adriano de Cupis mostra, a propósito, que "o direito não pode levar em conta as

¹⁰ MELO DA SILVA, Wilson. O Dano Moral e sua Reparação. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 13-14.

¹¹ MAZEAUD, Henri & MAZEAUD, Léon. Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle e Contractuelle. Tomo I. 4ème édition. Paris: Sirey, 1947, pp. 318-319.

fantasias e as ilusões de eventuais vantagens".¹²

Para Carvalho de Mendonça (op.cit., p. 453), que possui opinião divergente quanto ao aspecto da honra, o que se busca reparar, no tocante ao dano moral, não é nenhum prejuízo de ordem econômica, patrimonial, mas o sofrimento íntimo do lesado. O que se busca atenuar é um desconforto interno, íntimo, nunca, por exemplo, a reputação objetiva do indivíduo perante seus semelhantes, nunca a opinião do público sobre a vítima. O que está em questão, a bem da verdade, é a violação, a oposição de obstáculos à livre e normal expansão de nossa personalidade.

Como quer que seja, já que se trata de um tema polêmico desde o início em que foi considerado, já se pode notar, das lições de René Savatier (op.cit., pp. 37-38), que à idéia de culpa, para fins de responsabilidade civil por dano moral, está essencialmente conectada à idéia de violação consciente de um dever imposto ao sujeito pela ordem jurídica e que cause um mal evidente à vítima. Com efeito, para o tratadista francês, neste tópico especial, todo ato culposos, em princípio, se causar um dano a terceiros, é um ato ilícito juridicamente sancionável. No entanto, a responsabilidade civil ligada ao dano de natureza moral exige três condições:

- a) é necessário provar, desde logo, que se trata de um dever moral preciso e de um objeto certo e determinado;
- b) em seguida, é necessário que o dever moral se refira a um fato certo ou a uma abstenção;
- c) enfim, é imperioso que a inexecução do dever moral tenha causado um dano a quem se diz prejudicado.

Ora, não havendo um decréscimo patrimonial, uma lesão ao patrimônio econômico ou material da vítima, mas ao seu patrimônio ideal, como acima destacado, a indenização que se busca é meramente satisfatória, e não reparatória, pois não se pode negar, mesmo com a evolução da doutrina e da jurisprudência, que é impossível avaliar economicamente a extensão do desconforto ou do sofrimento moral que ela experimenta, em virtude da ofensa à sua integridade psíquica. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, já no ano de 1973, reconheceu, à unanimidade, que:

¹² DE CUPIS, Adriano. *Il Danno - Teoria Generale della Responsabilità Civile*. Milão: Giuffrè, 1954, item n. 12: "Il diritto non può tener en conto delle fantasie e delle illusioni di eventuali vantaggi".

"... o dano moral é um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida para o qual não se encontra uma estimação perfeitamente adequada"

e que a soma que se paga, a título de indenização, não importa numa exata reparação (Recurso Extraordinário n. 69.754/SP. Rel. em. Min. Thompson Flores. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 485, p. 230).

É o caso, neste particular, de comparar tal entendimento jurisprudencial com o que demonstra Arnaldo Medeiros da Fonseca:

"Para que se configure o dano moral, é necessário

- a) um sofrimento, seja moral ou físico, do paciente;
- b) que o mesmo resulte de lesão de um direito não patrimonial de que ele seja titular, não envolvendo perda pecuniária".¹³

Daí decorre que, além dos requisitos essenciais para que se configure a responsabilidade civil - ação ou omissão do agente, culpa do agente, nexos de causalidade e dano - é essencial a avaliação das alegações de quem o demanda, é imprescindível avaliar séria e criteriosamente a situação de fato exposta, pois é principalmente da comprovação judicial da existência e extensão da alegada dor e do prejuízo que o demandante está efetivamente a sofrer, que decorrerão as consequências previstas pelo ordenamento jurídico.

Um dos pontos essenciais para elucidar a questão do dano moral reside no conceito de dor. Wilson Melo da Silva (op.cit., pp. 247-248), divide este conceito em dois: dor física, que resulta propriamente de uma lesão ao corpo humano, ofendendo a sua integridade e dor-sensação, na qual

"... são as idéias que, desencadeando, notadamente, fenômenos de vasoconstricção, determinam no indivíduo a dolorosa sensação dos sofrimentos íntimos, da depressão moral, da angústia".

Isso significa que o dano moral, deve causar à pretensa vítima um mal estar psíquico, um desconforto espiritual em virtude de um ato, comissivo ou omissivo, daquele apontado como ofensor. A ofensa deve causar, no sujeito pretensamente ofendido, uma modificação de suas emoções, de sua

¹³ MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Verbetes: Dano Moral*. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. J. M. Carvalho Santos e José de Aguiar Dias (orgs.). Vol. XIV. Rio de Janeiro: Borsci, pp. 242-248.

capacidade de situar-se no mundo, uma agressão à sua capacidade de entender, sentir ou agir, imediatamente derivada da situação causal. A dor, no caso, deve, segundo Pontes de Miranda, retirar o indivíduo da normalidade de sua vida, e isso para pior.¹⁴

Vê-se, pois, que a dor que justifica a indenização por dano moral não é qualquer estado emocional de que padeça quem o alega, mas deve ser de tal intensidade que, projetando-se de sua dimensão espiritual para sua vida *in concreto*, reflita em seu crédito, a prive da situação econômica de que antes gozava por não mais estar capacitada ao trabalho, provenha de grave ofensa física, ou mesmo debilite a sua resistência física. Eis aí alguns exemplos do que deve ser a dor-sensação no âmbito do dano moral (comparar, a propósito, com acórdão constante da Revista dos Tribunais, vol. 693, pág. 118).

Para além das inumeráveis digressões doutrinárias, mister se faz recorrer à definição jurisprudencial do dano moral, construída pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Na década de '20, o em. Min. Pedro Lessa, relatando a Ação Cível n. 3.585, já definira o dano moral como aquele que afeta "a honra, a liberdade, a amizade, a afeição e outros bens morais, mais valiosos do que os econômicos". (In: Revista Forense, Vol. 37, p. 202).

A notável intuição do eminente julgador conduz a extrair do próprio texto constitucional vigente as esferas da personalidade humana que a ordem jurídica tutela no tocante ao dano moral. Com efeito, segundo o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal,

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

Partindo de tais determinações constitucionais como ponto de partida hermenêutico do qual não se pode desviar, é forçoso admitir que a ordem jurídica em vigor não exclui, por certo, a indenização ao dano moral. No entanto, aquele que a demanda deve provar inequivocamente, além dos requisitos clássicos para que se configure a responsabilidade civil, que o dano foi causado à sua intimidade, à sua vida privada, à sua honra e à sua imagem.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2a. reimpr., 1984, Tomo XXVI, parágrafo 3.108, item n. 02.

Todas estas noções, apesar de gerais, são conceitualmente determináveis e apenas no caso concreto adquirem plena concretude, pois somente com a análise das circunstâncias da lide deduzida em juízo em que se poderá discernir e apurar se houve ou não a alegada violação. No caso concreto, verá Vossa Excelência que nenhuma destas esferas da personalidade do autor foi violada pelo suposto procedimento imputado à promovida, o que implica, logicamente, na improcedência do pedido.

Quanto ao tema, e mais recentemente, o em. Min. Francisco Rezek, assim se manifestou:

"Penso que o que o constituinte brasileiro qualifica como dano moral, é aquele dano que se pode depois neutralizar com uma indenização de índole civil, traduzida em dinheiro, embora a sua própria configuração não seja material. Não é como incendiar-se um objeto ou tomar-se um bem da pessoa. É causar a ela um mal evidente". (Voto-Vista no RE 172.720/RJ. STF, 2ª. Turma (DJU 21.02.97). In: Lex-JSTF, Vol. 224, p. 215 (esp.p. 222).

Isso significa que deve ser evidente o mal causado à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de quem alega ter sofrido um dano moral. Não basta alegar *simpliciter* a dor psíquica, afetiva ou emocional. É preciso que o juiz disponha de alegações sérias e objetivas para que possa avaliar se realmente aquele que a alega está mesmo a experimentar um desconforto psíquico, e não a expor meros caprichos. Como bem afirma Cunha Gonçalves:

"A reparação não é devida a quaisquer carpideiras. Não basta fingir dor, alegar qualquer espécie de mágoa; há gradações e motivos a provar e que os tribunais possam tomar a sério" (Tratado de Direito Civil, cit., p. 547).

De minimis non curat praetor...

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO MUNICIPAL Nº 9321, DE 08 DE FEVEREIRO DE 1994, DISCIPLINADOR DOS TRÂMITES DOS PEDIDOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

MARIA CARNEIRO SANFORD
Procuradora do Município de Fortaleza

O Estado Democrático de Direito tem sua essência nos valores de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa.

A Lei no Estado Democrático de Direito, continua sendo a fundamentação maior de seus atos, mas, aqui ela existe para regulamentar a busca da igualdade, mesmo entre os socialmente desiguais e, garantir o exercício e gozo dos direitos fundamentais.

São princípios do Estado Democrático de Direito:

- a) Princípio da Constitucionalidade;
- b) Princípio Democrático;
- c) Princípio dos Direitos Fundamentais (Individuais, Coletivos, Sociais e Culturais);
- d) Princípio da Justiça Social;
- e) Princípio da Igualdade;
- f) Princípio da Divisão de Poderes;
- g) Princípio da Legalidade;
- h) Princípio da Segurança Jurídica.

A Administração Pública representa dentro do Estado Democrático de Direito o meio material, financeiro e humano de executar decisões políticas baseadas em seus fundamentos.

Não seria de estranhar que a Administração Pública se baseasse em princípios iguais ou derivados dos princípios que consubstanciam o Estado Democrático de Direito.

São princípios da Administração Pública:

- ⇒ Legalidade
- ⇒ Finalidade
- ⇒ Impessoalidade
- ⇒ Moralidade
- ⇒ Eficiência
- ⇒ Proibição administrativa
- ⇒ Publicidade
- ⇒ Licitação Pública
- ⇒ Prescritibilidade dos ilícitos administrativos
- ⇒ Responsabilidade

O Princípio da Licitação encontra amparo constitucional no art. 37, XXI, da CF:

"Art. 24 - Omissis

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". (grifos nossos)

Não podemos analisar o princípio da Licitação Pública isoladamente, uma vez que os princípios são como uma corrente, em que um único elo não pode faltar, por prejudicar a compreensão do todo.

Por este dispositivo legal, de natureza principiológica, pode-se verificar que a licitação pública e prévia é a regra para as contratações administrativas e se aplica indistintamente à Administração Direta e Indireta.

Nesta única norma coexistem princípios elencados como do Estado Democrático de Direito, como da Administração Pública.

Licitando, portanto, significa que a Administração Pública deve selecionar com quem contratar, definir as condições de direito e de fato no

intuito de obter sempre a proposta mais vantajosa, subordinando-se aos princípios gerais, além dos específicos, definidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e suas alterações posteriores.

Proposta mais vantajosa é aquela em que a prestação do serviço pelo particular se adequa e satisfaz ao interesse público, além da Administração assumir prestação menos onerosa com a melhor qualidade do serviço.

A ausência de licitação somente se admite por exceção e, tão somente, nos casos indicados em lei. As exceções encontram respaldo constitucional e nas definições legais da Lei de Licitação e Contratos Administrativos.

Em que pese ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, não suprime o poder de cada ente federativo autônomo de dispor sobre determinados ângulos da matéria, tais como normas específicas.

Iniciando o tema, sobre o qual nos propomos a escrever, começaremos afirmando que o Decreto nº 9.321, de 08 de fevereiro de 1994 é constitucional. Como ato geral, normativo e jurídico perfeito, o Decreto nº 9321/94 pode ter seu cumprimento exigido no âmbito municipal.

O artigo 1º dispõe que os pedidos de dispensa ou reconhecimento de inexigibilidade de licitação seguirão os seguintes trâmites:

"1 - A SOLICITAÇÃO, DEVIDAMENTE PROCESSADA E PROTOCOLIZADA, SERÁ FORMULADA PELO SETOR COMPETENTE DE CADA ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO AO RESPECTIVO SECRETÁRIO OU DIRIGENTE MÁXIMO, INSTRUIDA COM OS SEGUINTE ELEMENTOS".

Pelo *caput* do inciso *supra*, o setor que necessita dos serviços, das obras e das compras, em requerimento, devidamente motivado e instruído, solicita aos Secretários, Presidentes ou Superintendentes o pedido de dispensa ou inexigibilidade de licitação. É necessário que a documentação instrutória e o requerimento sejam materializados em forma de processo, constando nos protocolos do órgão/entidade respectiva.

A instrução do processo se verifica através de elementos

determinados, especificados nas alíneas do inciso I do art. 1º:

a) Caracterização da situação de fato – inclusive a emergencial ou calamitosa, quando for o caso – que justifique a dispensa ou reconhecimento da inexigibilidade;

A contratação direta não consiste em oportunidade para que o agente público pactue contratos inadequados, prejudiciais ou sem obedecer os trâmites legais exigidos pela Lei.

A norma da alínea "a" deflui do art. 26 da Lei 8.666/93 e suas alterações.

As dispensas ou inexigibilidades devem ser necessariamente justificadas. No entanto, aqui chamamos atenção: o requerimento do setor competente solicitando a dispensa ou inexigibilidade vai servir apenas de fundamento para a Justificativa. No caso, a Justificativa é da autoridade competente tanto para a ordenação da despesa, como para a homologação da dispensa ou inexigibilidade e nunca do chefe do setor requisitante.

Quem responde pelo órgão ou entidade são os Secretários, Presidentes ou Superintendentes, e, portanto, somente a eles cabe a Justificativa dos pedidos de quaisquer das modalidades de dispensa ou inexigibilidade, os quais serão enviados à PGM para análise legal do processo.

Até nos casos de inviabilidade de competição ou fornecedor exclusivo, *ex-vi* das normas do *caput* do art. 25 e inciso I, ambos da Lei 8.666/93, tem de haver justificativa, objetivamente evidenciada e comprovada de forma inquestionável.

A caracterização da emergência ou da situação calamitosa se faz necessária nos pedidos de dispensa do art. 24, IV da Lei 8.666/93 e suas alterações.

Como dissemos anteriormente, a dispensa e a inexigibilidade de licitação não constituem a regra, mas sim exceção.

A emergência, como a calamidade pública é uma situação fática onde há potencial de dano ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. A emergência só pode ser alegada para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial atípica e, para parcelas a serem concluídas no

prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, enquanto na calamidade pública, uma vez que o risco é generalizado, pode ser dispensada licitação para toda área do evento.

Considerando os limites impostos pela Lei a emergência não pode ser fabricada.

A urgência referida na Lei (art. 24 IV) tem que ser interpretada de forma cautelosa. O dispositivo enfocado refere-se somente aos casos em que um procedimento licitatório normal, pela demanda de tempo, impediria uma ação imediata para solução de problemas irreparáveis.

Quanto a esta matéria trazemos a lume os ensinamentos do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles em sua obra Licitação e Contratos Administrativos, 9ª edição, pgs. 97 e 98 :

" Casos de emergência – A emergência que dispensa a licitação caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas (Estatuto, art. 22, IV).

A emergência há que ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obras, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado. Nisto se distingue dos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública em que a anormalidade ou o risco é generalizado, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento.

Exemplificando, são casos de emergência o rompimento do conduto de água que abastece a cidade; a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo; a ocorrência de um surto epidêmico; a quebra de máquinas ou equipamentos que paralise ou retarde o serviço público, e tantos outros eventos ou acidentes que transtornam a vida da comunidade e exigem prontas providências da Administração. Em tais casos, a autoridade pública responsável, verificando a urgência das medidas administrativas, pode declará-las de emergência e dispensar a licitação para as necessárias contratações, circunscritas à debelação do perigo ou à atenuação de danos a pessoas e bens públicos ou particulares. O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar

baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa de licitação. (grifos nossos).

b) Indicação do dispositivo legal que ampare o pedido;

Dada a solar clareza desta norma, deixamos de fazer comentários sobre o assunto.

c) A razão da escolha do co-contratante;

A contratação direta pressupõe um procedimento simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para Administração Pública. Na realidade, ela não exclui os pressupostos da licitação, sendo obrigatório a observação de formalidades prévias, tais quais as dos requisitos do art. 7º, 14, 26, 27, 28, 29, 30, dentre outros todos da Lei de Licitação e Contratos.

A administração (leia-se autoridade competente) deve justificar não apenas os pressupostos da ausência de licitação, mas indicar os fundamentos da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta.

É nessa justificativa que o Administrador irá demonstrar as razões para dispensa ou inexigibilidade, por que a escolha recaiu em um determinado fornecedor e mais, qual o interesse público a ser atingido e, por que só poderá ser realizado pelo fornecedor escolhido.

d) Justificativa do preço com anexação de pelo menos três orçamentos, a não ser quando se trate de fornecedor exclusivo;

Todo gestor de recursos públicos não pode eximir-se de justificar o preço de uma contratação direta.

Tratando-se de dinheiro público e da necessidade de prestação de contas, o princípio da razoabilidade deve ser aplicado. O preço deve ser razoável para desembolso pela Administração Pública - A relação custo-benefício tem que ser preservada.

A justificativa do preço se torna ainda mais obrigatória nas dispensas e inexigibilidades, em virtude da ausência de oportunidade para fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados.

Este dispositivo deve ser aplicado até nos procedimentos

licitatórios. Não se pode, sob a alegação da realização de Licitação, contratar por preço fora de mercado, exorbitantes ou desarrazoados. (V. art. 48 da Lei nº 8.666/93).

O Decreto exige a anexação aos pedidos de dispensa, no mínimo de três orçamentos para que se compare os preços e reste mais evidenciada a escolha da Administração Pública.

Impõe-se a justificativa do preço evitando assim o superfaturamento, pois respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis

Para os fornecedores exclusivos é obrigatório constar no processo Carta de Exclusividade atualizada, obedecendo-se em tudo ao disposto no art. 25, I.

II - O PEDIDO DEVERÁ CONTER, NECESSARIAMENTE, O VISTO DA RESPECTIVA ASSESSORIA JURÍDICA.

Este visto da Assessoria Jurídica responsabiliza os pareceristas. Chamamos atenção para as sanções administrativas e penais, que poderão ser aplicadas aos Assessores Jurídicos envolvidos nos processos de dispensa e inexigibilidade, sem a observância dos dispositivos legais da Lei de Licitação e Contratos Administrativos. (v. artigos 81 e seguintes da Lei 8.666/93 e suas alterações).

III - APÓS PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO, DECIDIRÁ SOBRE O MÉRITO O SECRETÁRIO OU DIRIGENTE MÁXIMO DE CADA ÓRGÃO OU ENTIDADE, DEVENDO O DESPACHO SER PUBLICADO NO DIÁRIO OFICIAL DO MUNICÍPIO.

Parágrafo único "...Prescindirão de parecer da PGM os pedidos formulados com amparo nos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993".

Todas as etapas anteriores hão de ser cumpridas e antecedem a remessa do processo a PGM.

Qualquer solicitação de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação deve ser antecedida de atos administrativos internos, destinados a verificar sua necessidade, apurar o interesse público a ser atendido, especialmente no plano das características técnicas e econômica do serviço. O Administrador tem o dever de cogitar de todas as soluções possíveis do ponto de vista técnico, econômico e que melhor satisfaça o interesse público.

Questionou-se muitas vezes se as autoridades só se manifestariam após parecer da PGM. Mas por todo o exposto já restou sobejamente comprovado que a questão técnica, o interesse público e outros elementos devem constar da Justificativa, que é ato anterior à análise de ordem legal. A Justificação prévia, é necessária para análise legal dos processos, vez que o Procurador desconhece a situação fática, a qual originou o pedido de Dispensa ou Inexigibilidade.

É exatamente pela Justificativa que o parecerista analisa a situação fática e emite parecer sobre a correlação dos fatos com os dispositivos legais. Posteriormente, o processo será devolvido à autoridade competente para dispensar, declarar a inexigibilidade, homologando-as, se for o caso, realizar os contratos e ordenar as despesas.

Com estas breves considerações esperamos ter esclarecido os aspectos do Decreto Municipal 9.321/94.

Fortaleza, 22 de agosto de 2000.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA

FRANCISCA GLÁUCIA CARVALHO PONTES LIMA
Procuradora Chefe da Procuradoria Jurídico-Administrativa

Aposentadoria, um dos direitos sociais do cidadão, repousa no sistema jurídico brasileiro basificado pela solidariedade humana, donde a população ativa é o sustentáculo dos inativos, na tentativa basilar de assegurar a sobrevivência e a dignidade de quem já foi um dia arcabouço da Previdência Nacional.

No nosso sistema doutrinário brasileiro, José dos Santos Carvalho Filho define-a como:

"aposentadoria é o direito garantido pela Lei Maior ao servidor público de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos".

Helly Lopes Meireles conceitua:

"a aposentadoria é a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções".

Já Diógenes Gasparini preleciona que:

"a aposentadoria é o direito à inatividade remunerada que a Constituição Federal, art. 40, assegura ao servidor público civil em razão do tempo dedicado ao serviço público ou de incapacidade para o desempenho de suas funções". ()

Desta feita, é fundamental concluirmos que, o servidor, quando finalizar o vínculo de trabalho com o serviço público, e atender os requisitos previstos na lei, poderá passar para a inatividade, com percepção de proventos de forma integral ou proporcional.

Este instituto é açambarcado pela Previdência Social, que é uma espécie do gênero Seguridade Social, e é composta de princípios, normas e instituições, cujo intuito é a proteção social, mediante contribuição, proporcionando a subsistência do segurado e de sua família.

A Previdência Social no Brasil, tem percorrido décadas em *deficit* progressivo, carente de uma reforma que garanta sua existência contínua.

Na ânsia eloqüente de encontrar o caminho adequado para tal, foi editada a Emenda Constitucional nº 20, em 15.12.98, considerada como a "Reforma da Previdência Social".

Em verdade, uma série de alterações recaíram sobre os preceitos aposentatórios oriundos da Constituição, cujas determinações principais e definitivas para os servidores públicos, firmaram-se no art. 40, incisos e § 5, da nossa Lex Magna.

As regras oriundas deste dispositivo legal, determinaram as modalidades de aposentadoria, em caráter definitivo: por invalidez permanente, compulsória e voluntária (por idade ou cumulada por idade e tempo de contribuição).

Tais modalidades serão comentadas com minúcias, *a posteriori*, no desenrolar do nosso trabalho.

Na oportunidade, é relevante frisarmos, que foi previsão dos constitucionalistas, que as novas normas aposentatórias gerassem, como de fato vem gerando, os mais diversos conflitos. Para tanto, e ainda no intuito de preservar direito dos servidores que ingressaram no serviço público antes da edição da Emenda, esta estabeleceu regras transitórias nos seus arts. 3º, 4º e 8º.

MODIFICAÇÕES BÁSICAS DA EMENDA

1. Instituiu-se o caráter contributivo para o sistema previdenciário, onde é necessário que sejam observados o equilíbrio financeiro e atuarial.

Preservar este equilíbrio significa muito. Dá margem a plano de custeio real e de benefícios realistas. Comporta regime financeiro de capitalização, para benefícios programados, e de repartição simples, para as

prestações de risco. Acolhe as premissas atuariais e, com isso, obriga o controle por parte de matemáticos, impondo revisões periódicas.

Outro ângulo da questão que deve ser redimensionado, é a análise e aplicação de algumas leis ordinárias atuais, frente a contributividade e a formatação da faculdade respectiva, como por exemplo, aquelas que dão caráter punitivo, com cassação do período em que o servidor cometeu falta injustificada, entretanto contribuiu, pois é compulsório.

2. A Emenda Constitucional nº 20/98, acabou com a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria, instituindo novo sistema, onde tudo será galgado, tendo como escopo o tempo de contribuição.

Embora tenha dado termo a este paradigma, tempo de serviço, albergou-o como direito adquirido do servidor, e automatizou a conversão como tempo de contribuição nos termos do art. 4º da dita Emenda.

Este tempo de contribuição será parâmetro, inclusive, para o cálculo da proporcionalidade, nos casos das aposentadorias do gênero.

3. A limitação do teto instituída pelo art. 37, XI, através da EC nº 19/98, foi estendida aos aposentados, até mesmo no caso de acumulação lícita de cargos, conflitando esta idéia inclusive, com a do consagrado direito adquirido.

Tema este, que vem sendo ferreiramente debatido entre os Tribunais do País, com decisões mais tendentes à preservação do consagrado instituto constitucional do direito adquirido.

4. Fica vetado que lei ordinária estabeleça a contagem de tempo de contribuição fictício.

"Tempo de contribuição fictício", terminologia nova, a primeira vista de notável estranheza. Entretanto, como a contributividade teve difusão acentuada, não há porque considerá-lo computável para aposentadoria, a qual acentou-se intrinsecamente no tempo de contribuição.

Esta determinação acaba com as averbações de licença-prêmio ou férias em dobro, permitidas até então, pelo Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza.

Desta feita, considerando tão somente o caráter contributivo para

efeito de aposentadoria, significa que, após a data da publicação da Emenda Constitucional, não podemos mais contar, serviço militar obrigatório, tempo de guerra em dobro, mas exclusivamente a contribuição propriamente dita.

Vale frisar que, o tempo fictício após lei que discipline a matéria deve ser rejeitado, entretanto, o art. 4º da EC nº 20/98, tratou de preservar os direitos adquiridos quando prescreveu:

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

O município de Fortaleza regulamentou esta matéria através da Lei nº 8.388, de 15.12.98, data a partir da qual, fica vedada a contagem de tempo de contribuição fictício.

5. Erradicou-se ainda do bojo constitucional, a modalidade de aposentadoria voluntária por tempo de serviço, devendo a partir de então, ser cumulado sim, o tempo de contribuição com a idade, espécie esta que trataremos em páginas vindouras deste mesmo trabalho.

MODALIDADES DE APOSENTADORIA

A Emenda Constitucional nº 20/98, deu nova redação ao art. 40 da Carta Maior, estabelecendo de forma definitiva, as modalidades pelas quais, podem os servidores públicos que exercem cargos efetivos nas administrações diretas, autárquicas e fundacionais, ingressarem para a inatividade de forma remunerada.

1. Aposentadoria por invalidez permanente

A Emenda em questão, procedeu a uma inversão do texto original, onde sobrepõe a aposentadoria proporcional à integral.

Em verdade, a essência desta modalidade aposentatória em nada modificou, inclusive, preservou ainda a cargo do legislador infraconstitucional, os casos determinantes de aposentadoria com proventos integrais, ou seja, a tipificação das doenças dela determinantes.

Aqui também, o cálculo dos proventos aposentatórios será feito com base no tempo de contribuição e ao encargo da lei ordinária.

2. Aposentadoria compulsória

Nesta espécie de aposentadoria, pressupõe-se o fator físico-psicológico, de que a partir de uma idade limite o servidor público não sustenta mais condições para o percurso das atividades laborais.

Taxa-se aqui os setenta anos de idade, onde o Poder Público encontra-se na obrigação de jubilar o servidor septuagenário a submeter-se ao processo aposentatório.

A Emenda em questão não procedeu a qualquer alteração substancial, exceto quanto ao cálculo da proporcionalidade desta qualidade de aposentadoria, que também deve ter por base o tempo de contribuição.

3. Aposentadoria voluntária

A aposentadoria voluntária foi o alvo crucial das adições da reforma previdenciária, esta espécie adquiriu controles mais rígidos, cujos critérios discriminaremos a seguir.

Ao servidor é facultado solicitar aposentadoria voluntariamente, quando já exercidos dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará o feito, podendo ser:

a) - **Cumulativa por tempo de contribuição e idade**, neste caso, quando o servidor implementar os sessenta anos de idade com trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade com trinta de contribuição, se mulher, os proventos aposentatórios deverão ser integrais, obedecidos os requisitos legais.

b) - **Por idade**, aos sessenta e cinco anos, se homem, e sessenta, se mulher, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição

c) - **Aposentadoria especial para professor**, aqui os requisitos exigidos para a aposentadorias cumulativas, devem ser deduzidos em cinco anos, na idade e no tempo de contribuição, isto significa que o professor poderá se aposentar com, cinqüenta e cinco de idade e trinta de contribuição e a professora, cinqüenta de idade e vinte e cinco de contribuição.

É condição indiscutível, que este período de contribuição seja prestado em atividade de magistério como professor. Sendo isto, já decisões firmadas dos Tribunais.

REGRAS TRANSITÓRIAS

O constituinte, prevendo a grande leva de inquietação que gerariam as novas normas aposentatórias, arguiu-se do privilegiado instituto do nosso ordenamento jurídico, "direito adquirido", e no art. 3º da EC nº 20 preservou-o na íntegra, senão vejamos:

Art. 3º - E assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral da previdência social, bem como a seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

O direito adquirido tem significativa importância para a Previdência Social. O segurado adquire direito à aposentadoria no momento em que reúne todos os requisitos necessários para obtê-la, podendo, como dá margem a lei, requerê-la a qualquer momento. Alterações supervenientes não devem ser aplicadas, pois caso houvesse retroatividade, se turbaria o direito adquirido.

O STF tem entendimento sumulado de que, "ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários".

O legislador estendeu suas preocupações ainda, àqueles que embora não tenham preenchidos os requisitos na data da Emenda Constitucional nº 20, ingressaram no serviço público antes de 16.12.98, reservando para estes, o art. 8º, incisos e §§, comentados a seguir.

Este dispositivo legal se apresenta preliminarmente, como norma facultativa para o servidor, onde o mesmo pode optar pelas regras definitivas (art. 40, CF) ou estas transitórias, de forma integral ou proporcional, desde que implementem os requisitos cumulados e exigidos por lei.

O servidor que tenha aderido ao serviço público até a data da

Emenda em pauta, poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que:

- a) tenha cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;
- b) tenha cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
- c) contar com tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher, e
 - um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante do item anterior.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o servidor que entrou no serviço público antes de 16.12.98, poderá pleitear aposentadoria com cálculo dos proventos proporcionalmente, quando cumular os requisitos referenciados nas alíneas "a" e "b" do parágrafo anterior, com:

- d) contagem do tempo de contribuição, igual, no mínimo, à soma de:
 - trinta anos, se homem e vinte e cinco anos, se mulher, e
 - um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante do item anterior.

Outra categoria não tolhida de manifestação, foi a do magistério, a qual foi agraciada no § 4º do art. 8º da EC nº 20/98, com "o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, do tempo de serviço exercido até a data da prefalada Emenda, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério". Não obstante, após tal "homenagem", os professores terão que submeter-se ao disposto no "caput" do mesmo dispositivo legal, que cuida das aposentadorias voluntárias com proventos integrais.

Vale frisar, que esta reforma constitucional, só veio concretizar de forma mais enfatizante as decisões dos nossos Tribunais, de que o tempo de serviço prestado deve ser exclusivamente em função de magistério, arredando outras atividades ligadas à Educação.

Outra observação que poderíamos considerar extremamente salutar, é a disposição do art. 4º da EC nº 20/98, onde conta como tempo de contribuição, o tempo de serviço considerado pela legislação anterior, para efeito de aposentadoria.

Esta é mais uma forma louvável de se destacar o direito adquirido, a omissão desta consideração faria desabar todo o ordenamento jurídico, no qual os servidores se acolhiam anteriormente.

Bem, estas são as diretrizes das regras transitórias, das quais, os servidores acobertados pelas "expectativas de direito" das normas aposentatórias anteriores, optam, se melhor lhes convier, e se albergam para garantia de seus direitos.

DOS PROVENTOS APOSENTATÓRIOS

Os proventos aposentatórios podem ser calculados de forma integral ou proporcional, seja nas normas do art. 40 da Carta Magna, ou nos termos das regras transitórias previstas nos arts. 3º e 8º, da Emenda Constitucional nº 20/98. Todos com cálculos de formas diferenciadas.

As modalidades de aposentadoria que ensejam proventos integrais, destas não se aspira qualquer regulamentação ou maiores cálculos, devendo-se observar especialmente a determinação do § 2º, do art. 40 da nossa lei fundamental, que reza:

"os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão". (in verbis).

Em verdade, como nem todas as ocasiões aposentatórias proporcionam tal vantagem, digo, a integralidade dos proventos, há casos que exigem cálculos se dêem de forma proporcional, a estes sim, se interroga regulamentação ordinária, a qual comentaremos agora.

Conforme dissemos anteriormente, o constituinte deixou ao acaso do legislador infraconstitucional, a regulamentação do cálculo da proporcionalidade dos proventos, quando definiu as regras do art. 40 da CF/88, dantes comentadas.

Desta feita, com a instituição das normas constitucionais mencionadas, não auto-aplicáveis, e como a proporcionalidade dantes prevista pela lei nº 6794, de 27.12.90, em nada colide com as novas regras, restou-nos recepcioná-las aos processos aposentatórios postulados até 14.12.99, data na qual, o município de Fortaleza normalizou a nova fórmula de cálculo da proporcionalidade dos proventos, através da Lei nº 8.388/99.

Quando o rogo da aposentadoria tiver sustentáculo no art. 3º, da EC nº 20/98, que preserva os direitos adquiridos, recepciona-se a previsão do art. 133, e incisos, da Lei nº 6.794, de 27.12.90. Disto não resta dúvida.

Entretanto, quando enquadrado no art. 8º, § 1º, da Emenda nº 20/98, aplica-se o disposto no inciso II do mesmo diploma legal, que prevê:

"os proventos de aposentadoria proporcional serão equivalentes a 70% do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o caput, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de 100%" (in verbis).

REGULAMENTAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

O Município de Fortaleza, de forma ágil e precisa, e em obediência aos novos preceitos da Reforma Previdenciária estabelecida pela Emenda Constitucional nº 20/98, aprovou a Lei nº 8.388, em 14.12.99, denominada como Lei da PREVIFOR, no intuito precípua de reger, a nível municipal, os ditames previdenciários.

A denominada Lei da Previdência Municipal – PREVIFOR, adotou medidas no sentido de regulamentar os ditames deixados a cargo do legislador ordinário, como por exemplo, o cálculo da proporcionalidade dos proventos aposentatórios, a vedação de contagem de tempo fictício e regras atuariais propícias a preservar a estabilidade do sistema previdenciário no Município de Fortaleza.

Assim sendo, todos os processos de aposentadoria dos servidores desta municipalidade, rogados a partir da data desta lei ordinária, deverão fundamentar-se no referido diploma legal.

BIBLIOGRAFIA

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Reforma da Previdência, Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Reforma da Previdência Social, São Paulo: Editora LTR, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa, São Paulo: Editora Atlas S.A., 1999.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Jara P. Constituição Federal, Jurua Editora, 1999

AS NOVAS REGRAS DAS APOSENTADORIAS E DAS PENSÕES NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Eduardo Rocha Dias
Professor de Direito Previdenciário da Universidade de Fortaleza
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará
Procurador do INSS em Fortaleza
Advogado

1 - INTRODUÇÃO

A Seguridade Social, como objeto de estudo, revela-se como um tema de grande complexidade. Daí porque se mostra indispensável uma abordagem interdisciplinar para se obter da mesma uma adequada compreensão.

Por tal motivo, o estudioso do direito, cujo discurso normalmente identifica a Seguridade como objeto de normas jurídicas, que conformam um "direito à Seguridade Social", deve estar atento para a circunstância de a mesma ser, antes de tudo, uma técnica: uma técnica de proteção social contra situações de risco que afetam o trabalhador e contra situações de desigualdade social.

Tal perspectiva, impregnada sem dúvida pela ideologia do Estado Social, Prestacional e Interventor, que se afirma sobretudo a partir do final do século XIX e início do século XX, não pode permitir que se perca de vista a existência de relações de implicação recíproca entre o nível de proteção social oferecido e o desenvolvimento econômico de cada país. As prestações (benefícios e serviços) oferecidos pelos sistemas de proteção social dependem, tanto em seus aspectos quantitativos quanto qualitativos, da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. E a redução de tal disponibilidade, face à crise fiscal que se abate sobre os Estados nacionais a partir da década de setenta, acirrada pelo incremento da competição entre agentes econômicos na era da globalização, tem justificado programas de reforma da Seguridade Social de diferentes países. Tais reformas, invariavelmente, se pautam pela busca de um conservadorismo orçamentário e pela redução de gastos com prestações na área da Seguridade.

No caso brasileiro, a implementação de tais reformas se efetivou sobretudo após a estabilidade monetária obtida a partir do Plano Real. A redução significativa dos índices inflacionários eliminou um dos mecanismos de que se serviam os Governos na obtenção de um equilíbrio entre suas receitas e suas despesas, levando a que fossem aprovadas medidas destinadas a diminuir a dívida pública. Nesse contexto, se insere a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, atinente à chamada Reforma da Previdência, a qual operou transformações nas regras relativas às aposentadorias e às pensões, tanto no âmbito do chamado Regime Geral de Previdência Social, quanto no tocante aos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, objetivando sobretudo reduzir os gastos do Governo com tais prestações.

Pretende-se, no presente estudo, analisar a extensão das principais dessas mudanças, complementadas por alterações na legislação infraconstitucional, como as decorrentes da Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que instituiu o polêmico fator previdenciário. Torna-se necessário, porém, tecer breves comentários sobre a premissa justificadora da Reforma, no caso o suposto e tão propalado déficit da Seguridade Social brasileira.

2 - O Orçamento da Seguridade Social e o Déficit do Regime Geral de Previdência Social

A Seguridade Social, organizada como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destina-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A saúde, regulada pelos artigos 196 a 200 da Constituição, se encontra organizada como um sistema único e descentralizado, sendo as ações referentes à mesma atribuídas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como, de forma complementar, às instituições privadas.

A previdência se destina a oferecer prestações, como aposentadoria e pensão, a quem contribuiu previamente (artigos 40 e 201 da Carta Magna). Existem no Brasil diversos sistemas públicos de previdência social: o Regime Geral de Previdência Social, a cargo do INSS, que tem como segurados, dentre outros, os empregados sujeitos à CLT, os contribuintes individuais (trabalhadores autônomos e empresários) e os trabalhadores rurais; os sistemas de previdência dos servidores públicos, que podem ser instituídos pela União, por Estados e pelo Distrito Federal e pelos Municípios (artigos 40 e 149, parágrafo único, da Constituição), aos quais passaram também a se

sujeitar os magistrados e membros do Ministério Público (artigo 93, VI, da Carta Magna); os sistemas de previdência dos parlamentares e dos militares.

A assistência social, por fim, oferece prestações a quem dela necessitar independentemente de contribuições (artigo 203 da Carta Magna).

O modelo de financiamento da Seguridade Social brasileira, fundada na tríplice contribuição de trabalhadores, empregadores e do Estado, inspira-se no sistema delineado na Alemanha do final do século XIX. O reconhecimento do direito à Seguridade Social constitui marca característica do chamado Estado de Bem Estar ou Estado Social, estando informado pelo princípio da solidariedade. Trata-se de típico direito fundamental de segunda geração, no magistério abalizado de Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 476), que exige o oferecimento de prestações materiais por parte do Estado, "nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de recursos". Observa-se na atualidade o declínio desse modelo, motivado pelo redimensionamento do papel do Poder Público decorrente da crise fiscal que se abateu sobre os Estados nacionais. Tal redimensionamento se reflete sobre a Seguridade Social na progressiva redução das prestações oferecidas e no aumento do nível de contribuição dos trabalhadores e das empresas.

O custeio da Seguridade Social, nos termos do artigo 195 da Constituição, incumbe ao Estado, através de recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e à sociedade, através de contribuições cobradas dos trabalhadores e das empresas. Tais recursos acorrem a um "caixa" único, o que qualifica o sistema de financiamento da Seguridade brasileira como um sistema de repartição simples. Em outras palavras, as contribuições vertidas por empresas e trabalhadores de hoje custeiam os benefícios de quem trabalhou ontem.

Tal sistema difere daquele conhecido como de capitalização, em que em vez de um caixa único existem contas individualizadas por segurado. O montante existente nessa conta é que vai determinar o valor dos benefícios. Vislumbra-se no sistema de capitalização um mecanismo fabuloso de formação de poupança. Daí o interesse de grupos privados pela administração de tais recursos. Também é necessária uma eficiente fiscalização governamental para evitar que a má gestão de tais entidades privadas acarrete prejuízos aos segurados.

A Emenda Constitucional nº 20/98 manteve a previdência social como um sistema de repartição simples, a cargo do poder público, sem

prejuízo da existência de uma previdência privada, que tem caráter complementar, a qual poderá ser estendida aos servidores públicos titulares de cargos efetivos. Da mesma forma, os deveres do Estado no tocante à assistência social e à saúde não foram diminuídos.

A diversidade e a heterogeneidade dos componentes da Seguridade Social e das técnicas protetivas correspondentes não podem conduzir, porém, ao entendimento simplista de que os gastos do Estado com a mesma devem merecer uma uniformidade de tratamento. Não se pode considerar a previdência, que tem caráter contributivo, da mesma forma que a assistência social, na qual o elemento solidário e redistribuidor de renda é mais visível. Tal perspectiva foi muito bem captada, em Portugal, por Ilídio das Neves:

"De facto, longe de ser unitário e homogêneo, isto é, materialmente unificado, como poderia parecer do ponto de vista formal da organização e gestão, o sistema português apresenta-se como uma realidade bastante complexa e diversificada, com uma estrutura interna que deve ser considerada compósita, já que exprime três realidades sistêmicas perfeitamente diferenciadas.

As realidades sistêmicas que integram o sistema de seguridade social portuguesa são: por um lado, o sistema de segurança social que, por seu turno, comporta o subsistema previdencial, que assegura uma protecção económica com referência salarial e de base contributiva (autofinanciada pelos interessados) e o subsistema de solidariedade, que assegura uma protecção económica com referência a rendimentos mínimos, de base não contributiva, isto é, heterofinanciada; por outro lado, o sistema de acção social, que providencia uma protecção em serviços sociais, também de base não contributiva, embora admita participações financeiras dos utentes e disponha de algumas receitas próprias ou consignadas por lei.

A diferenciação de cada uma das realidades sistêmicas manifesta-se em aspectos essenciais, que mutuamente as distinguem de modo claro, ou seja, quanto aos pontos seguintes: objectivos específicos de protecção social prosseguidos, âmbito pessoal ou

universo diferenciado dos destinatários (pessoas protegidas), técnicas próprias de definição da natureza e do conteúdo dos direitos sociais, quadro normativo adoptado e suas características, formas de financiamento e de captação das receitas".

Comumente se alude ao número crescente de aposentados, se comparado com o de trabalhadores em atividade, aliado ao aumento da expectativa de vida da população, como fatores que justificam o desequilíbrio na Seguridade Social brasileira. Tal argumento somente em parte é procedente. Com efeito, o financiamento da Seguridade Social, por expressa disposição da Carta Magna, incumbe não apenas aos trabalhadores, mas também às empresas, responsáveis pelo maior volume de contribuições, principalmente as contribuições sobre o faturamento e o lucro, as quais, como se verá logo a seguir, são utilizadas para finalidades alheias ao custeio da Seguridade. Trata-se de sistema de repartição simples em que a contribuição individual do segurado não é a única fonte de custeio. Por outro lado, mostra-se oportuno questionar se o elevado nível de trabalho informal na economia brasileira (decorrente, dentre outros fatores, dos altos encargos sobre a folha), engrossado por políticas governamentais que levam ao aumento do desemprego, não repercutem na diminuição da massa salarial e consequente redução das contribuições incidentes sobre a folha de salários.

No tocante ao déficit do Regime Geral de Previdência Social, a cargo do INSS, causa espécie a circunstância de todas as manifestações oficiais do governo levarem em conta apenas as contribuições arrecadadas pelo próprio INSS, desconsiderando as contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro, arrecadadas pela Receita Federal. Assim, a informação veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, em suas edições de 29 de outubro de 1998 (suplemento especial referente ao Pacote Fiscal, p. 16) e de 6 de novembro de 1998 (suplemento especial, p. 8), de que o déficit do INSS para 1998 estava previsto para atingir R\$ 7,8 bilhões, leva em conta somente a diferença entre o que o próprio INSS arrecada e o que despende com o pagamento de benefícios. Omite que a Seguridade Social brasileira deve também ser custeada com recursos das contribuições sobre o faturamento e o lucro, mais do que suficientes para gerar saldo positivo nas contas da previdência. No ano de 1998, com efeito, o déficit do Regime Geral de Previdência Social (diferença entre o valor dos benefícios previdenciários pagos e a arrecadação apenas do INSS) alcançou R\$ 7,4 bilhões. A arrecadação da Receita Federal, no mesmo ano, referente às contribuições sobre o faturamento (COFINS) e lucro alcançou R\$ 26,4 bilhões.

No tocante ao déficit do Regime Geral de Previdência Social, a carga do INSS, causa espécie a circunstância de todas as manifestações oficiais do governo levarem em conta apenas as contribuições arrecadadas pelo próprio INSS, desconsiderando as contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro, arrecadadas pela Receita Federal. Assim, a informação veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, em suas edições de 29 de outubro de 1998 (suplemento especial referente ao Pacote Fiscal, p. 16) e de 6 de novembro de 1998 (suplemento especial, p. 8), de que o déficit do INSS para 1998 estava previsto para atingir R\$ 7,8 bilhões, leva em conta somente a diferença entre o que o próprio INSS arrecada e o que despense com o pagamento de benefícios. Omite que a Seguridade Social brasileira deve também ser custeada com recursos das contribuições sobre o faturamento e o lucro, mais do que suficientes para gerar saldo positivo nas contas da previdência. No ano de 1998, com efeito, o déficit do Regime Geral de Previdência Social (diferença entre o valor dos benefícios previdenciários pagos e a arrecadação apenas do INSS) alcançou R\$ 7,4 bilhões. A arrecadação da Receita Federal, no mesmo ano, referente às contribuições sobre o faturamento (COFINS) e lucro alcançou R\$ 26,4 bilhões.

A respeito do tema, Hugo de Brito Machado esclarece que:

O exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, que representavam em 1989, apenas 34% da receita tributária, passou a oscilar entre 110% e 121% nos anos de 1990 até 1994. Em 1995 a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos.

E arremata:

É mais razoável acreditar-se que as receitas desta [da Seguridade Social], arrecadadas pelo Tesouro Nacional, sob as vistas complacentes do Supremo Tribunal Federal, estejam sendo desviadas para outras finalidades.

Tal assertiva é confirmada por diversas medidas adotadas pelo Governo, como a iniciativa recente de aprovar, via Emenda Constitucional, a chamada Desvinculação de Receitas da União, legitimando o desvio das

receitas de contribuições da Seguridade, sobretudo as incidentes sobre o faturamento e o lucro, para outras finalidades, tais como o pagamento de juros da dívida pública. Todavia, inadmissível se mostra a utilização das receitas decorrentes das contribuições incidentes sobre o faturamento e o lucro para finalidades diversas do custeio da Seguridade Social. Neste ponto, convém lembrar que a Emenda Constitucional nº 20/98 acresceu mais um inciso ao artigo 167 da Carta Magna, com a seguinte redação:

Art. 167. São vedados:

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

As contribuições de que trata o artigo 195, I, a e II, com a redação da Emenda, são, respectivamente, as contribuições da empresa incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e as contribuições dos trabalhadores. Por outras palavras, as contribuições de que trata o artigo 195, b e c, que são as incidentes sobre o faturamento e o lucro, podem ser utilizadas para despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Observe-se que a única interpretação capaz de compatibilizar referida norma, editada pelo Poder Constituinte Derivado, com as disposições elaboradas pelo Poder Constituinte Originário, que fixaram a autonomia orçamentária da Seguridade Social e a destinação específica das contribuições sociais (artigos 165, parágrafo 5º, e 195, *caput*), é a que admite como despesas distintas do pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social unicamente as referentes a ações na área da saúde e da assistência social.

Revela-se, assim, flagrantemente inconstitucional a utilização de tais recursos para finalidades diversas daquelas atribuídas pela Carta Magna à Seguridade Social, como pretende fazer o Governo através da DRU (Desvinculação de Receitas da União), recentemente aprovada pelo Congresso através da Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000, e que, segundo vem sendo divulgado pela imprensa, retirará da Seguridade Social (Previdência, Assistência e Saúde) R\$ 13,365 bilhões. Daí porque a correta interpretação do mencionado artigo 167, inciso XI, da Constituição deve servir para coibir os abusos até agora praticados na gestão de tais recursos.

3 - O DÉFICE DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

No tocante à previdência dos servidores públicos, uma primeira questão que se pode colocar é a referente à justificativa de se estabelecerem regras distintas das previstas para o Regime Geral de Previdência Social.

Com efeito, os servidores públicos se aposentam com proventos no mínimo iguais aos de seus vencimentos na atividade, enquanto que os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além de estarem sujeitos a um teto (de atualmente R\$ 1.328,25), possuem regras de cálculo que acarretam invariavelmente um valor inferior ao do último salário-de-contribuição do segurado. A contribuição dos servidores incide sobre o total de sua remuneração, ao passo que a contribuição dos segurados do Regime Geral também se encontra sujeita ao teto.

Se, por um lado, tal diversidade de regras pode ser condenada como lesiva ao princípio da isonomia e como indicativa de privilégios para o funcionalismo, pode também ser defendida como instrumento de proteção do próprio Estado, na medida em que permite aos servidores exercer suas funções com maior autonomia, sem se sujeitar a pressões decorrentes da preocupação em complementar sua aposentadoria. Com efeito, o regime jurídico do funcionalismo consagra restrições quanto ao exercício de outras atividades, quer no próprio serviço público (regras de acumulação), quer na iniciativa privada (exercício de atividade comercial), além de um regime disciplinar específico. De qualquer forma, merece ser questionado se a previsão de regras previdenciárias específicas deve ser estendida a todo o funcionalismo ou somente a determinadas carreiras.

A previsão de um Regime Jurídico Único por parte da Constituição Federal de 1988, que implicou na mudança de regime, de celetista para estatutário, de um grande número de servidores nas mais diversas esferas de governo, acarretou consequências para seu regime de previdência, na medida em que, na situação anterior, se aposentavam pelo Regime Geral de Previdência, ao passo que, após a conversão de regime jurídico, passaram a se aposentar por seus sistemas próprios de previdência, onerando na prática os cofres públicos. A ausência de regras claras a respeito de tais sistemas próprios e a irresponsabilidade de alguns governantes originaram distorções, na medida em que se passou a criar benefícios previdenciários para servidores e agentes públicos sem a correspondente contribuição. Generalizou-se a idéia de que a aposentadoria de servidores, em vez de dever ser regulada por critérios técnicos e atuariais, deveria ser assumida como encargo dos Tesouros.

Como consequência, o déficit de tais sistemas se faz sentir de forma aparentemente mais aguda do que o do Regime Geral de Previdência Social. A diferença entre o que se arrecada com contribuições cobradas dos servidores e o que se paga a título de benefícios é bem maior. Segundo a informação veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, em suplemento especial de 6 de novembro de 1998 (p. 6), o déficit estimado com pagamento de benefícios de servidores da União, de Estados e de Municípios, respectivamente, no ano de 1998, era de R\$ 18,31 bilhões, R\$ 13,59 bilhões e R\$ 2,5 bilhões. No tocante aos servidores da União, o déficit no ano de 1998 alcançou R\$ 19 bilhões. Caso se considerasse que o poder público, como empregador, também devesse contribuir para o sistema de previdência de seus servidores, na proporção de dois reais para cada real de contribuição dos servidores, tal déficit cairia para R\$ 14 bilhões. Merece registro que a Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, que estabeleceu regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, prevê, em seu artigo 2º, que a contribuição dos entes estatais não poderá exceder a qualquer título o dobro da contribuição do segurado, com o que se estabeleceu qual é a responsabilidade do Poder Público para o custeio da previdência de seus servidores.

No entanto, tal déficit é mais fácil de ser controlado, já tendo sido instituídos os mecanismos que possibilitarão sua redução. Em primeiro lugar, tem-se que os servidores públicos, que ingressam por concurso, tendem a permanecer em suas funções por um prazo bem mais amplo que os trabalhadores da iniciativa privada, o que permite não apenas realizar previsões e políticas de longo prazo, como também controlar o nível de ingresso de contribuições de uma forma bem mais fácil do que para os segurados do Regime Geral. Por outro lado, a extinção da obrigatoriedade de um regime jurídico único, decorrente da Emenda Constitucional nº 19/98, com a possibilidade de instituição do regime de emprego público no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional (já implementada na esfera federal pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000), e o estabelecimento de regras mais claras e precisas no tocante à previdência dos servidores, propiciado pela Emenda Constitucional nº 20/98, permitirão a redução progressiva dos gastos do Poder Público nessa área. Tais regras serão examinadas a seguir.

4 - A PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como decorrência da Emenda Constitucional nº 20/98, tem-se que os regimes de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, deverão ter caráter contributivo e observar critérios que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 40, *caput*, da Carta Magna).

Afastou-se a possibilidade de incluir entre os beneficiários de tais sistemas próprios de previdência os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, de cargos temporários (artigo 37, inciso IX, da Constituição e Lei nº 8.745/93) e de empregos públicos (Lei nº 9.962/2000), aos quais se aplica o Regime Geral de Previdência Social (artigo 40, parágrafo 13, da Constituição). Tais servidores serão enquadrados no RGPS como empregados. Também se considera filiado ao RGPS como empregado o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social (artigo 12, inciso I, alínea "h", da Lei 8.212/91). Tal regra tem sido objeto de questionamentos judiciais, na medida em que se alega que a autonomia assegurada constitucionalmente a Estados e Municípios lhes permitiria assegurar sistema próprio de previdência inclusive para os servidores titulares exclusivamente de cargos em comissão. No entanto, merece ser ressaltado que a Carta Magna já fixava, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 20/98, em seu artigo 24, inciso XII, a competência da União Federal estabelecer normas gerais em matéria de previdência social.

Pode ser questionado, de toda a sorte, se no tocante aos sistemas próprios de previdência instituídos antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, em que se tenha incluído os exclusivamente comissionados como segurados, estabelecendo-se relações jurídicas mercedoras de proteção, não existiria óbice representado pelo princípio do ato jurídico perfeito a impedir a transferência dos mesmos ao Regime Geral de Previdência Social, com o consequente pagamento de contribuições ao INSS e não mais aos respectivos regimes próprios. A resposta deve ser afirmativa. Somente os comissionados investidos em seus cargos após a Emenda Constitucional nº 20/98 é que se sujeitam ao Regime Geral de Previdência Social. Aos que já estavam contribuindo para sistemas próprios antes do advento da reforma, deve ser assegurada a permanência no respectivo regime como forma, inclusive, de manter-se o equilíbrio financeiro e atuarial daqueles sistemas. Com efeito, ao se estabelecer o vínculo entre o comissionado e o Poder Público, antes do advento da Emenda Constitucional

nº 20/98, estabeleceu-se a previsão de ingresso das contribuições de tais servidores nos seus sistemas próprios. O equilíbrio financeiro e atuarial pode ser afetado pela supressão de tais contribuições.

Observe-se que apesar de a Emenda Constitucional aludir a servidores titulares de cargo efetivo, que são por definição os que ingressaram mediante concurso, também estarão abrangidos pelos sistemas próprios de previdência os servidores que ingressaram sem concurso público antes da Constituição de 1988 e foram estabilizados em virtude da regra contida no artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (por haverem ingressado no serviço público até 05 de outubro de 1983), desde que sejam ocupantes de cargos públicos. Mesmo que não tenham sido estabilizados, também poderão ser incluídos em sistema próprio de previdência, desde que sejam titulares de cargos públicos ou tenham passado a integrar os regimes jurídicos estatutários instituídos por Estados e Municípios antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/98. Isso porque o artigo 40, parágrafo 13, da Carta Magna somente proíbe a extensão de regime próprio de previdência aos que ocuparem exclusivamente cargo em comissão sem vínculo efetivo com o poder público, aos titulares de cargos temporários e aos empregados públicos. Não se pode ampliar o alcance de tal regra, que explicita o alcance da expressão "servidores titulares de cargos efetivos", contida no *caput* do artigo 40.

Ressalte-se, no entanto, que S. Exa. o Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social aprovou o Parecer CJ/Nº 2281/2000, mediante despacho de 6 de setembro de 2000, publicado no DOU de 12/09/2000 (Seção 1, páginas 18 e 19), no qual foi firmado o entendimento de que os servidores "estabilizados" pelo artigo 19 do ADCT, mas não efetivados por concurso público, e os "não estabilizados" (que ingressaram no serviço público sem concurso após 05 de outubro de 1983) também se sujeitam obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social. Tal entendimento, no entanto, mostra-se equivocado. Com efeito, referidos servidores (os que ingressaram no serviço público sem concurso antes da Constituição de 1988, alcançados ou não pela estabilidade do artigo 19 do ADCT e que passaram a integrar posteriormente os regimes jurídicos únicos das diferentes esferas de Governo, passaram a contribuir para os respectivos sistemas próprios de previdência, firmando vínculos jurídicos geradores de direitos e obrigações, mercedores de proteção. Ademais, não existiam regras constitucionais ou legais claras no tocante à previdência de tais servidores, o que impõe interpretar as regras da Emenda Constitucional nº 20/98 de forma não retroativa. Finalmente, tem-se que caso tais servidores (que vêm contribuindo para sistemas próprios de previdência) tornem-se segurados do Regime Geral de Previdência Social,

deixando de contribuir para os respectivos regimes, o próprio equilíbrio atuarial e financeiro destes últimos pode vir a ser afetado.

A propósito, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello chama a atenção para a inconstitucionalidade das normas que, após a Constituição de 1988, determinaram a adoção, para todos os servidores públicos, do regime estatutário. De acordo com o ilustre doutrinador, violou-se a regra que impõe o concurso para a investidura em cargo público. Além do mais, acarretou-se aumento de gastos com benefícios previdenciários, já que tais servidores passaram a contribuir para sistemas próprios e não mais para o INSS, aposentando-se com proventos integrais. Muito embora seja acertada a posição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, cumpre que não se perca de vista que o tempo decorrido e as situações fáticas geradas pela adoção de tais regimes jurídicos únicos impõem limites à invalidação de tais atos. Interessa ao direito a estabilidade das relações jurídicas constituídas. Não tendo havido impugnação no tocante a tais normas, estando os servidores alcançados pelas mesmas de boa-fé e já tendo decorrido lapso temporal considerável desde o advento de tais regimes jurídicos únicos, deve ser assegurada a permanência de tais servidores nos mesmos, inclusive para fins previdenciários.

Não se pode esquecer das graves consequências e das dificuldades que a transferência da proteção previdenciária de tais servidores de seus sistemas próprios para o Regime Geral produziria. A primeira delas seria o aumento do endividamento público. Isso porque tais servidores passariam a ter direitos a aposentadoria e a outros benefícios do INSS sem que tenham contribuído para tanto. E os seus antigos sistemas próprios tornar-se-iam devedores do INSS no tocante às contribuições necessárias para fazer face aos referidos benefícios assegurados. Já o equilíbrio atuarial leva em conta uma série de variáveis que vão determinar o nível de contribuição para viabilizar o sistema em uma perspectiva de longo prazo. Entre tais variáveis mencione-se a expectativa de vida, o número de contribuintes, o nível de crescimento econômico e outros.

Cumpre examinar, em seguida, as regras referentes às aposentadorias e pensões nos sistemas de previdência dos servidores públicos. A análise iniciará pelas regras permanentes, aplicáveis a princípio aos servidores que ingressaram no serviço público a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98 (16 de dezembro de 1998). Em seguida, abordará as regras de transição, aplicáveis a quem já era servidor na aludida data, muito embora possam tais servidores optar pelas regras permanentes, nos termos do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98.

No tocante à acumulação de proventos de inatividade decorrentes dos artigos 40, 42 e 142 da Carta Magna com vencimentos de cargo, emprego ou função, o parágrafo 10 do artigo 37 da Constituição somente admite nas hipóteses de cargos acumuláveis na forma da Constituição, de cargos eletivos e de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O artigo 11 da Emenda nº 20/98, porém, ressalva de tal proibição os membros de poder e os inativos, servidores e militares, que até a publicação da Emenda tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência previsto pelo artigo 40 da Constituição, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o teto estabelecido pelo artigo 37, inciso XI, e 40, parágrafo 11, da Carta Magna. Mostra-se possível, também, a acumulação de aposentadoria decorrente do Regime Geral de Previdência Social com aposentadoria decorrente do artigo 40 da Constituição, desde que obedecido o teto, nos termos do parágrafo 11 do aludido artigo 40.

Questão para a qual não existe regra expressa é a atinente à possibilidade de acumulação de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social oriunda de exercício de emprego em entidades da administração indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, com remuneração de outros cargos, empregos ou funções públicas. Duas interpretações se mostram possíveis: a) é possível acumulá-la somente com remuneração de cargo, emprego ou função acumulável na atividade, nos termos do artigo 37, inciso XVI, por força da regra do inciso XVII do mesmo dispositivo, além, obviamente, de remuneração de cargos eletivos e cargos em comissão; b) é possível acumulá-la com a remuneração de qualquer cargo, emprego ou função, face à circunstância do parágrafo 10 do artigo 37 somente se referir às aposentadorias decorrentes dos artigos 40, 42 e 142, não estabelecendo restrição para as aposentadorias decorrentes de emprego na administração indireta. A primeira interpretação se mostra mais razoável, na medida em que atribui mais eficácia ao princípio da moralidade administrativa e às regras do artigo 37, incisos XVI e XVII, da Carta Magna, além de estar em sintonia com a finalidade da reforma, que foi estabelecer limites para a acumulação entre proventos de inatividade e remuneração na atividade. A segunda interpretação, por outro lado, peca por seu excessivo apego à literalidade da norma, método interpretativo de maior pobreza.

Quanto à acumulação de aposentadorias decorrentes dos sistemas de previdência tratados pelo artigo 40 da Carta Magna, a mesma somente é possível se decorrentes de cargos acumuláveis nos termos da

Constituição (artigo 40, parágrafo 6º, da Carta Magna). Também é possível acumular aposentadoria decorrente do artigo 40 com aposentadoria decorrente do Regime Geral de Previdência Social, ressalvada, obviamente, a circunstância desta última ser oriunda de exercício de emprego público não acumulável nos termos do artigo 37, inciso XVI, da Constituição.

O teto remuneratório fixado pelo artigo 37, inciso XI, da Carta Magna aplica-se à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o Regime Geral de Previdência Social (INSS), e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

A aposentadoria do servidor pode ser: a) por invalidez permanente, com proventos proporcionais, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; b) compulsória, ao setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, e c) voluntária, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observadas as seguintes condições: c1) sessenta anos de idade e trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta anos de contribuição, se mulher ou c2) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (parágrafo 1º do artigo 40 da Constituição). No caso de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no inciso III, alínea "a", do parágrafo 1º, do artigo 40 da Constituição.

Aboliu-se, destarte, a aposentadoria por tempo de serviço, substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição, com um limite de idade para os servidores e as servidoras, além de ser mantida a aposentadoria por idade. Consagrou-se, ainda, regra segundo a qual o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade no serviço público (artigo 40, parágrafo 9º, da Constituição). Observe-se que até que a lei venha a definir o que se deve entender por tempo de contribuição, o tempo de serviço previsto pela legislação vigente na data da promulgação da Emenda nº 20/98 para efeito de aposentadoria,

cumprido até que a lei venha a disciplinar a matéria, será considerado tempo de contribuição, nos termos do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/98. Somente não será considerado o tempo de contribuição fictício, estabelecido pelo artigo 40, parágrafo 10, da Carta Magna.

Tempo fictício é todo aquele considerado pela lei como tempo de serviço para fins de aposentadoria sem que tenha havido simultaneamente contribuição e exercício de atividade. Mencione-se, a título de exemplo, a contagem em dobro de licença prêmio ou de férias não gozadas para efeito de aposentadoria. Na esfera federal, considera-se como tempo de contribuição fictício, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa SEAP nº 05, de 28 de abril de 1999, dentre outros: o tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada; o tempo contado em dobro do serviço prestado às forças armadas em operações de guerra, de acordo com o disposto no artigo 103, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90; o acréscimo de um terço a que se refere o artigo 137, inciso VI, da Lei nº 6.880/80, ao tempo de serviço militar para cada período consecutivo ou não de dois anos de efetivo serviço passados pelo militar nas guarnições especiais da Categoria "A", a partir da vigência da Lei nº 5.774/71; o acréscimo ao tempo de serviço exercido em atividades perigosas, insalubres ou penosas, com fundamento no artigo 9º da Lei nº 5.890/73, no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, e no artigo 64 do Decreto nº 2.172/97; o período a que se refere o artigo 7º do Decreto-lei nº 465/69, em que o servidor foi colocado à disposição de instituições federais de ensino, para exercer o magistério em regime de dedicação exclusiva; o tempo em que o candidato, inclusive servidor público, esteve participando de curso de formação relativo à Segunda etapa de concurso público, sem que tenha havido contribuição para qualquer regime de previdência; o tempo em que o servidor esteve exonerado, demitido, despedido ou dispensado de seu cargo ou emprego, nas hipóteses previstas na Lei nº 8.878/94, sem contribuição para nenhum regime de previdência e o tempo em que o servidor esteve aposentado, sem contribuição para nenhum regime de previdência.

Por tempo de efetivo exercício no serviço público deve ser entendido aquele prestado a entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive sob o regime celetista, uma vez que foi abolida a obrigatoriedade da adoção de um regime jurídico único para tais entidades. Já o tempo de contribuição em entidade privada ou em empresas públicas ou sociedades de economia mista não será considerado para o cômputo dos dez anos exigido pelo inciso III do parágrafo 1º do artigo 40 da Constituição.

Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua

concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. Evita-se, destarte, a possibilidade de o aposentado ou o pensionista passar a perceber mais do que o servidor em atividade. Derrogadas estão, em consequência, as regras que previam uma "promoção" automática do servidor na carreira ao se aposentar, passando a perceber proventos superiores aos vencimentos de atividade. Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração. Referida regra autoriza que se exclua do cálculo dos proventos, por exemplo, a remuneração decorrente de função comissionada exercida pelo servidor simultaneamente com seu cargo. Obviamente que caberá à lei estabelecer o que integrará a remuneração no cargo efetivo, não se podendo excluir parcelas que tenham passado a integrar dita remuneração, sob pena de se violar a regra de irredutibilidade de subsídios e de vencimentos, fixada pelo artigo 37, inciso XV da Carta Magna. Além disso, em decorrência da remissão efetuada pelo parágrafo 12 do artigo 40 da Carta Magna aos requisitos e critérios do Regime Geral de Previdência Social, aplicam-se aos sistemas de previdência dos servidores públicos as regras da vinculação entre contribuição e benefício, ou regra da contrapartida (artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição), e da incorporação ao salário dos ganhos habituais, para efeito de contribuição previdenciária e repercussão em benefícios (artigo 201, parágrafo 11, da Carta Magna). Daí decorre que se, em decorrência de lei, determinada parcela remuneratória do servidor se sujeita à incidência de contribuição para seu sistema próprio de previdência, deverá ser levada em conta na fixação do valor de seu benefício. Do contrário, se houver sido cobrada contribuição sobre dada parcela remuneratória sem que a mesma repercutisse em benefício, além de se violar as referidas normas constitucionais, estaria sendo consagrado locupletamento indevido da Administração em detrimento do servidor.

Quanto à pensão por morte, ela será igual ao valor dos proventos do servidor falecido, se este estiver aposentado, ou ao valor dos proventos a que teria direito na data do óbito, observada a regra do parágrafo 3º do artigo 40 da Constituição. Tal dispositivo depende ainda de regulamentação por lei. O mesmo autoriza que a pensão seja proporcional, caso o servidor, na data do óbito, não tenha preenchido os requisitos para a aposentadoria com proventos integrais. O artigo 21 da Instrução Normativa SEAP nº 05, de 28 de abril de 1999, determina que até que produza efeito a lei que irá dispor sobre a concessão da pensão por morte, esta será, por ocasião de sua concessão, igual ao valor da remuneração do servidor falecido ou ao valor

dos proventos de aposentadoria. Foi assegurada a concessão de pensão, a qualquer tempo, a dependentes de servidor falecido até 16 de dezembro de 1998, calculada com base nos critérios da legislação então vigente à data do óbito.

O parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata o mencionado artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

O parágrafo 8º do artigo 40 manteve a vinculação entre a revisão dos proventos de aposentadorias e as pensões e as modificações da remuneração dos servidores em atividade, com a extensão aos aposentados e pensionistas de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

Os parágrafos 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição regula a possibilidade de instituição, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de regime de previdência complementar para seus servidores titulares de cargos efetivos, o que possibilitará a fixação de um teto semelhante ao do Regime Geral de Previdência Social para as aposentadorias e pensões concedidas por seus sistemas próprios de previdência. Nesse caso, os servidores deverão contribuir de duas formas: uma primeira para seu sistema próprio de previdência, o que lhe assegurará um benefício de valor máximo igual ao do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (atualmente em R\$ 1.328,25); uma segunda contribuição para o sistema de previdência complementar tratado nos aludidos dispositivos, que lhe complementarará o valor dos proventos. Tal previdência complementar deverá ser objeto de lei complementar, cujo projeto atualmente tramita no Congresso Nacional. Após a aprovação de tal lei complementar, e a instituição dos sistemas de previdência complementar, os servidores que ingressarem no serviço público se sujeitarão a tal sistemática de contribuição. Para os que ingressaram anteriormente à instituição de tais regimes de previdência complementar, a referida sistemática somente poderá ser aplicada se houver prévia e expressa opção.

Tal previdência complementar não se confunde com a possibilidade de instituição de fundos, integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, destinados a assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadorias e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, prevista

pelo artigo 248 da Constituição, acrescido pela Emenda nº 20/98. Tais fundos têm a finalidade de desonerar o Tesouro do aporte de recursos para o financiamento dos sistemas próprios de previdência de seus servidores e dependentes, inclusive para o fim de limitar suas despesas com tais gastos.

O parágrafo 12 do artigo 40 fixa uma remissão entre o sistema de previdência dos servidores públicos e o Regime Geral de Previdência Social, estabelecendo que aquele observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados neste último. Tal regra pode ser invocada para afastar a cobrança de contribuição de servidores aposentados e pensionistas, uma vez que, no Regime Geral de Previdência Social, é estabelecida a imunidade dos mesmos a tal incidência (artigo 195, inciso II, da Carta Magna). O Supremo Tribunal Federal, aliás, na suspensão liminar da cobrança de contribuição dos servidores aposentados e pensionistas, fixada pelos artigos 1º e 3º, da Lei 9.783/99, invocou a circunstância de, no Regime Geral de Previdência Social, não ser admitida a cobrança de contribuição de aposentados e pensionistas.

O artigo 3º da Emenda Constitucional nº 20/98 consagrou, como não poderia deixar de ser, a regra do direito adquirido dos servidores e dependentes que, até a data da publicação da Emenda (16 de dezembro de 1998), tenham cumprido os requisitos para a obtenção de aposentadoria e pensão com base na legislação então vigente, inclusive quanto à forma de cálculo fixada na legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios. Observe-se que para quem preencheu os requisitos para se aposentar até a data da publicação da Emenda poderá ser utilizado o tempo fictício, em homenagem ao direito adquirido. Quem, no entanto, não atender a tais requisitos para se aposentar, na aludida data, inclusive com o tempo fictício, não mais poderá utilizá-lo posteriormente.

O artigo 8º da Emenda, a propósito, fixa as regras de transição para os que ingressaram regularmente em cargo efetivo na Administração pública direta, autárquica e fundacional até a data de sua publicação e não preencheram os requisitos para se aposentar até referida data. Para os mesmos, se veda a utilização do tempo fictício, e se faculta a opção pelas regras do artigo 40 da Carta Magna, com a redação da Emenda 20/98. Caso optem pelas regras de transição, seus proventos de aposentadoria voluntária serão calculados na forma do parágrafo 3º do artigo 40. Deverão preencher cumulativamente as seguintes regras: a) idade mínima de 53 anos (homem) e 48 anos (mulher); b) cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria, e c) tempo de contribuição igual no mínimo à soma de 35 anos (homem) e 30 anos (mulher) com um período adicional

(popularmente denominado de "pedágio") equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da Emenda (16 de dezembro de 1998), faltava para o servidor completar os 35 anos de contribuição e a servidora completar os 30 anos respectivos.

Possibilitou-se a aposentadoria proporcional de tais servidores, desde que, preenchidos os requisitos supere a soma dos 30 e 25 anos de contribuição, respectivamente para homem e mulher, acrescidos do "pedágio", limitada tal soma a 100%.

As regras fixadas pelo artigo 8º da Emenda são aplicáveis também aos magistrados e membros do Ministério Público e dos tribunais de contas. Como aos mesmos, tanto homens quanto mulheres, se possibilitava antes da Emenda 20/98 a aposentadoria integral aos 30 anos de serviço, foi estabelecida uma compensação para os do sexo masculino. Ou seja, o tempo prestado por esses últimos até 16 de dezembro de 1998 será contado com acréscimo de 17%.

O professor, inclusive o universitário, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até 16 de dezembro de 1998, tenham ingressado regularmente em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se com aposentadoria integral (53 anos de idade se homem, 48 anos de idade se mulher, 5 anos de efetivo exercício no cargo e 35 e 30 anos de contribuição, respectivamente, acrescidos do "pedágio" de 20%), terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda contado com acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente exclusivamente com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

Nem todas as regras estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 20/98 foram implementadas por normas infraconstitucionais. Registre-se, no entanto, que a legislação de Estados, do Distrito Federal e Municípios deverá se adequar à mesma, ante a competência da União legislar sobre normas gerais em matéria previdenciária, fixada pelo artigo 24, inciso XII, da Constituição. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que fixa regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Dentre as regras fixadas em aludida Lei 9.717/98, regulamentadas pela Portaria nº 4.992, de 5 de fevereiro de 1999, do Ministro da Previdência

e Assistência Social, mencionem-se as seguintes:

- a) contribuição de ativos, inativos e pensionistas, a ser estabelecida pela lei de cada entidade política. Tal regra encontra-se sem eficácia, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem considerado inconstitucional a cobrança de aposentados e pensionistas (ADI n.º 2010-DF, Relator Ministro Celso de Mello);
- b) avaliação atuarial e auditoria independente, quando de sua instituição e em cada balanço, com a finalidade de se assegurar sua viabilidade;
- c) condições mínimas para o estabelecimento de regimes próprios, como número mínimo de segurados, cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal. As despesas líquidas com pessoal inativo e pensionistas dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares de cada um dos entes estatais não poderá exceder a doze por cento de sua receita corrente líquida em cada exercício financeiro. Para Municípios que tenha instituído regimes próprios de previdência após 27 de novembro de 1998, a receita diretamente arrecadada ampliada deverá ser superior à proveniente de transferências constitucionais da União (Portaria n.º 7.796, de 28 de agosto de 2000, do MPAS);
- d) limitação aos aportes dos entes estatais para os sistemas próprios de previdência ao dobro da contribuição do segurado;
- e) proibição de consórcios e convênios para pagamento de benefícios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;
- f) plano de benefícios equivalente ao do INSS, não podendo ser concedidos benefícios distintos daqueles estabelecidos pelo Regime Geral de Previdência Social;
- g) separação entre o custeio da saúde e da previdência, devendo as contribuições custearem exclusivamente benefícios previdenciários. Logo, para custear a saúde dos servidores, deverá ser cobrada contribuição específica. Também foi vedada a concessão de empréstimos e de assistência financeira;
- h) sujeição a auditoria interna e externa e controle social;
- i) previsão de um registro contábil individualizado das contribuições de cada servidor e dos entes estatais.

Diversas regras fixadas pela Lei 9.717/98 tiveram sua constitucionalidade questionada, através da ADI n.º 2009-9-DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores e relatada pelo Ministro Moreira Alves, na medida em que violariam a autonomia assegurada a Estados, Distrito Federal e Municípios, dentre outros dispositivos constitucionais. A liminar requerida, no entanto, não foi concedida até a presente data.

Registre-se, ainda, a edição da Lei n.º 9.796, de 05 de maio de 1999, que dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, bem como da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, e que também dispõe sobre despesas com benefícios previdenciários.

5 - O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Através da Emenda Constitucional n.º 20/98, foi alterada também a redação do artigo 201 da Carta Magna, estabelecendo-se novas regras para o Regime Geral de Previdência Social.

Assim, foi fixado que a previdência social, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, deverá observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. A proteção oferecida pela previdência alcança os eventos doença, invalidez, morte e idade avançada, o amparo à maternidade, especialmente à gestante e ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, a concessão de salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, como tal considerados os que têm renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 na data da publicação da Emenda 20/98, corrigido atualmente para R\$ 398,48, e de pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. Também a cobertura do risco de acidente de trabalho, a ser atendida concorrentemente entre o Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado (parágrafo 10 do artigo 201) se insere no âmbito de proteção da previdência social.

A proteção oferecida alcança os empregados, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, os domésticos, os trabalhadores avulsos, os contribuintes individuais (antigos segurados autônomos e empresários) e os segurados especiais, indicados no artigo 195, parágrafo 8º, da Constituição. Há também a possibilidade de filiação como segurado facultativo de qualquer pessoa maior de 16 anos, que não exerça atividade enquadrada como de filiação obrigatória. A Carta Magna, porém, em seu artigo 201, parágrafo 5º, veda a filiação ao Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência, salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime

próprio (artigo 11, parágrafo 2º, do Decreto 3.048/99).

O parágrafo 1º do artigo 201 da Constituição, veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. Até que tal lei complementar seja editada, permanecem em vigor as normas relativas a chamada aposentadoria especial, fixadas pelos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, nos termos do artigo 15 da Emenda 20/98.

O cálculo do valor da renda mensal dos benefícios da previdência social leva em conta os salários de contribuição dos segurados. Por salário de contribuição se considera a base de cálculo das contribuições devidas, e é determinado pelo artigo 28 da Lei nº 8.212/91, de acordo com o tipo de segurado. Determina a Constituição, em seu artigo 201, parágrafo 3º, que todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício sejam devidamente atualizados, na forma da lei. Ressalte-se que a Carta Magna deixou de prever como se deve calcular o valor das aposentadorias, com a nova redação atribuída ao artigo 202, o qual, anteriormente, determinava que tal benefício deveria ser calculado com base na média aritmética simples dos trinta e seis últimos salários de contribuição. Com a edição da Lei 9.876/99, o período básico de cálculo do benefício passou a considerar os maiores salários de contribuição dos segurados correspondentes a 80% de todo o período contributivo, isso para aqueles filiados a partir da data da publicação da lei (29 de novembro de 1999). Para os segurados que já eram filiados antes de tal data, serão considerados todos os maiores salários de contribuição, correspondentes a 80% do período contributivo transcorrido a partir de julho de 1994. Ao ampliar-se o período básico de cálculo, obtém-se uma melhor e mais exata correspondência entre a contribuição de cada segurado e o valor de seu benefício, evitando-se distorções como a que decorria de segurados que tinham um salário de contribuição mínimo e, nos últimos trinta e seis meses antes de se aposentar, empregavam-se com um salário de contribuição próximo ou igual ao do teto dos benefícios da previdência, obtendo a título de aposentadoria um valor que não refletia seu histórico de contribuições. Obriga-se o segurado, por outro lado, a contribuir por um maior valor por mais tempo, sob pena de se achar ainda mais seu benefício. Observe-se que sobre a média dos salários de contribuição relativos ao período de cálculo deverá ainda ser aplicado o fator previdenciário, com o que, dependendo da idade e do tempo de contribuição do segurado, se diminuirá ainda mais o valor da renda mensal do benefício.

O parágrafo 11 do artigo 201 determina que no caso de segurado empregado os seus ganhos habituais, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. Dentro da moldura fixada por tal regra constitucional, o artigo 28 da Lei 8.213/91 fixa as parcelas integrantes do salário de contribuição do segurado empregado e trabalhador avulso, os quais têm os mesmos direitos (artigo 7º, inciso XXXIV, da Carta Magna).

O parágrafo 2º do artigo 201 consagra a regra, introduzida originalmente pelo parágrafo 5º do mesmo dispositivo constitucional, em sua redação anterior à Emenda 20/98, de que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. Tal norma operou verdadeira redistribuição de renda no Brasil, ao propiciar o reajuste, desde outubro de 1988, dos valores dos benefícios de aposentadoria por idade e de pensão concedidos a trabalhadores rurais, os quais, antes da atual Carta Magna, eram de valor de meio salário mínimo.

Assegura-se o reajustamento dos benefícios, conforme critérios definidos em lei, para preservar-lhes em caráter permanente o valor real. Trata-se de norma que objetiva proteger o valor dos benefícios da corrosão inflacionária, relacionada com o princípio que veda a redução do valor dos benefícios (artigo 194, inciso IV, da Carta Magna).

As regras permanentes referentes às aposentadorias no Regime Geral de Previdência Social prevêm, em regra para os filiados a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, e opcionalmente (artigo 9º da Emenda) para os que eram filiados antes de referida publicação, que a inatividade remunerada pode se dar: a) aos trinta e cinco anos de contribuição, para o homem, e trinta anos de contribuição para a mulher, sem limite de idade. Tais períodos de contribuição são reduzidos em cinco anos para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, e b) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Assegura-se a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, urbana e rural, hipótese em

que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. Tal compensação financeira foi regulada pela Lei nº 9.796/99, já referida acima.

As regras de transição, estabelecidas pelo artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20/98, e aplicáveis aos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social até a data da publicação da aludida norma, adotaram critérios assemelhados aos do artigo 8º. Para a concessão de aposentadoria, exigiu-se idade mínima de 53 anos para o homem e 48 anos de idade para a mulher. Além disso, devem os segurados contar com 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher, acrescidos de um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingirem os 35 e os 30 anos de contribuição, respectivamente.

Previu-se também a concessão de aposentadoria proporcional aos segurados que, contando com a idade mínima indicada acima, contem tempo de contribuição igual à soma de 30 anos, se homem, e 25 anos, se mulher, acrescidos de um período adicional de contribuição ("pedágio") equivalente a 40% do tempo que, na data da publicação da Emenda, faltaria para atingir os 30 e 25 anos de contribuição, respectivamente. O valor da aposentadoria proporcional será equivalente a 70% do valor da aposentadoria a que se refere o *caput* do artigo 9º da Emenda, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma dos 30 e 25 anos de contribuição, respectivamente para homem e mulher, com o pedágio de 40%, até o limite de 100%.

Para o professor que, até 16 de dezembro de 1998, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do *caput* do artigo 9º da Emenda (53 anos de idade se homem, 48 anos de idade se mulher e 35 e 30 anos de contribuição, respectivamente, acrescidos do "pedágio" de 20%), terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda contado com acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, desde que se aposente exclusivamente com tempo de efetivo exercício da atividade de magistério.

6 - A LEI Nº 9.876/99 E O FATOR PREVIDENCIÁRIO

As regras permanentes aprovadas pelo Congresso, referentes à aposentadoria por tempo de contribuição dos segurados do Regime Geral de Previdência Social (artigo 201, parágrafo 7º, inciso I, da Constituição),

não mantiveram a proposta original do Governo de estabelecer uma idade mínima para a sua concessão.

Como os segurados filiados anteriormente à publicação da Emenda podem optar por tais regras permanentes (artigo 9º, *caput*, da Emenda 20/98), o Governo Federal atentou para o fato de que sua intenção original - reduzir os gastos com benefícios pela postergação da data em que poderiam ser concedidos - não seria alcançado. Originou-se daí a polêmica acerca do sentido que se deveria atribuir ao ponto-e-vírgula que encerrava o inciso I do parágrafo 7º do artigo 201: se significaria "e" ou "ou". Cogitou-se de nova Emenda Constitucional para se estabelecer uma idade mínima, ou até pelo estabelecimento de tal idade mediante lei.

Acabou-se, porém, encontrando solução mais engenhosa: modificar-se o critério de cálculo do salário-de-benefício através da instituição do chamado fator previdenciário. Tal modificação foi operada pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.265, de 29 de novembro de 1999.

A Constituição, lembre-se, como decorrência da Emenda Constitucional nº 20/98, deixou de estabelecer como se deve calcular os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Por salário-de-benefício se entende a base de cálculo da renda dos benefícios previdenciários de prestação continuada, inclusive o regido por norma especial e o decorrente de acidente de trabalho, exceto o salário família, a pensão por morte, o salário maternidade e os demais benefícios de legislação especial (Art. 28 da Lei 8.213/91 e artigo 31 do Decreto 3.048/99).

Em relação aos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social a partir de 29 de novembro de 1999, para a aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, consiste na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário. Para a aposentadoria por invalidez, especial, o auxílio-doença e o auxílio-acidente, consiste na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. Nos casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, contando o segurado com menos de cento e quarenta e quatro pontos a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário. Para a aposentadoria por invalidez, especial, o auxílio doença e o auxílio acidente, em um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, conforme fórmula constante do Anexo da Lei 9.876/99. A expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. Publicada a tábua de mortalidade, os benefícios previdenciários requeridos a partir dessa data considerarão a nova expectativa de sobrevida. O Decreto 3.266, de 29 de novembro de 1999, determina que o IBGE deverá publicar anualmente essa tábua, referente ao ano anterior, até o dia primeiro de dezembro de cada ano, no Diário Oficial da União. Para efeito de aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: a) cinco anos quando se tratar de mulher; b) cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; e c) dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Para o segurado filiado à Previdência Social até 28 de novembro de 1999, inclusive o oriundo de regime próprio de previdência social, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do artigo 29 da Lei 8.213/91, com a redação da Lei 9.876/99. Quando se tratar de segurado especial, no cálculo do salário-de-benefício serão considerados um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu sua contribuição anual, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do parágrafo 6º do artigo 29 da Lei 8.213/91, com a redação da Lei 9.876/99. No caso das aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial, o divisor considerado no cálculo da média referida no *caput* e no parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.876/99, não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo. Nos casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, contando o segurado com salários-de-contribuição em número inferior a sessenta por cento do número de meses decorridos desde a

competência julho de 1994 até a data do início do benefício, o salário-de-benefício corresponderá à soma dos salários-de-contribuição dividido pelo número de contribuições mensais apurado.

Para a obtenção do salário-de-benefício, o fator previdenciário de que trata o artigo 29 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.876/99, será aplicado de forma progressiva, incidindo sobre um sessenta avos da média aritmética acima referida, por mês que se seguir à publicação da Lei 9.876/99, cumulativa e sucessivamente, até completar sessenta avos da referida média (dezembro de 1999, janeiro de 2000, ... até novembro de 2004). É garantido ao segurado que até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/99 (28/11/99) tenha cumprido os requisitos para a concessão do benefício o cálculo segundo as regras até então vigentes. É garantido ao segurado com direito a aposentadoria por idade a opção pela não aplicação do fator previdenciário a que se refere o artigo 29 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.876/99, devendo o INSS, quando da concessão do benefício, proceder ao cálculo da renda mensal inicial com e sem o fator previdenciário.

A constitucionalidade da instituição do fator previdenciário foi questionada através das ADIn's 2.110-DF e 2.111-DF, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e pelo PC do B, PT, PDT e PSB, e relatadas pelo Ministro Sydney Sanches. Alegou-se, em suma, que a Lei 9.876/99, ao instituir referido fator, teria violado o parágrafo 7º do artigo 201 da Carta Magna, o qual, ao estabelecer os requisitos para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, não fixou outra condição além de 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para a mulher. Ademais, o fator previdenciário seria uma forma velada de impor uma idade mínima para a aposentadoria dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, o que viola o texto da Carta Magna. Ao julgar os pedidos de medida liminar formulados em ambas as ações diretas, porém, a Corte Maior negou, por maioria, a suspensão da norma. Considerou-se que à primeira vista não restou caracterizada lesão ao artigo 201, parágrafo 7º, da Carta Magna, já que com a Emenda Constitucional nº 20/98 os critérios para o cálculo do benefício foram delegados ao legislador ordinário. O único voto contrário foi do Ministro Marco Aurélio, que entendeu que a norma impugnada reintroduzira um limite mínimo de idade, o qual já fora rejeitado pelo Congresso Nacional, quando da apreciação da Proposta de Emenda que originou a Emenda Constitucional nº 20/98.

A fórmula referente ao fator previdenciário destina-se à obtenção de um multiplicador a ser aplicado sobre a média dos 80% maiores salários de contribuição do segurado, referente ao seu período contributivo. Tal

período contributivo, lembre-se, também foi ampliado pela Lei 9.876/99, passando de, em regra, 36 meses para todo o tempo de contribuição dos segurados filiados a partir da publicação da aludida lei, e para o todo o tempo de contribuição a partir de julho de 1994 para aqueles filiados antes da referida publicação. Ao ampliar-se o período básico de cálculo, tem-se uma média menor e uma redução do valor dos benefícios. Sobre tal média incide ainda o fator previdenciário, que, coincidentemente, tende a 1 (um) à medida que a idade se aproxima dos 60 anos. Antes dos sessenta anos, o fator tende a ser menor que 1 (um), o que significa redução do valor do benefício com a aplicação do fator. O fator previdenciário, portanto, mostra-se como instrumento de redução do valor da renda mensal dos benefícios previdenciários, redução que é dupla, já que também foi ampliado o período de cálculo da média dos salários de contribuição dos segurados.

Ainda que a Constituição exija a adoção de critérios técnicos e atuariais na regulação, através de lei, da Previdência Social, mostra-se oportuno indagar se tal regulação pode instituir um tratamento mais gravoso para o segurado, operando um retrocesso social em relação à situação anterior. Em sede de direitos sociais e econômicos, deve o intérprete da Constituição estar atento para o princípio do não-retrocesso social, dirigido ao legislador. A respeito do tema, Canotilho ensina:

"Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo".

E arremata:

"O reconhecimento desta protecção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas 'conquistas sociais' (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho para aquisição do direito à reforma".

O que dizer, então, de lei que institui fator de redução do valor do benefício dos segurados da Previdência Social, a despeito de já ter havido uma redução com o alargamento do período básico de cálculo? A observância de critérios atuariais não entra em testilhas com a necessidade de se observar os princípios consagrados pela Carta Magna atinentes à tutela dos direitos econômicos e sociais e impeditivos de retrocessos em sua regulação. Podem ser instituídos critérios atuariais com estrita observância de normas constitucionais. Daí porque, diante da lesão ao princípio do não-retrocesso social, não se pode deixar de concluir pela inconstitucionalidade do fator previdenciário.

7 - CONCLUSÕES

A Seguridade Social, como técnica de protecção, há de ser regulada juridicamente com observância de normas e princípios constitucionais que buscam tutelar a dignidade da pessoa humana e construir uma sociedade livre, justa e solidária. Não se nega a necessidade de reformas e de eliminação de distorções e atecrias. Mas se deve questionar se tais reformas não pretendem, muito mais do que alcançar o bem estar da sociedade brasileira, disponibilizar para o Governo um volume maior de recursos para ser aplicado em finalidades distintas das fixadas na Constituição.

**"LEX MERCATORIA"
E CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS**

JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS
Juiz Federal no Ceará
Professor da UFC e da UNIFOR
Mestre em Direito

- I. Noções Introdutórias.
- II. Contrato Comercial Internacional.
- III. Prática Comercial.
 - A) Lex Voluntatis.
 - B) Contratos sem Lei.
 - C) Contratos Omissos.
 - D) Contrato-Tipo e Condições Gerais.
 - E) Incoterms.
- IV. Direito Uniforme.
- V) Lex Mercatória.
- VI) Conclusão.

I. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A instauração de uma nova ordem econômica internacional é, atualmente, um imperativo. Apenas desta forma vislumbra-se uma saída da atual crise econômica mundial. Crise esta de que não é mais possível sair com base nas antigas normas de Direito Internacional e nas tradicionais

relações entre os Estados que conservam e acentuam a divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

O comércio internacional surge, então, dentro deste contexto, como condição *sine qua non* para o estabelecimento de uma nova ordem econômico-jurídica internacional.

Entretanto, o desenvolvimento do Comércio Internacional tem como pressuposto a segurança jurídica. Sem dúvida, os comerciantes agiriam com mais confiança se estivessem convencidos de que poderiam fazer valer seus direitos e realizar seus interesses como se estivessem sempre, e em qualquer país, sob o império da mesma lei.

Um grande obstáculo ao desenvolvimento do Comércio Internacional é o fato das trocas comerciais internacionais continuarem a ser regidas por vários direitos nacionais. Essa diversidade de ordenamentos aptos a regular uma mesma relação jurídica, causa problemas na regulação de aspectos importantes dos Contratos Internacionais, aspectos tais como: a transferência de riscos, o momento de formação dos contratos feitos por correspondência, o princípio da responsabilidade civil, cláusulas de limitação de responsabilidade, efeitos da responsabilidade contratual, etc. Outras diversidades que causam problemas graves dizem respeito à própria estrutura dos sistemas jurídicos que sendo diferentes entre si confrontam-se no que diz respeito às peculiares formas de interpretação, regras de direito internacional privado, conformação das categorias de conexões, ordem pública, etc.

De tudo isto resulta uma contradição fundamental nas relações comerciais internacionais, quanto ao seu regime jurídico, já que as relações jurídicas pelas quais elas se realizam são de natureza internacional, ao passo que o direito que regula essas relações é de caráter nacional.

Em razão da acentuada importância do Comércio Internacional para a construção de uma nova ordem econômica mundial, que teria como escopo a repartição do desenvolvimento e do bem-estar, predica-se a uniformização do Direito do Comércio Internacional, única forma de garantir a segurança jurídica de que o Comércio necessita para o seu desenvolvimento.

Observe-se o gráfico seguinte que visa demonstrar, de forma sucinta, a importância do Comércio Internacional para a construção de uma nova ordem, assim como, o papel da unificação do Direito Comercial Internacional para o desenvolvimento do Comércio.

Direito Uniforme do Comércio Internacional → Segurança Jurídica → Comércio Internacional → Nova Ordem Econômica → Desenvolvimento Mundial

II. CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL

O Comércio Internacional tem como seu maior instrumento os Contratos. Pode-se então afirmar que os contratos são a mola propulsora do Comércio Internacional.

Mister faz-se a definição de Contratos Internacionais, antes, apenas alertamos que a diferenciação entre contratos internos e internacionais não é meramente teórica. Na verdade, tem grandes repercussões práticas, principalmente no que tange aos efeitos do Contrato.

Quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos, etc.) se originam e se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílios em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue ou seja prestado além fronteiras, ou quando os lugares da celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidem, estaremos no âmbito dos Contratos Internacionais. Enquanto no primeiro caso, o direito interno regulará todos os aspectos relativos à formação e conseqüências do negócio jurídico, no segundo, existe a possibilidade de diversas legislações pretenderem exercer controle, tal como a lei nacional das partes contratantes, a lei do domicílio, a lei de celebração do contrato, a lei do lugar de sua execução, etc.

Uma das notas características dos Contratos Internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, centro de principais atividades e até a própria conceituação legal.

Interessante é a opinião de José Maria Espinar Vicent, que propôs definir o Contrato Internacional de acordo com os seguintes pontos: (1)

a) são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias,

serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países;

b) são contratos que, devido à concentração oligopolista dos bens e atual estrutura do Comércio Internacional, não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem;

c) são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo;

d) são contratos que, em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados, põem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividade em que se inclua a operação;

e) normalmente, a forma desses contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam: a homogeneidade de suas disposições, a existências de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada.

O Contrato Internacional é necessariamente extraterritorial, ainda que as partes tenham a mesma nacionalidade. O que importa são os fatores decorrentes em toda a sua amplitude da domicialidade e dos sistemas jurídicos intervenientes.

Irineu Strenger o define de forma magistral em obra específica sobre o assunto: "São Contratos Internacionais do Comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal, lugar do contrato, lugar da execução ou qualquer circunstância que exprima um nome indicativo do Direito aplicável". (2)

Problema que se impõe aos Contratos Internacionais é a Lei que lhes é aplicável. As partes, visando fugir aos conflitos de leis, estabelecem práticas que objetivam possibilitar segurança jurídica aos Contratos.

III. PRÁTICA COMERCIAL

Já vimos que a grande questão que se impõe diz respeito à regulamentação do Contrato Comercial Internacional. Entretanto, o Comércio é sobretudo Prática. Vejamos, agora, como têm as partes procurado resolver os problemas da regulação e do conflito de Leis, buscando sempre a segurança jurídica.

A) LEX VOLUNTATIS

Com base na autonomia privada, as partes escolhem a Lei aplicável ao Contrato.

Alguns sistemas jurídicos estabelecem limites à *Lex Voluntatis*. Limites tais que a escolha seja restrita à Lei domiciliar ou nacional das partes ou que a escolha tenha vinculação com as partes ou com a transação.

O problema central aqui é definir até que ponto é aceita a autonomia das partes. Algumas teorias procuram elucidar tal questão.

Os subjetivistas puros afirmam que a vontade prima sobre a Lei. O ajuste de vontades seria suficiente para dar nascimento ao Contrato. No momento em que as partes escolhem a Lei aplicável, esta adquire força obrigatória em razão da vontade das partes. A Lei escolhida assumiria o caráter de disposição contratual.

Para os objetivistas puros, ao contrário, a vontade não desempenha nenhum papel na determinação da Lei aplicável que fica na dependência da localização objetiva do Contrato, o elemento de conexão imperativo e único do contrato, que seria a Lei do lugar de sua constituição ou conclusão, como ocorre em diversos ordenamentos.

Battifol é adepto de um objetivismo moderado. A teoria da localização defende a idéia de que a escolha das partes não é senão um índice de localização entre vários outros. As partes não são senão um índice de localização entre vários outros. As partes seriam livres de se situarem num ou noutro meio jurídico, mas não de recusar a Lei que o rege.

Na prática internacional predomina um auto-subjetivismo

moderado, de modo que uma cláusula de eleição de direito se reveste de pleno valor.

No Contrato Internacional, sendo situação pela qual a determinação da Lei aplicável é tarefa difícil e árdua, o recurso à vontade dos contratantes sobre este ponto parece infinitamente útil, na perspectiva da previsibilidade do direito, da segurança das transações e dos interesses do Comércio Internacional.

Quanto à escolha das partes, há de se diferenciar dois tipos de questões. Elas podem escolher a Lei aplicável e o foro competente. São questões que se diferenciam claramente, mas que, entretanto, em alguns casos, podem estar intimamente ligados.

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece regras quanto ao direito aplicável. Ele dispõe: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a Lei do País em que se constitutirem". Os parágrafos 1º e 2º dispõem respectivamente:

Parágrafo Primeiro: "Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da Lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato".

Parágrafo Segundo: "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

No que tange à competência jurisdicional, o Código de Processo Civil Brasileiro dispõe em seus Arts. 88 e 89 da seguinte forma:

"Art. 88 – É competente a autoridade brasileira quando:
 I – O réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
 II – No Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
 III – A ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil."

"Art. 89 – "Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
 I – Conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
 II – Proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional"."

Em relação ao Art. 88, a competência é relativa, ou seja, são competentes tanto o juiz nacional como o juiz estrangeiro, desde que a pessoa submeta-se à jurisdição estrangeira. É polêmica na doutrina e na jurisprudência a caracterização da submissão.

Já no Art. 89, a competência é absoluta, não se admite outra autoridade judiciária que não a brasileira.

No Brasil, os procedimentos adotados pelas autoridades administrativas ligadas ao Comércio Exterior e às próprias decisões judiciárias, aceitando a validade e força da cláusula da eleição do direito aplicável, corroboram no sentido da aceitação desta prática. Em relação à cláusula de escolha do foro, o C.P.C., como vimos anteriormente, nos indica critérios mais objetivos.

Deve-se ter em mente que a autonomia da vontade é exercida no interior de limites determinados pela noção de Ordem Pública, de um lado e pelas Leis imperativas, de outro. Devendo-se entender que a Ordem Pública no Direito Internacional é um remédio no sentido de não se aplicar uma Lei estrangeira quando tal aplicação tenha o efeito de prejudicar o país.

B) CONTRATOS SEM LEI

Quando nos referimos a Contratos sem Lei, estamos diante de duas situações:

Na primeira, tratamos de Contratos subordinados às próprias disposições contratuais. Não haveria submissão a qualquer Lei, apenas a advinda do consentimento. Entretanto, a vontade das partes apenas tem validade dentro dos limites e segundo as condições de uma Lei. É esta que dá efeito à troca de consentimento das partes.

Na segunda, referimo-nos à *Lex Mercatoria*. Os Contratos não estariam submetidos a uma ordem qualquer, mas sim a um direito uniforme do Comércio Internacional, construído a partir da pressão autonormativa exercida pelos comerciantes.

Essas hipóteses são empolgantes. Partem do pressuposto de que sem Lei não haveria conflito de Lei, entretanto, emperram em obstáculos grandiosos.

Afirma-se mesmo, que um juiz jamais deixará de estar vinculado a um direito interno, pois, não poderá deixar de apreciar o valor jurídico em função de seu próprio direito.

C) CONTRATOS OMISSOS

Ocorre problema de grandes proporções quando o contrato é omissivo quanto ao direito aplicável. Estes contratos estão sujeitos aos elementos de conexão vigentes nas normas de direito internacional privado. No Brasil o Art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil regula esses contratos.

Entretanto, casos há em que essas normas são insuficientes. Por pensando nisso que Dicey, na Inglaterra, desenvolveu a teoria de que, tendo as partes negligenciado a escolha do direito que deve reger seu Contrato, de alguma forma indicam, ao Tribunal, sua vontade de ver tal ou qual Lei reger suas relações convencionais. A teoria da vontade tácita defende que, desde que nenhuma escolha expressa tenha sido registrada, a Lei mais apta a reger o Contrato seria aquela que as partes, indubitavelmente, teriam considerado como devendo reger suas relações contratuais, se a questão lhes tivesse sido colocada. Com base nessa proposição, os Tribunais desenvolveriam algumas presunções que poderiam indicar as intenções das partes, por ocasião da redação do Contrato.

Por exemplo, as partes utilizam língua que não pode ser compreendida ou não é inteligível, senão à luz de um sistema jurídico determinado.

D) CONTRATO-TIPO E CONDIÇÕES-GERAIS

Os Contratos-tipo são regulamentos ou fórmulas de contrato padronizados, definindo tão-somente o que tange às particularidades de cada ramo do comércio. Geralmente são construídos pelas associações de classe ou atividade negocial.

As condições-gerais são regulamentações detalhadas às quais as partes podem se referir em suas negociações, que pela utilização dessas fórmulas ficam tão facilitadas que se restringirão às particularidades de cada negócio, tais como, preço, prazo de entrega, pagamento, etc. A Comissão

Econômica para a Europa da O.N.U. organizou um lista de condições-gerais.

E) INCOTERMS

São regras internacionais para a interpretação de termos comerciais. Disciplinam regras internacionais de natureza facultativa, precisando a interpretação dos principais termos utilizados nos Contratos de Vendas com o estrangeiro.

Os *Incoterms* tem como escopo harmonizar os negócios internacionais. Apoiados nessas regras os comerciantes impõem às suas atividades maior segurança, como também, evitam as incertezas decorrentes das diversidades sistemáticas dos diferentes países.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris publicou regras internacionais de interpretação dos termos em 1936. Em 1953 foram revisadas.

IV. DIREITO UNIFORME

Os comerciantes com a prática contratual têm procurado descobrir maneiras de solucionar os conflitos de Leis.

Além das tentativas isoladas que estudamos nos pontos anteriores, é pensamento comum que os conflitos de Leis apenas serão resolvidos com a unificação do Direito Comercial Internacional. Várias tentativas foram realizadas para tentar unificar o Direito Comercial Internacional, contudo, não lograram a solução definitiva do problema.

Existem experiências regionais de unificação de regras do Comércio Internacional. Estas unificações regionais abrangiam grupos de Países ligados por laços comuns, laços esses que poderiam ser a localização geográfica, identidade cultural ou sistema político-econômico semelhante.

Os países socialistas membros do COMECON fizeram uma unificação regional que se consubstanciou nas "Condições Gerais para Entrega de Mercadorias", destinada a governar a venda comercial entre as organizações econômicas desses países que se ocupam do Comércio Exterior.

Foi uma experiência bastante interessante. As condições governavam todos os aspectos da Venda Comercial Internacional. Tinham natureza legislativa e caráter imperativo.

Outras experiências de unificação regional ocorreram nos Países da Europa e da América Latina. No atual estágio da União Européia, já é possível falar em direito comunitário.

Alguns autores destacam que essa espécie de unificação pode ser prejudicial a uma unificação global do Direito Comercial Internacional, já que os países nela envolvidos poderiam não se sentir dispostos a abandonar um sistema jurídico já construído.

Durante bastante tempo, principalmente em face da difícil conciliação dos sistemas da civil e da *common law*, a Uniformização Parcial ou Fragmentária do Comércio Internacional, a que se realiza por assunto, foi de bom uso, pois, evitava-se a mexida em princípios gerais inconciliáveis de ambos os sistemas. Assim, temas de vocação universal foram com facilidade unificados, tais como, transportes aéreos, marítimos, estradas de ferro, propriedade intelectual, arbitragem comercial internacional, etc.

Atualmente, questiona-se a validade da unificação parcial como solução definitiva. Necessita-se não mais de Leis uniformes, mas sim de Lei Uniforme.

Sempre que surgem dúvidas a respeito da Lei aplicável a um Contrato Comercial Internacional, recorre-se ao Direito Internacional Privado. Aparentemente, leva-se a crer que a unificação do Direito Internacional Privado, como direito responsável pela solução do conflito de Leis, garantiria a certeza jurídica da qual o Comércio Internacional tem necessidade.

A Conferência de Direito Internacional Privado de Haia, objetiva a unificação progressiva das regras de Direito Internacional. Elaborou a Convenção sobre a Lei aplicável às Vendas de Caráter Internacional de objetos corpóreos móveis.

Contudo, a unificação das regras de Direito Internacional Privado não responde às necessidades de certeza jurídica. Estas simplesmente apontam o Direito Aplicável e este será sempre um Direito Nacional.

A busca da unificação das normas de Direito Comercial Internacional permanece. A Comissão Econômica pela Europa das Nações

Unidas, assim como, a CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), realizam constantes esforços pela unificação, tudo no espírito do art. 13 da Carta das Nações Unidas, que confia à Assembléia Geral a tarefa de organizar estudos e fazer recomendações, tendo em vista encorajar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação.

V. LEX MERCATORIA

Após as inúmeras tentativas de unificação do direito do Comércio Internacional, que já estudamos, percebemos que o escopo a que se propunham, a segurança jurídica, não foi atingida.

É dentro deste contexto que alguns autores destacam a importância da *Lex Mercatoria*. Esta seria um conjunto de regras, princípios e costumes oriundos da prática comercial, sem vinculação a qualquer direito nacional.

É necessário que se distinga a antiga da nova *Lex Mercatoria*. Ambas são frutos da prática comercial, moldadas a partir da pressão autonormativa dos operadores econômicos. Contudo, a antiga surgiu das necessidades de outra época; surgiu a partir dos anseios dos comerciantes, classe àquela época emergente, de libertarem-se das amarras feudais. Hoje, predica-se a existência de uma nova *Lex Mercatoria*. O único ponto em comum com a antiga seria a necessidade para o comércio internacional de ter um direito uniforme próprio.

Uma nova ordem de relações econômicas internacionais exige uma nova ordem jurídica, que se poderia chamar de nova *Lex Mercatoria*. Esta é chamada a ter um papel de Direito Comum do Comércio Internacional, não podendo, portanto, ser de natureza costumeira, como o Artigo *jus mercatorum*, mas deve ser de natureza legislativa, pondo, assim, os Estados diante de suas responsabilidades e obrigações, influenciando numa questão de maior importância para a vida internacional.

Entre os defensores da teoria da *Lex Mercatoria*, destacam-se autores como Philippe Francescakis, Berthold Goldman, Philippe Kahn e Clive Schmitthof. Entre os que são contra, temos Henry Batiffol, Coussouarn, Klein e Mann. Os críticos alegam, sobretudo, sua fragilidade e inaptidão para regular as relações econômicas internacionais.

VI. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, refletimos sobre os graves problemas que afligem os países de nossa época. Necessita-se, para sair dessa crise, de uma nova ordem econômica internacional. O Comércio Internacional exerce papel relevantíssimo no desenvolvimento dessa nova ordem, sobretudo, pelo caráter de universalidade que possui hoje.

O instrumento básico do Comércio Internacional são os contratos. É através deste que o comércio se desenvolve.

Após a definição de contratos comerciais nos deparamos com uma questão fundamental: qual a Lei aplicável ao Contrato Internacional?

Em busca dessa resposta, analisamos as saídas a que os comerciantes no dia a dia recorrem para evitar os conflitos de Leis, assim como as tentativas de Uniformização do Direito Comercial Internacional.

Em face da insuficiência das práticas comerciais e das tentativas de uniformização do Direito Comercial Internacional, surge a *Lex Mercatória*. Teoria que tenta, através de um conjunto de normas autônomas, trazer segurança jurídica que o comércio necessita, acabando com o conflito de Leis.

A *Lex Mercatória* é uma teoria fascinante. Contudo, carece de aplicação prática, principalmente pelo fato de que não possui uma perfeita sistematização, assim como, carece de obrigatoriedade.

Por conclusão, acreditamos que, no estágio em que se encontra, a *Lex Mercatória* não atende às expectativas dos operadores econômicos.

AÇÃO RESCISÓRIA

JOSÉ HELVESLEY ALVES
Juiz Federal Substituto da 11ª Vara

Rescisória é a ação específica que visa à anulação de uma sentença que transitou em julgado, com ou sem a utilização de recursos, podendo o pedido conter, além da rescisão, um novo julgamento da causa. É de natureza constitutiva negativa.

Além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a rescisória, para ser admitida, pressupõe dois fatos básicos indispensáveis: uma sentença de mérito transitada em julgado e a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil. Assim, não havendo a "RES JUDICATA", não há como falar em ação rescisória. Na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controversa. Em outras palavras, a conceituação carnalutiana define lide como "O conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito".

Regra geral, a competência original para apreciação da rescisória é do órgão de segundo grau, quer a decisão rescindenda dele provenha, quer de órgão subordinado, tenha ou não havido recurso, mas desde que transitada em julgado. A primeira instância, portanto, nunca tem competência para ação rescisória.

A Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal trata do assunto retro mencionado, verbis: "Admite-se a ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos". Portanto, pode-se afirmar que, mesmo o revel, mantendo-se ausente em todas as fases do processo principal, pode propor ação rescisória contra a sentença que o condenou e transitou em julgado. Basta que, na positura, atenda

aos pressupostos processuais básicos desse tipo de ação.

Dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro, as hipóteses para admissibilidade de ação rescisória são tratadas de forma taxativa no art. 485 do CPC - NUMERUS CLAUSUS: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV - ofender a coisa julgada;
- V - violar literal disposição de lei;
- VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória;
- VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa".

Já o art. 495 do mesmo digesto processual cuida do prazo para a interposição da rescisória, verbis: "O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão". O prazo, portanto, é decadencial, não se interrompendo nem se suspendendo. É **DECADENCIAL PEREMPTÓRIO**.

O início do prazo, portanto, define-se pelo primeiro dia útil que suceder ao último dia de prazo para interposição de recurso. Assim, pode a sentença transitar em julgado na instância originária, sem qualquer recurso; pode transitar em julgado depois de esgotados todos os recursos possíveis, inclusive recurso extraordinário e agravo de instrumento para o STF (Súmula 514 do STF).

Segundo preceitua o art. 488 do CPC, a petição inicial da ação rescisória observará os requisitos gerais da ação, a teor do art. 282 do CPC. Mais de um dos fundamentos do art. 485 pode ser alegado cumulativamente. O pedido pode ser cumulado ou não. De fato, há casos em que só a desconstituição já atende plenamente ao interesse material do autor (**EXEMPLO: quando se pede a desconstituição da sentença proferida com ofensa à coisa julgada**). Já existia uma sentença com trânsito em julgado e outra referente à mesma causa foi proferida. A desconstituição da Segunda sentença já resolve, definitivamente, o problema (inciso I do art. 488 do CPC). Já o inciso II do retro citado artigo exige o depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente. Indispensável, entretanto, para se propor ação rescisória a juntada, à inicial, da prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, sob pena de indeferimento liminar.

O art. 489 do CPC, por seu turno, afirma que "A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda". A afirmação do digesto processual é taxativa em face de essa execução ser definitiva e não provisória. Com efeito, esta é a lição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda sobre o assunto: "Quanto à execução da sentença rescindenda, uma vez que a propositura da ação rescisória não tem qualquer efeito suspensivo, a execução definitiva pode ser iniciada ou prosseguir, como se nenhuma ação rescisória tivesse sido proposta. Uma vez que a ação rescisória depende do trânsito em julgado da sentença, nenhuma provisoriade da execução pode haver". (Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões, Forense, 5ª Edição, página 503).

A título excepcional, porém, e em casos especialíssimos, a doutrina vem-se consolidando no sentido de admitir o cabimento da ação cautelar para suspender a execução da decisão rescindenda, quando da execução resultar dano irreparável para o autor da rescisória caso ganhe a questão. Em casos que tais, competente para a cautelar é o relator da rescisória, se a cautelar for incidental, ou o juiz a quem for distribuída, se a cautelar for preparatória.

Como já se disse, as hipóteses ensejadoras da ação rescisória estão estampadas em numerus clausus no art. 485 do CPC. Por ser a coisa julgada matéria de ordem pública, este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva.

ACÇÃO RESCISÓRIA QUE AFRONTA COISA JULGADA.

O art. 467 do Código de Processo Civil reza: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Enquanto sujeita a recurso a sentença, não se atingiu, ainda, a finalidade do processo, que é a composição da lide, pelo julgamento da res in iudicium deducta. E, assim, o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado. O Estado ainda não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá a vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo. Chegará, entretanto, um momento em que não mais são admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos, ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não será mais possível, portanto, qualquer reexame da sentença. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a sentença transita em julgado, tornando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. E aí se deu o que se chama coisa julgada formal, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. "Coisa julgada formal é a impugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (LICC art. 6º, parágrafo 3º), quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo. Para a coisa julgada formal leva-se em conta, principalmente, a impugnabilidade da sentença, vale dizer o momento em que se forma a coisa julgada. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. Não é objeto de garantia Constitucional - Art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 - que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material). Normalmente, a coisa julgada ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Mas nem sempre. Quando as partes não recorrem de sentença prolatada contra a fazenda pública, ocorre a preclusão (coisa julgada formal), mas a coisa julgada material somente vai ocorrer com o reexame necessário da sentença pelo tribunal (CPC art. 475). As sentenças proferidas com base no art. 267 do CPC são atingidas, somente, pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito". Assim, da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença

no mesmo processo em que foi proferida, porque a sentença se tornou ou é inimpugnável. Por isso também se diz que a coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Dá-se a máxima preclusão: não é mais possível a reforma da sentença no processo em que foi proferida.

Mas a essa qualidade da sentença se acrescenta outra, que lhe dá autoridade além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos. A vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, tornou-se indiscutível, imutável, no mesmo ou em outro processo. O comando emergente da sentença, tornando imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em coisa julgada material, ou substancial, como autoridade da coisa julgada. A coisa julgada tem força de lei. Nesse sentido, o art. 468, do Código de Processo Civil, verbis: "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como em relação a todos os juizes, que deverão respeitá-la (Art. 467 do CPC retro citado). O ilustre processualista FREDERICO MARQUES faz a distinção entre coisa julgada e a coisa soberanamente julgada, ocorrendo esta última quando se escoe o prazo decadencial de propositura da rescisória ou quando seja ela julgada improcedente.

É importante frisar que a SÚMULA 268 do Supremo Tribunal Federal não admite mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. E isso se dá, exatamente, porque a Lei do Mandado de Segurança (Lei 1533/51) admite esse remédio contra atos judiciais, e não contra decisão transitada em julgado, como substituto da ação rescisória. Admitir-se o mandado de segurança seria burlar a coisa julgada material, que não admite recurso ordinário ou extraordinário. Se a parte não usa dos recursos cabíveis, não é lícito dar-lhe sucedâneo através do mandado de segurança. Não se argumentará com a liquidez e certeza do direito. Se for positivo, o recurso cabível atendê-lo-á.

O sempre lembrado mestre HELY LOPES MEIRELLES afirma que é inadmissível o mandado de segurança contra a coisa julgada, só destrutível por ação rescisória, a menos que o julgado seja substancialmente inexistente ou nulo de pleno direito. E isso se dá, exatamente, porque os julgados nulos ou inexistentes são destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1.988, estatui o seguinte: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Destarte, a coisa julgada é um bem jurídico posto em juízo, tendo, inclusive, proteção constitucional, motivo por que, a sentença que a tenha violado, pode ser vergastada. Tal autorização está prevista no preceptivo processual, mais precisamente no art. 471, do Código de Processo Civil, verbis: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

II - nos demais casos previstos em lei.

O inciso I refere-se à relação jurídica continuativa, onde a sentença prolatada julga o mérito da causa, mas não transita em julgado. Havendo modificação no estado de direito ou de fato das partes, o **DECISUM** pode ser modificado. É a chamada cláusula **REBUS SIC STANTIBUS**, que é uma simplificação da seguinte fórmula integral: "**CONTRACTUS QUI HABENT TRACTUM SUCESSIVUM ET DEPENDENTIAM DE FUTURO, REBUS SIC STANTIBUS INTELLIGUNTUR**".

Literalmente significa: os contratos que têm trato sucessivo e dependência de evento futuro, devem ser interpretados permanecendo assim as coisas. Vale dizer: os contratos que têm trato sucessivo ou são a termo, subordinam-se, todo tempo, à subsistência do estado inicial das coisas. Assim, devem ser cumpridos enquanto as condições permanecerem as mesmas existentes no momento de sua formação. Portanto, e em resumo, de acordo com a cláusula "rebus sic stantibus" nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação.

O inciso II faz referência aos demais casos prescritos em lei e, entre eles, estão aqueles dispostos, taxativamente, no art. 485 do Código de Processo Civil.

Assim, a fim de que seja possível intentar-se ação rescisória com fundamento em ofensa à coisa julgada, imprescindível fique demonstrado, inequivocamente, que a decisão atacada violou sentença anterior, não mais susceptível de recurso.

No que pertine à legislação substantiva, o Código Civil, em sua Lei de Introdução, faz referência à coisa julgada em seu art. 6º, parágrafo 3º, verbis: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já

não caiba recurso".

Há, no direito comparado, institutos similares, sobressaindo-se os seguintes: **CODE DE PROCEDURE CIVILE - FRANÇA** - que, em seu art. 480, assim se refere, verbis: "**La Raquête civile est ouverte s'il y a contrariété de jugements en dernier ressort, entre les mêmes partis, sur les mêmes moyens, dans les mêmes cours ou tribunaux. CODICE DI PROCESSURA CIVILE - ITÁLIA** - que, em seu art. 395, assim se reporta: "**Se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, perchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione. Alfim, PORTUGAL** cujo código, em seu art. 771, 7º, assim reza: "**A revisão de qualquer sentença passada em julgado pode ser requerida quando a sentença seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente, se o vencido mostrar que não teve conhecimento dele enquanto o processo entevte pendente**".

Pode ocorrer, entretanto, que, tendo uma sentença transitado em julgado, outra afronte a coisa anteriormente julgada, gerando conflito entre duas coisas julgadas. Ocorrendo tal hipótese, a sentença que, por último, transitou em julgado é susceptível de ação rescisória, no entendimento do art. 485, IV, do Código de Processo Civil. E se, por acaso, já houvesse sido transcorrido o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, como se resolveria a questão?

Sobre o assunto há posições diferenciadas entre os autores, situando-se eles em posições diametralmente opostas. A meu sentir, entretanto, seguindo as pegadas da maioria dos processualistas, entendo que deve prevalecer a primeira sentença que transitou em julgado, haja vista que a segunda ofendeu a coisa julgada, não importando se o prazo decadencial peremptório ocorreu ou não. Se assim não fora, ocorreria malferimento à Constituição Federal, especificamente ao art. 5º, inciso XXXVI, da **LEX LEGUM**, além de espancar os artigos 301, VI, 471 e 485 IV, do Código de Processo Civil.

O raciocínio supra esposado serve, igualmente, para o caso de ser terceiro processo instaurado e cada uma das partes invocar a autoridade de coisa julgada das sentenças contraditórias. Prevalecerá, sempre, a primeira sentença que transitou em julgado por a 2ª e a 3ª contrariarem a Constituição e os preceptivos da legislação adjetiva civil, destaques para o art. 5º, XXXVI da CF/88 e art. 471 do Código de Processo Civil.

RESCISÓRIA DE OUTRA RESCISÓRIA

É admissível a ação rescisória de decisão proferida em outra rescisória, mesmo sendo silente o Código de Processo Civil a esse respeito?

O Código de Processo Civil de 1.939, em seu art. 799 admitia, expressamente, ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória, mas o vigente Código de Processo Civil silenciou a respeito da matéria.

LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, em sua obra **ASPECTOS E INOVAÇÕES DO PROCESSO CIVIL**, ed. 1.974, faz sentir que: "Andou bem, pois, o novo estatuto em silenciar a respeito, tornando, assim, sempre possível a rescisão do julgamento que, em ação rescisória, incidir em qualquer dos vícios enumerados no art. 485".

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, em seus comentários ao Código de Processo Civil, v. VI/171, assim se expressa: "O Código de Processo de 1.939 admitia ação rescisória de sentença proferida em outra ação rescisória quando se verificasse qualquer das hipóteses previstas no inciso I, alíneas "a" e "b" ou no caso do inciso II, do art. 798. Ficou, a contrario sensu, excluída a rescisória com fundamento em violação de disposição literal de lei. O atual Código de Processo Civil não cuidou do assunto. Que se deve concluir do silêncio do novo Código? A meu ver, é irrecusável a admissibilidade, sem qualquer restrição, de nova ação rescisória. Como mui bem diz Pontes de Miranda, na ação rescisória há julgamento de julgamento. Nenhuma razão lógica existe para pretender-se que o segundo julgamento esteja isento de vícios. Bastam, para eliminar os excessos da chicana, as disposições repressoras do abuso processual adotado pelo Código".

Assim, indubitosa a possibilidade de ação rescisória de ação rescisória. Pela própria natureza jurídica dela, ação constitutiva negativa, admite-se rescisória de rescisória, mesmo sem dispositivo expresso que o permita, como o existente no Código de 1.939, em seu art. 799. Indispensável para tanto, que se configurem as condições da ação, a que já nos referimos.

BIBLIOGRAFIA:

ALVIM, Arruda, Manual de Direito Processual Civil, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 11ª Edição Atualizada, São Paulo, 1.990, 3º Tomo.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Processo Civil Brasileiro, Editora Forense, 17ª Edição Revista e atualizada, 1995.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1974, volume 3.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 10ª Edição, 1995, volume III.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2ª Edição, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição, 1991.

NEGRÃO, Theotônio. CPC e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 26ª Edição, 1.995 e 27ª Edição 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1974, tomos I, II, X e XII.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 10ª Edição Revista e Atualizada, 1993.

A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

(Assimilação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pelo Direito Processual do Trabalho no Brasil)*

EVANNA SOARES**

SUMÁRIO:

1 - INTRODUÇÃO.

2 - A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL.

2.1 - Antecedentes históricos. 2.2 - Direito comparado. 2.2.1 - Institutos assemelhados na Europa. 2.2.2 - O modelo italiano. 2.2.3 - A situação argentina. 2.2.4 - O Código tipo Processual Civil para a Ibero-América. 2.3 - O modelo brasileiro: natureza jurídica. 2.4 - A garantia da efetividade do processo "*versus*" o "*due process of law*" e o direito à ampla defesa. 2.5 - Requisitos. 2.5.1 - Genéricos: Prova inequívoca. Verossimilhança da alegação. 2.5.2 - Específicos: Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. 2.5.3 - Reversibilidade do provimento antecipado. 2.5.4 - Revogação e modificação. 2.6 - Objeto do pedido. 2.7 - Legitimação ativa para o pedido. 2.7.1 - Do autor. 2.7.2 - Do réu. 2.7.3 - De terceiros. 2.8 - Competência. 2.9 - Procedimento e oportunidade para o requerimento e para apreciação do pedido de antecipação da tutela. 2.10 - Impugnação recursal. 2.11 - Tutela antecipada e tutela cautelar. 2.12 - Execução da tutela antecipada. 2.13 - Tutela específica: execução de obrigação de fazer e não fazer.

*Trabalho de conclusão da disciplina Seminário I (Direito Processual), Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Ciências Políticas, Jurídicas e Econômicas, Universidade do Museu Social Argentino. Prof. Dr. Eduardo Mario Martínez Álvarez. BUENOS AIRES - 1999.

**Procuradora Regional do Trabalho do Ministério Público do Trabalho, Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região.

3 - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO.

3.1 - Autonomia do direito processual do trabalho no Brasil. 3.2 - Aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo trabalhista. Dissídios individuais. 3.3 - Tutela cautelar e tutelas específicas assimiladas processo trabalhista. 3.4 - Tutelas antecipadas específicas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. 3.5 - Aplicação subsidiária do instituto da antecipação da tutela ao processo trabalhista. 3.5.1 - Natureza jurídica. 3.5.2 - Requisitos. 3.5.3 - Reversibilidade, revogação e modificação. 3.5.4 - Legitimidade para o pedido. 3.5.5 - Competência e oportunidade para exame do pedido. 3.5.6 - Impugnação recursal. Irrecorribilidade de imediato. Mandado de segurança. 3.5.7 - Caução. 3.6 - Utilidade do instituto: celeridade e efetividade do processo do trabalho. Casos práticos. 3.7 - A tutela antecipatória e a execução provisória das obrigações de fazer. Posição do Tribunal Superior do Trabalho. 3.8 - A tutela antecipatória e a execução provisória contra a Fazenda Pública. A legislação brasileira e a posição do Supremo Tribunal Federal. 3.9 - Antecipação da tutela e ação rescisória. 3.10 - Tutela antecipada e dissídio coletivo.

4 - CONCLUSÃO. NOTAS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Ao Estado moderno, fundamentalmente, cumpre o exercício da função jurisdicional ou jurisdição, a qual é provocada pelo manejo do direito de ação, também considerado verdadeiro poder de ação, exercitado através do processo¹.

Existe a preocupação com o efetivo acesso à justiça, que se configura não somente com a chance de se ingressar em juízo, mas também com a ressalva de princípios e garantias que conduzam a uma justa ordem jurídica, como exemplos a universalidade da jurisdição, o devido processo legal e o contraditório.

A garantia de inafastabilidade do controle judicial relativamente às lesões de direitos, em especial os direitos fundamentais, mediante processos breves e simplificados, encontra sede em estatutos da envergadura da Declaração Universal de Direitos Humanos proclamada em 1948 (art. 8º), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - de 1969 (arts. 8º e 25) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XVIII).

É crescente a necessidade de se dotar o processo de efetividade, isto é, de condições para que sua finalidade social seja atingida, eliminando-se conflitos e fazendo-se justiça².

Nesse contexto se insere a noção de que a justiça, para que não sofra deturpação, deve ser prestada em tolerável lapso de tempo, de sorte que, sem prejuízo para os princípios do devido processo legal e da busca da verdade real, o Estado atenda à expectativa da sociedade, oferecendo solução rápida aos litigantes e zelando pela paz social³.

Assim, inspirado, basicamente, no modelo italiano, o Brasil adotou o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ou antecipação da tutela, ou tutela antecipada, ou, ainda, tutela antecipatória, visando a agilizar a prestação jurisdicional em casos concretos de dano irreparável ou de difícil ressarcimento, constatado ou iminente (natureza cautelar), ou quando se configurar o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (natureza sancionatória, não cautelar), tendo sempre em mira a garantia do "due process of law".

Está-se um passo adiante da teoria unitária de CARNELUTTI, acerca do ordenamento jurídico, que concebia composta a lide somente através da sentença, mesmo porque, na verdade, os juizes vinham praticando a tutela antecipada para atender às necessidades que lhes eram colocadas pelas partes, sob a invocação, porém, dos dispositivos legais regedores das medidas cautelares comuns não específicas ou inominadas, alargando sua finalidade e, assim, desvirtuando a natureza jurídica tradicional. Estas foram respostas práticas às inquietações dos aplicadores do Direito, reagindo a

determinados preconceitos, como o que considera ápice processual apenas a sentença de mérito, ou o que tolera os abusos e chicanas do réu, retardando a proteção jurídica ao autor, embora se tenha a quase certeza de que ao demandante assiste razão.

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional inova nas relações processuais desde quando traduz verdadeira solução, total ou parcial, meritória da lide, antes do final do processo, desde que satisfeitos os pressupostos necessários ao deferimento da medida, isto é, prova inequívoca e verossimilhança da alegação (pressupostos genéricos), e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (pressupostos específicos alternativos). Além disso, é necessário que a medida deferida não seja irreversível, achando-se sujeita, outrossim, a revogação.

A tutela antecipada é instituto de direito processual civil.

Importante perquirir, então, se pode ser aplicada ao direito processual do trabalho brasileiro, posto que constitui disciplina autônoma.

No Brasil, a via freqüentemente utilizada para resolver os conflitos trabalhistas ainda é a jurisdicional. Não se tem tradição para a negociação ou outras formas extrajudiciais de solução, especialmente no que tange aos dissídios individuais de trabalho.

Sucessivas crises econômicas, a elevação dos índices de desemprego e os pesados encargos sociais e trabalhistas têm sido os maiores causadores do crescente número de reclamações trabalhistas no País - que conta com uma Justiça especializada para resolver tais litígios, a Justiça do Trabalho, inserida no Poder Judiciário federal, composta de órgãos de primeira instância (Juntas de Conciliação e Julgamento), vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho (segunda instância) e um Tribunal Superior do Trabalho - instância extraordinária trabalhista, mas, na prática, uma "terceira" instância - nos quais tramitam, atualmente, em torno de dois milhões e quinhentos mil processos, e que, nada obstante inúmeras providências para redução dessa sobrecarga de trabalho, como exemplos a realização de "mutirões de julgamento" e a informatização dos serviços, não conseguem atender aos anseios dos jurisdicionados, sendo, ainda, freqüentemente, alvo de investidas políticas que propõem sua extinção.

A inexistência de imposição legal para que as partes que formam as relações de trabalho se submetam à prévia negociação, como requisito para acesso à Justiça do Trabalho, aliada aos fatores antes referidos e a vasto elenco recursal, sobrecarrega os órgãos da Justiça do Trabalho, levando à morosidade da solução dos conflitos - o que não se harmoniza com um dos mais relevantes princípios orientadores do processo do trabalho, qual seja, o da celeridade processual.

Essa morosidade adquire maior relevo quando se tem em conta a

reivindicação de direitos quase sempre premidos pela urgência, eis que giram em torno do emprego e do salário - indispensáveis à manutenção do trabalhador e seus dependentes. Em suma, sobreleva-se a natureza alimentar do bem de vida buscado judicialmente na esfera trabalhista, e, portanto, inadiável.

A adoção do instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pelo direito processual comum brasileiro, mediante a Lei nº 8.952, de 13/12/1994, que alterou o Código de Processo Civil (CPC), decorreu da necessidade de dar efetividade ao processo e amenizar os efeitos da morosidade reinante na Justiça comum civil, e tem sido desejada pela maioria dos juslaboristas como instrumento perfeitamente adaptável ao processo trabalhista, em especial com o fim de atender ao anseio de uma prestação jurisdicional mais expedita.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - diploma que rege o processo no âmbito da Justiça do Trabalho - no art. 769, manda que se tenha o direito processual comum como fonte subsidiária do processo trabalhista, exceto naquilo que for com este incompatível. Por isso que, na Justiça Trabalhista, ao lado de providências urgentes expressamente autorizadas pela Consolidação, como a reintegração liminar de dirigente sindical e o cancelamento de transferências irregulares do local de trabalho dos empregados, convivem as medidas cautelares previstas no direito processual comum, por aplicação subsidiária. Com o advento da tutela antecipada, também este instituto vem sendo considerado para dar celeridade e efetividade ao processo do trabalho, mediante assimilação do processo comum.

O que se pretende neste estudo é focalizar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em cotejo com a efetividade do processo do trabalho, buscando demonstrar a assimilação do novel instituto de direito processual civil pelo processo trabalhista brasileiro, bem assim sua utilidade e aplicação na solução das lides trabalhistas.

2 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A tutela antecipada, genericamente considerada como medida assecuratória urgente e provisória, encontra raízes nas medidas cautelares do direito romano.

Giovanni ARIETA, citado por Luiz Guilherme MARINONI⁴, destaca entre as medidas urgentes praticadas pelos romanos a "*l'operis novi nuntiatio*", a "*cautio damni infecti*" e a figura do *sequestro*. A primeira, denúncia

oral vasada em fórmulas sacramentais, composta de uma fase extrajudicial e outra judicial, se necessário, destinava-se a proibir o proprietário de continuar a obra iniciada, ainda não concluída, e, se assim não procedesse, o denunciante pediria ao pretor um interdito proibitório ou demolitório. A segunda, restrita a uma fase judicial, visava a assegurar ao requerente o ressarcimento, diante do perigo de dano, mediante caução ou imissão do próprio requerente, pelo pretor, na posse de bens do requerido. E o seqüestro, que consistia no depósito, voluntário ou necessário, de uma coisa, pelas partes, a terceiro, para que fosse conservada, diante do temor de que uma delas a deteriorasse ou extraviasse.

Há registro de medidas assecuratórias específicas nas Ordenações Afonsinas, que dispunham, no Livro Terceiro, Título XXV, sobre a medida cautelar "Do reo, que he obriguado a satisfar em Juizo, por não possuir bees de raiz". Também nas Ordenações Manuelinas, Livro Terceiro, Título XX "Do reo que he obriguado a dar fiança, ou cauçam em Juizo, por nam possuir bens de raiz"⁵.

As Ordenações Filipinas, Livro Terceiro, dedicavam o Título XXXI "Quando o réo he obriguado satisfar em Juizo por não possuir bens de raiz", onde se é possível identificar as figuras do "sequestro", "penhor", "fiança", "arresto" e até a prisão civil por dívida, tudo para garantir as situações em que se temesse a fuga do devedor, a falta de bens para solver a dívida ou a conservação da coisa litigiosa⁶.

2.2 DIREITO COMPARADO

2.2.1 INSTITUTOS ASSEMELHADOS NA EUROPA

Há registro das medidas cautelares ou provisórias nos principais países europeus.

Destaca Víctor Fuentes CAMACHO⁷ as providências adotadas pela Comunidade Européia para, diante do "periculum in mora", solucionar, em tempo hábil, os litígios verificados nas relações internacionais privadas, assegurando-se a execução da decisão contra algum evento ocasional ou mesmo conduta fraudulenta do demandado. Tais medidas consistem, de um lado, na colocação à disposição do demandante da faculdade de provocar a tutela cautelar, e, de outro lado, em dotar o juiz de amplos poderes para efetivar a tutela. Nesse rol de medidas acha-se a "antecipação da execução das decisões judiciais", cuja finalidade é garantir, satisfazendo-a, a eficácia da futura sentença. Ditas providências assentam-se no art. 24 do "Convênio de Bruxelas", que admite - nada obstante, na prática, tenham surgido dificuldades relativamente a divergências interpretativas entre os órgãos jurisdicionais e no que se refere à execução - a solicitação de medidas provisórias ou cautelares previstas nas leis de um Estado conveniado às suas

autoridades judiciais, inclusive se, em virtude do referido Convênio, um tribunal de outro Estado contratante for competente para conhecer sobre o fundo do assunto.

No que tange ao direito interno de cada país, cumpre mencionar a existência, no direito alemão, de medidas provisórias de segurança relativas à coisa litigiosa (§935 da ZPO), de caráter conservativo, semelhante ao seqüestro, e a medida cautelar, propriamente, tendente a criar uma provisória situação de fato, com o fim de "regular um estado provisional, respeitante a uma relação jurídica controvertida", desde que necessário para que não ocorram prejuízos significativos ou não haja ameaça sobre as relações jurídicas, mormente as permanentes (§940 da ZPO). A primeira conserva o estado de fato existente; a segunda cuida de uma nova regulação; ambas, porém, têm um fim cautelar⁸. Oferece, ainda, a lei germânica, a figura da "condenação provisória", constituída de antecipação da composição da lide, que visa a impedir que o direito subjetivo da parte seja esvaziado pela demora da sentença meritória, o que fatalmente ocorreria se deixasse para exercê-lo somente depois da sentença final, procurando, assim, manter-se a paz social⁹.

A França admite três tipos de medidas provisórias, segundo Humberto THEODORO JÚNIOR¹⁰ - escorado na doutrina e na jurisprudência francesas: "mesures d'attente", "mesures provisoires qui anticipent sur le jugement" e "mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution". As primeiras constituem a clássica tutela cautelar destinada a resguardar do dano a situação em litígio, como arresto, seqüestro, etc., sem pronunciamento sobre o mérito da lide, propriamente dito. As segundas são uma espécie de tutela antecipada, com resultados satisfativos imediatos e provisórios do direito da parte. As últimas são uma tutela antecipada de execução provisória da sentença ainda não passada em julgado, quando necessário.

Na Suíça, tal qual na Alemanha, há medidas provisórias destinadas a antecipar o mérito da tutela, desde que necessário e desejável, umas para assegurar o êxito da execução futura, outras para fornecer a paz jurídica, resolvendo em caráter provisório a lide até sentença definitiva¹¹.

O direito português consagra procedimentos cautelares preparatórios e incidentais, típicos e inominados, porém sem o caráter de ação, considerada a subsidiariedade das medidas. Destinam-se a resguardar situações diante do fundado receio de lesão grave ou de irreparabilidade do direito reivindicado. As medidas inominadas têm como pressupostos a existência de litígio, representados por uma ação ou não; o fundado receio de grave lesão ou de difícil reparação do direito; e o não enquadramento da situação nos procedimentos específicos, ou seja, os alimentos provisórios, a restituição provisória da posse, a suspensão das deliberações sociais, o arresto, o embargo de obra nova e o arrolamento¹².

Luxemburgo e Holanda dispõem de institutos semelhantes à tutela

antecipada, como notícia Augusto MORELLO¹³, o primeiro representado pela solução provisória para os casos em que o devedor não apresenta contestação consistente, e o segundo uma espécie de seqüestro conservatório, muito eficiente em determinados casos e que, praticamente, resolve a questão.

A Áustria tem a tutela antecipada sem limitações a não ser quando a medida pertinente for passível de execução forçada, e a Inglaterra faculta ao juiz (*Contempt of Court*) determinar provimentos preventivos e repressivos aos que ameacem a atividade jurisdicional, bem assim providências processuais outras, distintas dos precedentes de jurisprudência e da lei¹⁴.

2.2.2 O MODELO ITALIANO

O Código de Processo Civil da Itália, no art. 700, contempla os "provimentos de urgência", que integram o sistema dos procedimentos cautelares. Os provimentos de urgência, porém, diferenciam-se das medidas cautelares tradicionais e emanam do pressuposto de um perigo não especificamente previsto. Seu conteúdo não se acha disciplinado em lei, mas deve ser determinado pelo juiz em harmonia com o provimento definitivo de mérito. Não se admite a utilização dos mencionados provimentos no lugar de um provimento cautelar típico, eis que isso contornaria as normas sobre competência e procedimento estabelecidas na lei. Igualmente, não podem ser invocados os provimentos de urgência com o fim de obter a suspensão ou a remoção dos efeitos de uma sentença ou de um provimento executivo, também não se admitindo que a matéria neles versada exorbite a jurisdição dos juízes ordinários, como a que trata do emprego público. Têm aplicação em situações várias, como exemplos a proibição do uso do nome de uma pessoa célebre para fins publicitários, suspensão da eficácia de protesto, imediata reintegração ao emprego de trabalhador licenciado, proibição da projeção de um filme, eliminação de distúrbios nas transmissões televisivas, inibição de atividade comercial eivada de concorrência desleal, etc. Releva salientar que, no juízo de mérito, o provimento de urgência exaure seus efeitos, subsistindo na sentença se procedente o pedido, mas caducando em caso contrário¹⁵.

Em consonância com o art. 700 do Código de Processo Civil italiano, são condições para a concessão dos provimentos de urgência destinados a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito, que a medida pretendida não se enquadre nos demais procedimentos cautelares e que haja fundado motivo de temor de prejuízo iminente e irreparável ao direito durante o tempo transcorrido para fazê-lo valer o pela via ordinária.

Integram, outrossim, o elenco dos procedimentos cautelares da Itália, os "procedimentos cautelares em geral", o seqüestro, a denúncia de obra nova e dano temido e os procedimentos de instrução preventiva.

O ordenamento peninsular consagra, ainda, a "condenação com reserva", dotada da natureza de provimento condenatório sumário, cuja função é, nos casos previstos em lei e diante da inconsistência da defesa do réu, impor-lhe determinadas restrições.

A propósito, foi nesse modelo que se inspirou o legislador brasileiro para introduzir, no ordenamento jurídico nacional, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

2.2.3 A SITUAÇÃO ARGENTINA

O Código de Processo Civil e Comercial da nação argentina contempla medidas cautelares, propriamente ditas, específicas (embargo preventivo, seqüestro, intervenção ou administração judicial, inibição geral de vender ou gravar bens e anotação de lide, proibição de inovar e de contratar, e proteção de pessoas ou guarda), e genéricas - fundadas no poder geral de cautela do juiz - as quais têm pertinência nos casos não enquadrados nas cautelares específicas e se destinam a quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo anterior ao reconhecimento judicial de seu direito, possa sofrer prejuízo iminente ou irreparável, facultando-se-lhe o direito de pedir medidas urgentes que, conforme as circunstâncias, sejam mais aptas para assegurar, provisoriamente, o cumprimento da sentença (art. 232).

Premidos pela situação atual do processo civil e pela duração inaceitável de seu desenvolvimento, em cotejo com a ansiedade de rapidez do jurisdicionado contemporâneo - o que escapa da capacidade legislativa, conforme assinala Augusto MORELLO¹⁶ - a doutrina e a jurisprudência argentinas vêm se preocupando com a adoção do instituto da antecipação da tutela - como feito pelo direito brasileiro.

Há no Projeto de Código de Processo Civil e Comercial para a Província de Buenos Aires, segundo Roberto BERIZONCE¹⁷, dispositivos acerca da "tutela antecipatória" e das "medidas de efetividade imediata", ambos sob o título "tutela antecipada".

A tutela antecipatória, de acordo com o citado projeto, pode ser concedida quando formada a lide - o que afasta a outorga sem audiência da parte contrária - devendo ser aguardado pelo menos o prazo para a defesa, ao contrário do que se vê nas cautelares comuns. Dá-se no próprio processo de conhecimento, preserva o direito de defesa e requer uma cognição sumária, inclusive com a realização de audiência em caráter de urgência, devendo ser citados todos os interessados. Somente depois disso é que o juiz decidirá. A antecipação poderá ocorrer a qualquer tempo, sendo, porém, de caráter provisório, posto que revogável e modificável. Para que seja possível o deferimento da tutela antecipatória são necessários, conforme o

projeto referenciado, os seguintes requisitos cumulativos: existência de convicção suficiente sobre o direito invocado, ou forte probabilidade (não exatamente uma certeza) acerca da existência desse direito, bem assim se deve ser tutelado; um grau de urgência elevado que, se não efetivada a medida no momento, haverá dano irreparável ao requerente, ou seja, o fundado temor de dano irreparável, independente da ocorrência de abuso do direito de defesa; suficiente contracautela, ou caução, salvo se o requerente for isento da garantia (a Nação, uma província, uma de suas repartições, uma municipalidade ou pessoa que justifique ser reconhecidamente solvente, ou, ainda, o litigante dispensado das despesas judiciais); que a medida não tenha efeitos irreparáveis na sentença definitiva, isto é, que não gere uma situação irreversível, e que se harmonize com a pretensão de mérito, não importando, porém, em prejuízo¹⁸. Quanto ao procedimento, deverá ser o mesmo previsto para as medidas cautelares, e, por outro lado, não caducam, resguardando-se, ademais, a responsabilidade pelo abuso do requerente quando não se portar dentro da prudência normal.

As medidas de efetividade imediata, ou medidas autosatisfativas, são excepcionais e outorgam efetividade ou satisfação imediata e definitiva, exaurindo a própria lide, posto que dispõem sobre o mérito da pretensão, gerando efeitos irreversíveis de fato, e, portanto, tornando desnecessária a continuação do processo e abstratas as questões pertinentes ao pedido. Tratam-se de tutela urgente, imediata e substantiva, e ingressam, liminarmente, no próprio fundo da pretensão, inclusive sem audiência da parte contrária, desde que as particularidades do bem em litígio exijam um provimento imediato, sob pena de, deixado para depois, frustrar, irremediavelmente, o próprio direito invocado, insuscetível de satisfação posterior. São, de conformidade com o mesmo projeto de lei, pressupostos indefectíveis e evidentes para concessão da medida de efetividade imediata: a existência de um interesse tutelável certo e manifesto, quer dizer, a certeza de que a pretensão seja passível de atendimento, posto que fundada; a imprescindibilidade da tutela imediata, sob pena de total frustração do exercício do direito invocado, como exemplo o caso da autorização para transfusão de sangue em conflito com as convicções religiosas; e que não seja necessária a tramitação de um processo de conhecimento autônomo - o que traduz a essência das referidas medidas. O conteúdo deve corresponder às necessidades do requerente, e executado sob a sua responsabilidade, contendo o mesmo alcance da discricionariedade reconhecida à tutela antecipatória. Quanto ao cumprimento, recursos e eventuais modificações, devem ser os mesmos previstos para as medidas cautelares¹⁹.

Merece ser registrado que o projeto, diferentemente da legislação uruguaia, italiana e brasileira acerca da antecipação da tutela, opta por distinguir as "medidas de efetividade imediata" relativamente às medidas

genéricas de tutela antecipatória, e que, apesar da ausência, no ordenamento jurídico argentino vigente, do instituto da antecipação da tutela jurisdicional, os juízes, na prática, as têm concedido, valendo-se, para tanto, de interpretações extensivas das próprias medidas cautelares²⁰.

2.2.4 O CÓDIGO TIPO PROCESSUAL CIVIL PARA A IBERO-AMÉRICA

Vislumbrando a necessidade de reformas legislativas em todos os países latino-americanos, o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em 1967, por ocasião da IV Jornada, elaborou um Código tipo ou padrão para servir de modelo, a partir de tratados, pactos e convenções, bem assim de comparação das legislações, doutrina e jurisprudência desses países. Várias idéias sugeridas nesse Código Modelo foram adotadas pela legislação brasileira, destacando-se a tutela antecipatória objeto do art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei nº 8.952/1994²¹.

Com efeito, o Código Modelo referenciado contempla, no processo cautelar, medidas cautelares comuns (arts. 274 a 278), medidas cautelares específicas (art. 279) e, no art. 280, "medidas provisórias e antecipativas", dispondo, nesse caso, que, fora das hipóteses anteriores (das cautelares), poderão ser adotadas medidas provisórias e antecipativas julgadas adequadas para evitar que a parte, antes da sentença, sofra lesão grave ou de difícil reparação, ou para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de fundo.

Observa-se a presença dos elementos provisoriedade, preservação do direito da parte diante da lesão grave ou de difícil reparação, bem assim o espaço de tempo necessário à decisão final, e garantia dos efeitos da sentença - a inspirar a adoção das medidas provisórias e antecipativas.

2.3 O MODELO BRASILEIRO: NATUREZA JURÍDICA

Uma das mais significativas inovações trazidas para o direito processual civil brasileiro consiste do instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, conforme nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11/01/1973) pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994.

Decorreu do ideal de acesso à justiça - no sentido útil da expressão - ou seja, a efetiva e tempestiva proteção contra a denegação da justiça, e também a uma ordem jurídica justa, com a preocupação de outorgar a tutela de direitos de modo efetivo, adequado e tempestivo, mediante instrumentos hábeis. O legislador teve em conta a simplificação, a rapidez e especialmente a efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional²².

A novidade foi inserida no art. 273, que se acha no Capítulo das Disposições Gerais do Título relativo ao Processo e ao Procedimento, do

Código de Processo Civil do Brasil, e não entre as medidas e procedimentos que compõem o processo cautelar disciplinado pelo referido Código.

Considerando isso, bem assim o objeto da antecipação, deve ser perquirida a natureza jurídica da tutela antecipada.

A discussão que travam os doutrinadores centra-se em indagar se a tutela antecipada tem natureza cautelar ou não.

Ovídio BAPTISTA DA SILVA²³, após esclarecer que o objeto da antecipação, via novas "liminares", com força de decisão interlocutória, não são o "mérito" ou o "julgamento", propriamente ditos, mas sim os "efeitos", notadamente os executivos e mandamentais, assegura que a sua natureza corresponde ao processo monitorio ou injuncional genérico, mormente nas ações de conhecimento, acelerando a constituição do título executivo. Nega, portanto, a natureza cautelar.

CALMON DE PASSOS²⁴ admite a tutela antecipada nos procedimentos ordinário, sumário e nos especiais por aplicação subsidiária, e a diferencia das medidas cautelares e das liminares, entendendo que a tutela objeto da antecipação tanto pode ser de natureza cautelar como de natureza substancial, constituindo, na verdade, medida que, provisoriamente, outorga força executiva à decisão de mérito que normalmente não teria tal poder.

Na mesma linha explica-se Reis FRIEDE, para quem a tutela antecipada não tem natureza cautelar ou assecuratória, tratando-se, sim, de modalidade de "provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade"²⁵.

Negam, ainda, a cautelaridade do instituto da antecipação da tutela Sérgio BERMUDES, Nelson NERY JÚNIOR, Cândido Rangel DINAMARCO, Luiz Guilherme MARINONI e Humberto THEODORO JÚNIOR²⁶.

Mas afinal, qual a natureza jurídica da tutela antecipada?

Respondendo a tal indagação, Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA²⁷ distingue as hipóteses contidas nos itens I e II, do art. 273 do Código de Processo Civil, ou seja, a medida antecipatória tem pertinência se, além de preenchidos os requisitos genéricos atinentes à *prova inequívoca* e ao convencimento *da verossimilhança da alegação*, também houver "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação", e, no segundo caso, se ficar "caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu". Para a primeira hipótese entende o referido autor que *o que se previne é o dano relevante, sem preocupação com a agilização do procedimento*. E essa prevenção se dá não somente em consideração ao "*fumus boni iuri*" exigido para as medidas cautelares em geral, mas sim diante da *prova inequívoca* que leve à certeza da *verossimilhança da alegação*, de sorte a antecipar-se o efeito da tutela reivindicada, na medida do necessário, para

opor obstáculo à lesão. Quanto à hipótese do inciso II, assevera que, nada obstante a dificuldade de compreensão acerca do que possa constituir "abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu" - atitudes que também configuram litigância de má-fé - o alcance da antecipação seria, na prática, para negar efeito suspensivo ao recurso interposto contra a sentença, executando-a de logo, já que o Código prevê sanções outras contra o litigante em tais condições, como a responsabilização por perdas e danos, a antecipação do julgamento da lide, e o indeferimento de requerimentos protelatórios ou inúteis. Diante desse quadro, arremata afirmando que a "finalidade imediata" da tutela antecipada é, na hipótese do art. 273, I, do Código de Processo Civil, prevenir o dano - conferindo-lhe natureza cautelar, portanto - e na hipótese do inciso II, do mesmo artigo, o que se tem, propriamente, é a "aceleração da obtenção do título executivo".

Criticando duramente a corrente que nega a cautelaridade à tutela antecipada, Antonio Cláudio da Costa MACHADO²⁸, centrado no que dispõe o item I do art. 273, do Código referenciado, assegura que os provimentos antecipatórios também realizam a função cautelar. Na verdade, aquela negativa provém do preconceito que leva ao não reconhecimento como técnica do acautelamento a antecipação dos efeitos da tutela, contrariando a própria sistematização contemporânea do processo cautelar influenciada por CARNELUTTI e CALAMANDREI, notadamente o Código de Processo Civil italiano.

Piero CALAMANDREI²⁹ classifica em quatro grupos as providências cautelares: instrutórias antecipadas, as destinadas a assegurar a execução forçada, a antecipação de providências decisórias e as cauções processuais. Interessam a este estudo as providências enquadradas no terceiro grupo, onde o traço cautelar repousa exatamente em uma decisão antecipada e provisória do mérito, expedida para durar até o ponto em que a esse regulamento provisório da relação jurídica controvertida se sobreponha a regulação estável obtida no mais lento processo ordinário. Tratam-se de decisões interinas, que previnem danos irreparáveis, até que se aperfeiçoe a decisão definitiva.

Andrea Proto PISANI, citado por Antonio Cláudio da Costa MACHADO³⁰, afirma a aplicação do pensamento de CALAMANDREI ao processo civil italiano atual, relativamente aos provimentos cautelares sumários, desde quando neles incluídas as medidas antecipatórias, contrapondo, assim, a afirmação de doutrinadores brasileiros, mormente Ovídio BAPTISTA DA SILVA, em sentido contrário.

O certo é que, nessa linha de raciocínio, sob a influência da doutrina de CALAMANDREI, tem-se que o acautelamento também é realizado pelo provimento antecipado, que é típica modalidade de providência cautelar, e com ela compatível.

Então, se no direito italiano que inspirou o legislador brasileiro, e se no Código Processual Civil modelo para a Ibero-América que também teve esse papel, como visto no item 2.2.4 acima, a antecipação da tutela tem natureza cautelar, não há porque recusar essa característica para o instituto nacional.

O que realmente deve prevalecer para sobrelevar o traço acautelatório, como enfatiza Antônio Cláudio da Costa MACHADO³¹, é o "periculum in mora", exigido como condição para deferimento da tutela antecipada, expressamente, no art. 273, I, do Código de Processo Civil brasileiro, ao se referir a "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" - requisito indispensável, de resto, aos processos cautelares. A presença do elemento "periculum in mora" é identificada pelo ilustre autor também, no art. 461, §3º, do CPC, realçando sua natureza cautelar, desde quando a lei autoriza o juiz a antecipar a tutela específica na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, verificados a relevância do fundamento da demanda e o receio justificado de ineficácia do provimento final.

Quanto à tutela escorada no item II do art. 273, do Código Processual brasileiro, Antônio Cláudio da Costa MACHADO³² também lhe nega natureza cautelar, mesmo porque para o seu deferimento não se exige o requisito "periculum in mora", rejeitando, outrossim, a doutrina de Ovídio BAPTISTA DA SILVA acerca da natureza monitória da medida.

Atribui, nesse caso, à tutela antecipada "natureza sancionatória", não liminar (posto que é necessário, pelo menos, aguardar o prazo de defesa e, a partir daí, avaliar a conduta do demandado no processo), do "comportamento ativo reprovável por parte do réu", seja abusando do direito de defesa, seja protelando o feito, o que leva a ter-se como provável que a razão está ao lado do autor. Salienta MACHADO que a tutela na hipótese sob exame "não se presta a assegurar nada, mas apenas a agraciar ou premiar, se quisermos, o demandante que tenha a seu favor um *fumus boni juris* muitíssimo especial, porque duplamente qualificado: em primeiro lugar, qualificado pela prova dos autos ou *prova inequívoca* (caput do art. 273); em segundo, qualificado pela inadequada postura do réu ao se defender privilegiando-se os direitos do autor por questões de política jurídica. Citando PISANI, MACHADO identifica a tutela antecipada apoiada no item II, do referido art. 273, com o instituto da "condenação com reserva de exceção", provimento sumário condenatório previsto nos arts. 648 e 665 do Código de Processo Civil italiano³³, apontado como traços comuns entre o instituto peninsular e o brasileiro, o fato de ambos se fundarem no "*fumus boni juris*", e não no "periculum in mora"; tratam-se de medidas sumárias antecipatórias, e não de fundo cautelar; são condenatórias, logo existe possibilidade de antecipação fática; não podem ser outorgadas liminarmente

ante a necessidade de verificação da conduta do réu. Se há esses pontos de semelhança, também há características que diferenciam os institutos, fundamentalmente: o italiano reserva exceções, ao passo que, no brasileiro, as exceções reconhecíveis ao réu são as próprias do processo em que antecipada a tutela; e o italiano predetermina o conteúdo do provimento (condenação), limitando-o a direitos estabelecidos em lei, o que não se dá no caso brasileiro.

Assim, a antecipação da tutela é feita para obstar os abusos do réu, em todos os procedimentos de cognição plena, pondo em relevo o direito do autor de ver solucionada a lide em tempo mínimo, de sorte que a sua natureza, na hipótese do item II, do mencionado art. 273, é de "repressividade do comportamento ilícito do réu" e "tutelabilidade de procedimentos e direitos", bem assim a "não liminaridade de sua concessão" - tratando-se, pois, de provimento "puramente antecipatório"³⁴.

Então, examinadas em separado as duas hipóteses de antecipação da tutela previstas no art. 273 do Código de Processo Civil, vislumbra-se como mais acertada, inclusive do ponto de vista histórico, a corrente que reconhece a natureza cautelar para o item I desse artigo, e, para o item II, a natureza sancionatória.

2.4 A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO "VERSUS" O "DUE PROCESS OF LAW" E O DIREITO À AMPLA DEFESA

Questão que sempre se apresenta para opor obstáculos aos provimentos cautelares, inclusive os antecipatórios - que não esperam pela cognição plena e exauriente para que seus efeitos sejam exigidos - é a relativa ao respeito aos direitos fundamentais dos litigantes, notadamente a garantia ao devido processo legal.

Teori Albino ZAVASCKI³⁵ subsume no direito ao "*due process of law*" as principais garantias das partes, destacando, a partir dele, o "direito à efetividade da jurisdição" e o "direito à segurança jurídica". No primeiro caso, tem-se que, se ao litigante não é permitido fazer justiça com as próprias mãos, devendo se submeter ao monopólio jurisdicional do Estado, a ele, em contrapartida, deve ser reconhecido o direito de, eficaz e rapidamente, ver o seu direito satisfeito. No segundo, cujo destinatário principal é o demandado, compreende-se o direito ao contraditório e à defesa, donde sobressai o direito à segurança jurídica, de sorte que ninguém deve ser privado de sua liberdade e dos seus bens (em sentido amplo) sem que tenha a oportunidade de exercitar o devido processo legal. Nesse contexto, por exemplo, os bens sob litúgio, de regra, devem permanecer na posse de quem os detiver, autor ou réu, até que se exaura a cognição completa, com contraditório, defesa e também os recursos.

A dificuldade repousa em saber se a garantia à segurança jurídica significa direito ao próprio procedimento ordinário. ZAVASCKI³⁶ explica que o direito à cognição completa, em qualquer procedimento, verifica-se desde quando haja a garantia de imutabilidade da sentença de mérito somente depois que for permitido aos litigantes a participação no convencimento do juiz, deduzindo defesa e valendo-se dos recursos a ela inerentes.

CALMON DE PASSOS³⁷, com objetividade, enfatiza que pelo direito à prestação da atividade jurisdicional exercita-se o direito público subjetivo de ação, e pelo direito à tutela jurídica, o direito subjetivo material a quem tem razão, seja o autor, seja o réu. A partir daí, sustenta que o litigante tem direito, de regra, à tutela definitiva - a que vem com a sentença passada em julgado - constituindo exceção a previsão legal de outorga da antecipação da tutela ou mesmo a permissão para execução provisória.

Então, o que se tem frente a frente são o direito à efetividade do processo e o direito ao devido processo legal. Se, exercitando este último, o primeiro sofrer risco de ser inviabilizado, deve aquele ("*due process of law*") ser sacrificado, temporariamente, mesmo porque se não for deferida a tutela antecipada, a tutela definitiva será inócua. Isso repousa no princípio da proporcionalidade, segundo o qual se sacrifica um direito, que poderá ser exercitado depois, para prestigiar outro bem da vida que reclame tutela imediata, sob pena de perecimento³⁸.

Assim se harmonizam os direitos antagônicos fundamentais dos litigantes, de sorte que, ainda que postergado momentaneamente o direito ao contraditório e à defesa, independente do rito, para satisfazer antecipadamente a tutela reivindicada pela parte contrária, desde que não se tenha como imutável a decisão até que o réu possa exercitar esses direitos, inclusive o de manejar recursos, nenhuma mácula se vislumbra nos provimentos cautelares, ou liminares, notadamente no instituto da antecipação da tutela.

2.5 REQUISITOS

2.5.1 GENÉRICOS: PROVA INEQUÍVOCA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO

Fundamente-se o pedido de tutela antecipada no item I ou no item II, do art. 273, do CPC brasileiro, dois requisitos a eles comuns, considerados genéricos, devem ser satisfeitos: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Por prova inequívoca da alegação entende-se "a prova concludente, pela qual, não havendo nenhum motivo contrário para descrever, chega-se a um juízo de máxima probabilidade"³⁹.

Não se enxerga nessa exigência legal a presença do "*fumus boni*

iuris", tal como concebido para as medidas cautelares comuns⁴⁰, onde basta a simples "aparência" do direito invocado. A verdade é que, no caso, faz-se necessário um "*fumus boni iuris* qualificado", ou seja, não é suficiente que os fatos sejam plausíveis, mas sim que sejam certos, de modo que "a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto à verdade dos fatos", identificando-se, no particular, com os pressupostos da liminar em mandado de segurança, seja quanto aos fundamentos jurídicos, seja no que pertine à prova da matéria fática⁴¹. Não basta alegar, há que se provar, não obrigatoriamente mediante documentos, mas de forma clara e indubitosa (dúvida razoável); deve a parte produzir uma prova capaz de autorizar a própria procedência do pedido em sentença de mérito⁴².

O outro requisito comum repousa na "verossimilhança da alegação", que se refere "ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e procrastinação praticados pelo réu", em suma, que os fundamentos invocados sejam relevantes e escorados em prova idônea, conduzindo a um juízo de convencimento⁴³.

2.5.2 - ESPECÍFICOS: FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA OU MANIFESTO PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO RÉU

Exige o art. 273, I, do CPC, especialmente, para a tutela antecipada com natureza de provimento cautelar, que a parte requerente demonstre sofrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Aí repousa o "*periculum in mora*" - também requisito para a antecipação da tutela objeto do art. 461, §3º, do CPC, isto é, nas ações que visem ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Com maestria, PONTES DE MIRANDA explica que "o perigo justifica a urgência" e o "perigo iminente, a cautela", e que quando o legislador se refere a "fundado receio" está a excluir a "distinção entre dano eventual e dano iminente". E prossegue: "o receio consiste em se considerar que algo de mau vai ocorrer, ou é provável que ocorra. A probabilidade é elemento necessário; não se pode recear o que não é possível, nem mesmo o que dificilmente ocorreria", competindo ao juiz aferir o grau de probabilidade. Quanto à gravidade da lesão ou a dificuldade da reparação (as circunstâncias no caso do art. 273, I, sob comento, são alternativas, ao contrário do que o CPC exige no art. 798 para que o juiz possa determinar medidas cautelares provisórias inespecíficas), é preciso, para sua configuração, que haja o temor

de lesão grave ou que não possa ser reparada facilmente⁴⁴. Não se cuida propriamente, quando do acautelamento, de perquirir se o direito do postulante se acha em perigo, mas sim se esse perigo poderá agravar-se, a ponto de consumir o dano irreparável, se se aguardar a sentença de mérito⁴⁵.

Em suma, cuida-se de verificar a presença do "risco concreto (e não hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade"⁴⁶.

Quando a tutela antecipada se fundar no art. 273, II, do CPC, a parte requerente deve demonstrar a má-fé do réu, abusando do direito de defesa ou agindo com manifesto propósito protelatório.

Tais expressões permitem várias interpretações e deverão ser avaliadas em cada caso concreto, tendo em conta a finalidade da lei, observando-se que se está diante de condutas distintas.

Por abuso do direito de defesa se deve entender - em cotejo com a definição ofertada pelo próprio CPC, no art. 17, I e II, para o litigante de má-fé - quando o réu formula "defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso", ou seja, que aduz defesa inconsistente, abrangendo o conceito de defesa não só a contestação de mérito, propriamente, como também as defesas indiretas e as objeções processuais, desforradas de razoável fundamentação⁴⁷. Também quando alterar a verdade dos fatos, seja omitindo conscientemente fatos relevantes, seja, por exemplo, servindo-se de falso testemunho.

O abuso referenciado "ocorre quando se exercita, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, sim outro fim, mesmo lícito que seja ou moralmente justificável. Todo desvio de finalidade é um abuso"⁴⁸.

O "propósito protelatório", igualmente, encontra apoio para ser esclarecido na qualificação do litigante de má-fé objeto do mesmo art. 17, IV, V, VI e VII, do CPC, ou seja, "opuser resistência injustificada ao andamento do processo", "proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo", "provocar incidentes manifestamente infundados" ou "interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório" (nessa última hipótese, redação dada pela Lei nº 9.668, de 23/6/1998).

Exemplos de condutas protelatórias usualmente reconhecidas pela jurisprudência são a interposição de recurso para discussão de matéria preclusa, a retenção indevida dos autos processuais e os atos atentatórios à dignidade da justiça, tais como a resistência injustificada às ordens judiciais.

Ressalta Antônio Cláudio da Costa MACHADO que "propósito

protelatório é um estado psicológico do réu, traduzido numa intenção que pode ter correspondência com um sem-número de atos que se praticam durante todo o curso do processo, passando, inclusive, obviamente, pelo próprio ato inicial de defesa...o que se pode concluir preliminarmente é que todo ato malicioso, ou de má-fé, que o demandado pratique sem se valer da defesa, ou posteriormente a este ato que a lei chama de defesa, deverá se qualificar como eivado de propósito protelatório"⁴⁹.

2.5.3 REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO

Para merecer a tutela antecipada, a parte, seja sob a invocação do item I, seja do item II, do art. 273, do CPC, deverá, além de trazer a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, demonstrar que a providência é reversível (art. 273, §2º, do CPC).

Tal exigência decorre da garantia do devido processo legal e da natureza cautelar do instituto⁵⁰.

A irreversibilidade proibida, no caso, refere-se à situação de fato, que, embora passível de alteração pela antecipação da tutela, possa ser recomposta, devolvida ao estado anterior. Resta a dúvida se isso poderá ser feito mediante indenização, já que a lei assim não prevê.

Interessa, porém, estabelecer a distinção entre irreversibilidade e satisfatividade. É irreversível a medida que dá o tom de definitividade à pretensão da parte, esvaziando o campo decisório da sentença final, considerada a realidade fática sobre a qual não mais poderá atuar. Satisfatividade, por sua vez, não significa irreversibilidade, mas sim a proteção do direito invocado. Então, é equivocado afirmar-se que os provimentos cautelares não podem ter efeitos "satisfativos" - erro em que incorre boa parte da doutrina e da jurisprudência desatenta. Podem, sim. E devem. O que não se admite é que sejam irreversíveis.

2.5.4 REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO

Como corolário da reversibilidade e da provisoriedade da tutela antecipada, tem-se que ela também pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (CPC, art. 273, §4º).

Quem revoga ou modifica é o juiz (ou o relator, quando se tratar de processo que tramite em tribunal), independente de provocação da parte⁵¹, que havia concedido a antecipação da tutela, diante de "uma situação de fato ou de direito que desautoriza a permanência da antecipação"⁵², reexaminando as circunstâncias que o levaram a deferir a medida.

É claro que a tutela antecipada pode ser desfeita, ainda, se for provido o recurso pela instância superior visando à sua reforma, ou mesmo

a anulação por eventual vício, como a falta de fundamentação para a concessão, por exemplo.

A expressão "a qualquer tempo" deve ser entendida até a sentença definitiva, de sorte que a revogação pode ocorrer por despacho, antes da sentença, ou na própria sentença de mérito. Se a alteração se der na segunda instância, em decorrência do exercício da competência recursal, estar-se-á diante de reforma (ou anulação) da antecipação da tutela, e não de revogação ou modificação.

2.6 OBJETO DO PEDIDO

O que se antecipa é a tutela pedida pela parte, total ou parcialmente. Impossível, conseqüentemente, o deferimento de tutela estranha ao requerido, sob pena de julgamento "*extra petita*". Vigora aqui o princípio da adstrição do "*decisum*" ao pedido.

Como o objetivo da antecipação é a própria tutela que seria concedida no futuro, e não somente uma providência destinada a assegurar os efeitos do processo principal, como ocorre com as medidas cautelares comuns, é óbvio que não pode haver divergência entre o pedido ou tutela buscada e a tutela que se quer antecipar. Permite também a lei que se defira apenas uma parte da tutela, mas não que o juiz delire do pedido.

2.7 LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA O PEDIDO

O art. 273, "caput", do CPC, fala em "requerimento da parte" e "tutela pretendida no pedido inicial". Se se refere a "parte" é porque o legislador não quis limitar a titularidade do pedido ao autor, apenas. Mas quando diz "pedido inicial", induz à conclusão de que a tutela pode ser requerida pela parte que está na posição de formular um pedido inicial.

Parte, no caso, deve ser entendida no sentido processual, ou seja, quem demanda ou é demandado em juízo. Nesse contexto não se inserem os terceiros que não estejam exercitando o direito de defesa.

2.7.1 DO AUTOR

Assim, de plano, tem legitimidade para requerer a antecipação da tutela o autor, ou seja, quem pede, em nome próprio ou de outrem, a tutela jurisdicional. O autor está legitimado, assim, ordinária e extraordinariamente para requerer a tutela antecipada. É para ele que, basicamente, dirige-se o instituto.

2.7.2 DO RÉU

Em um primeiro momento parece impossível reconhecer-se a legitimidade ao réu. Com certeza isso se verifica relativamente à tutela antecipada com apoio no art. 273, II, do CPC, mesmo porque, nesse caso, a antecipação tem natureza sancionatória da própria má-fé do demandado.

Mas na hipótese do art. 273, I, do CPC, admite-se que o réu, preenchidos os requisitos legais, também possa pedir a antecipação da tutela. Porém, para tanto, é necessário que esteja colocado na posição de "autor" dentro da relação processual. Isso se verifica nas chamadas ações dúplices, ou seja, aquelas em que o demandado pode formular pretensão em face do autor, e não apenas se defender, na própria contestação, como nas ações possessórias, na de prestação de contas, na divisória, nas de procedimento sumário⁵³, na ação revisional de aluguel⁵⁴, em suma, quando o réu se transformar em demandante, como exemplos, nos casos de reconvenção, denunciação da lide, ou quando ele propuser ação declaratória incidental, ou oferecer embargos à execução, situações em que, de plano, vislumbra-se legitimidade para que postule a antecipação da tutela - não da tutela reivindicada pela parte contrária, mas sim a pretendida por ele mesmo.

É óbvio que não se poderá cogitar de réu, nessa qualidade, pedir a tutela antecipada para o autor, embora, pelo menos em tese, num exercício de imaginação, se possa vislumbrar que ele tenha interesse de evitar uma condenação futura, na sentença de mérito, que, de alguma forma, lhe seja mais onerosa. Nesse caso, há de se receber a manifestação do demandado contrária aos seus interesses como verdadeiro reconhecimento do pedido do autor - jamais como requerimento de antecipação da tutela a favor do adversário.

Se o réu, para pedir a antecipação da tutela, deve se travestir de autor, não é de todo errado dizer que demandado (nessa posição da relação processual) não tem legitimidade para tal.

2.7.3 DE TERCEIROS

Em primeiro lugar, é de se indagar se o próprio juiz pode antecipar a tutela, "*ex officio*". Pela dicção do art. 273, "caput", a resposta deve ser negativa, atendendo-se, ainda, ao princípio dispositivo.

J. J. CALMON DE PASSOS nega a possibilidade de deferimento pelo magistrado independente de pedido, ainda que se trate de interesse indisponível, visto que o juiz deve manter-se distante, visando a melhor alcançar a verdade dentro do processo⁵⁵. É razoável esse entendimento, mesmo porque a antecipação da tutela necessita de providências próprias do requerente, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança da

alegação, e, no direito processual civil brasileiro, não é dado a nenhum juiz o poder de conceder a tutela jurisdicional sem que a parte interessada queira.

Quanto ao Ministério Público, é indubitosa a legitimidade para requerer quando atuar como parte, propriamente. Sérgio BERMUDEZ admite que isso se dê na qualidade de demandante e como "custos legis"⁵⁶, e Antonio Cláudio da Costa MACHADO reconhece a legitimidade do "Parquet" ao atuar como curador especial do incapaz e do réu preso ou do revel citado fictamente, porque arrimado em legitimação "ad causam", mas a rechaça quando officiar sob a "legitimação interventiva assistencial" (coadjuvando os incapazes ou como curador das fundações nos casos em que não está promovendo a defesa delas) e quando atuar como "custos legis", isto porque - assevera - "o que defende o *custos legis* é o interesse do Estado de ver a lei perfeitamente aplicada a situações jurídicas de extrema relevância social. É um interesse identificável com o próprio Estado-juiz e completamente distinto do das partes", compreendendo-se "parte" no sentido formal segundo a concepção de LIEBMAN⁵⁷.

Além das partes e do Ministério Público quando em gozo da legitimação "ad causam", reconhece-se o direito de pedir a tutela antecipada ao terceiro opoente (entendendo-se a oposição dotada de natureza jurídica de ação)⁵⁸, e a quem, enfim, tiver legitimidade para promover a execução da tutela, provisória ou definitivamente, tais como os litisconsortes ou terceiros intervenientes⁵⁹.

2.8 COMPETÊNCIA

De regra, a antecipação da tutela compete ao juiz a quem couber examinar a tutela final de mérito. Se em primeira instância, a competência é do juiz competente para proferir a sentença de mérito. Se no tribunal, ao juiz-relator ou ao próprio colegiado que examinará o recurso, conforme dispuser o respectivo regimento interno. Neste caso, a antecipação deverá corresponder à tutela visada no recurso.

Merece destacar, outrossim, que o tribunal poderá ser chamado a reexaminar a decisão que antecipou, ou não, a tutela, já que recorrível (agravo), atuando em sede recursal sobre a decisão interlocutória proferida na instância inferior. Então, ingressará, necessariamente, no próprio juízo de cabimento da antecipação da tutela, tendo em conta as mesmas condições existentes à época em que examinada na primeira instância, e antecipará a tutela provisória desejada, ou reformará a tutela que tenha sido antecipada indevidamente.

O tribunal poderá ser acionado, outrossim, em processo de sua

competência originária, e não sob a competência recursal. Na hipótese prevalecerá, também, a regra regimental acerca de quem deva examinar o pedido de antecipação da tutela (juiz-relator ou colegiado).

Se a antecipação da tutela se der por juízo absolutamente incompetente, será nula, como nulos são todos os atos praticados nessa situação.

2.9 PROCEDIMENTO E OPORTUNIDADE PARA O REQUERIMENTO E PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

No caso de pedido fundado no item I do art. 273, do CPC, a antecipação da tutela poderá ser requerida na petição inicial ou depois, em petição distinta - nunca antes daquela.

Quando se cogita do item II desse art. 273, deve-se aguardar, pelo menos, o prazo de defesa do réu, quando, só então, será possível avaliar sua conduta processual.

O Código não estabelece rito especial para processamento do pedido, nem exige prévia audiência da parte contrária.

Assim, deve ser processado nos próprios autos, bastando que o requerente satisfaça os requisitos alinhados no art. 273, I ou II, e §2º, do CPC, facultando-se a audiência da parte requerida.

Deve-se reconhecer ao legitimado para o pedido de antecipação da tutela o direito de escolher a oportunidade para formulá-lo⁶⁰, sem risco de preclusão. É esse o objetivo do legislador que emerge do citado art. 273, desde quando não se fixou prazo para formulação do pedido de antecipação.

Quanto ao momento para apreciação, tem-se admitido que ocorra antes da sentença (instante ideal) ou simultaneamente com a sentença, e, nesse caso, a antecipação da tutela teria a finalidade mor de permitir a imediata execução da tutela, a título provisório, independente do recurso que se venha a interpor contra a sentença. Depois de proferida a sentença, a tutela somente poderá ser buscada no tribunal competente para conhecer de tal recurso⁶¹. Em qualquer caso, o juiz deverá indicar de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (CPC, art. 273, §1º), ou seja, deve fundamentar a decisão.

2.10 IMPUGNAÇÃO RECURSAL

O ato jurisdicional que decide sobre o pedido de antecipação da tutela é de natureza interlocutória - decisão interlocutória, portanto - posto

que não põe fim à lide.

Em sendo assim, o recurso adequado para hostilizá-lo, no direito processual civil brasileiro, é o agravo, conforme art. 522 do CPC. Com efeito "a decisão que concede ou denega a tutela antecipada comporta agravo...idem, quanto à que revoga ou modifica tutela antecipada concedida"⁶².

Merece detido exame, porém, a situação recursal quando a antecipação é outorgada no mesmo ato formal que a tutela final, ou seja, no corpo da própria sentença, visto que tal ato desafia outra modalidade recursal (apelação, art. 513 do CPC, na primeira instância).

Como visto, a tutela antecipada e a tutela final ou definitiva podem ser efetivadas no mesmo ato - sentença - sendo que aquela deve preceder a esta no texto do "decisum". A solução que se vem firmando é pela admissibilidade do duplo ataque recursal, simultaneamente: um, o agravo, para a antecipação da tutela; outro, a apelação, para guerrear a tutela final. Isso decorre da possibilidade de se cindir o provimento jurisdicional portador de uma decisão interlocutória (a antecipação da tutela, provisória, fundada na verossimilhança das alegações) e outra de natureza terminativa do feito, temperando-se o princípio da uni-recorribilidade recursal para ressaltar o princípio da correlação do recurso ao ato judicial⁶³.

No caso, o agravo teria a finalidade de impedir a execução provisória da tutela antecipada ou, na prática, dar efeito suspensivo à apelação. Quanto à apelação, presta-se para buscar a reforma, propriamente dita, da tutela final e definitiva constante da sentença. Se a parte sucumbente manejar somente esse último recurso, não terá como estancar a execução provisória autorizada pela antecipação da tutela, que produz efeitos até que seja revogada, modificada, reformada ou substituída pelo próprio provimento definitivo que a confirmar e na figura de quem passará a produzir efeitos.

Há de se zelar, porém, para que o agravo seja julgado antes da apelação.

2.11 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Importante frisar os traços distintivos básicos das tutelas antecipada e cautelar, no contexto da cautelaridade.

Humberto THEODORO JÚNIOR⁶⁴ adverte que o instituto da tutela antecipada não veio para prejudicar o processo cautelar, mas sim para aprimorar o sistema preventivo, de sorte que se deve ter o cuidado de não criar abismos entre os dois, sob pena de debilitar os instrumentos destinados à efetividade da justiça, salientando que na Europa não há o intuito de marca

as diferenças, mas sim de reunir os institutos - medidas conservativas e antecipativas.

Mas, por certo, pontos comuns e distinções há, e Teori Albino ZAVASCKI os sintetiza muito bem:

"...as medidas cautelares e as antecipatórias: a) identificam-se por desempenhar função constitucional semelhante, qual seja, a de propiciar condições para a convivência harmônica dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição; b) sujeitam-se, contudo, a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do art. 273 do CPC; c) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, for urgente, no entanto, garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado; d) na cautelar há medida de segurança para a certificação ou segurança para futura execução do direito; na antecipatória há o adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (execução para segurança); e) na antecipação há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; f) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático não tem relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com a sua garantia; g) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (ou seja, por outra medida de garantia), razão pela qual, a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação"⁶⁵.

Acrescente-se ao rol das distinções que a tutela objeto do art. 273 do CPC não pode ser antecipada pelo juiz "ex officio", ao passo que, no processo cautelar, além dos procedimentos cautelares específicos, o CPC, no art. 798, o autoriza a "determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação", e que, por outro lado, a antecipação da tutela também se opera em casos sem a finalidade acautelatória, qual seja, de acordo com o art. 273, III do CPC (tutela sancionatória).

2.12 Execução da tutela antecipada

O art. 273, §3º, do CPC, diz que "a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588." Esse art. 588 do CPC trata da execução provisória da sentença, e determina que ela seja feita tal qual a execução definitiva, com as seguintes ressalvas: "não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro" (item II) e "fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior" (item III), sendo que, nesse caso, se a modificação ou anulação da decisão executanda for parcial, a ineficácia da execução atingirá somente essa parte.

A expressão "no que couber" traz algumas discussões acerca da real intenção do legislador ao remeter a execução da tutela antecipada para as regras da execução provisória da sentença.

Vê-se que a tutela antecipada admite execução. Essa "execução, em si, não é provisória, mas sofre algumas restrições próprias da provisoriedade, exatamente porque está sujeita a se prejudicar pelo julgamento definitivo"⁶⁶.

Ovídio BAPTISTA DA SILVA⁶⁷ assegura que não é somente o efeito condenatório que pode ser antecipado, mas sim os efeitos, logo, isso abrange os efeitos condenatórios, executivos e mandamentais do provimento reivindicado, e arremata que a efetivação desses dois últimos há de se operar mediante a promoção do processo de execução, tal qual se executa a sentença condenatória, ou a sentença do mandado de segurança, ou, ainda, das possessórias - por exemplo - que já trazem em si um conteúdo executivo, vislumbrando-se, nisso tudo, uma evolução teórica e a quebra da separação rígida entre conhecimento e execução.

Luiz Guilherme MARINONI, depois de afirmar que, no fundo, a provisoriedade refere-se ao título executivo judicial, e não à própria execução, pensa que, nada obstante o conteúdo do art. 273, §3º, do CPC, nem sempre a tutela antecipada atuará em observância aos itens II e III, do art. 588, do CPC. Quando se tratar de tutela antecipada de soma, em princípio deve ser obedecido o rito da execução por quantia certa, ressaltando, porém, os casos de alimentos, quando se aplicarão os meios executivos da tutela alimentar. Reconhece, outrossim, que a execução realizada através da expropriação é morosa e pode esvaziar a tutela antecipada, quebrando o ideal de efetividade, merecendo que se busquem alternativas de conformidade com o caso sob exame, como a execução sob pena de multa - muito eficaz quando o devedor possuir patrimônio. Assegura, ainda, que a tutela antecipada pode se valer desses meios mais eficazes que a própria execução reservada para a tutela definitiva, ante a urgência de que se reveste⁶⁸.

O certo é que a doutrina vem sentindo a necessidade de, para dar seguimento à própria eficácia da tutela antecipada, implementar a *execução imediata* para os provimentos de conhecimento ou declaratório (provimento meramente declaratório, provimento constitutivo e provimento condenatório), a exemplo dos provimentos executivos "*lato sensu*" - como a sentença de despejo que traz em si a força de executividade, bastando-lhe simples mandado para cumprimento - e dos provimentos mandamentais, que em vez de somente condenar, condenam e mandam, alcançando cumprimento, também, através de simples mandado⁶⁹.

Então, considerada essa necessidade de assegurar a efetividade da própria tutela antecipada através de meios executivos rápidos e eficazes, e tendo em vista que o §3º do art. 273, do CPC, remete-a à execução provisória comum "no que couber", não será errado efetuar a execução imediata tal qual os provimentos executivos "*lato sensu*" e mandamentais, mediante mandado de cumprimento sob cominação de pena pecuniária ou mesmo de configuração do crime de desobediência.

2.13 TUTELA ESPECÍFICA: EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

Não se pode falar de tutela antecipada sem examinar também a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

O art. 461 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952/1994, contempla um provimento especial, antecipado ou não, dentro do processo de conhecimento, visando à tutela das obrigações negociais de fazer e não fazer, bem assim dos deveres decorrentes de lei. Diz o "*caput*" desse artigo que "na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Se impossível isso ou se o autor requerer, a obrigação se resolverá em perdas e danos, sem prejuízo da multa cominada para o caso do descumprimento da sentença (§§1º e 2º, do art. 461, do CPC).

Nesse caso, o legislador, preocupado em dar a máxima efetividade à tutela das obrigações de fazer e não fazer (ou seja, não fazer, tolerar permitir e abster-se), lançou mão de vários tipos de provimentos conjugados - o condenatório, o mandamental e o executivo em sentido amplo - valendo-se, ainda, para levar o devedor ao adimplemento, de *meios de coerção indireta*, qual seja, a multa ("*astreintes*", dos franceses), independente de pedido da parte, que renderá ensejo a execução forçada, ressaltando, outrossim, o princípio da intangibilidade da liberdade pessoal mediante "sub-rogação da obrigação em equivalente pecuniário"⁷⁰.

O juiz poderá, ainda, para "a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente", "de ofício ou a requerimento, determinar medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial" (§5º, do art. 461 referenciado).

Têm-se, aqui, disposições que consagram no sistema processual brasileiro os provimentos mandamentais e executivos "lato sensu", e inovam e modernizam o processo do País, visando à efetividade e rapidez da tutela jurisdicional.

3 - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1 AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO NO BRASIL

Discorreu-se até o momento acerca do instituto da antecipação da tutela jurisdicional no direito processual civil brasileiro. Resta aprofundar sua perquirição no que tange à aplicação ao processo trabalhista - o que constitui o tema central deste estudo. É que, no Brasil, diferentemente do direito italiano⁷¹, por exemplo, o processo do trabalho goza de tratamento diferenciado e seus processos e procedimentos são regidos por leis distintas, contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e legislação correlata, estranhas ao Código de Processo Civil e à legislação processual civil comum.

Reconhece-se a autonomia do direito processual do trabalho, assim entendido como "o conjunto de normas que regulam a função jurisdicional trabalhista", responsável pela realização da função estatal de distribuir justiça social - porque ele tem "relações jurídicas, princípios e métodos próprios" - verificando-se a especialização desse Direito sem quebrar, porém, a unidade do Direito Processual⁷². Essa autonomia se acha perfeitamente configurada sob os aspectos científico, doutrinário e jurisdicional, mas não no que se refere à didática, eis que nem todas as faculdades de direito ministram curso de direito processual do trabalho, assim também quanto ao aspecto legislativo posto que o País não dispõe de um código de processo do trabalho⁷³.

Destaca-se, entre os princípios que regem o processo do trabalho o da celeridade, presente, também, no direito processual civil.

Esse processo especializado abrange, basicamente, duas categorias de dissídios: individuais, ou seja, os instrumentalizadores dos direitos subjetivos de um ou mais indivíduos (dissídios individuais plúrimos), pelos quais se pretende a aplicação do direito posto aos casos concretos, e coletivos - isto é, do interesse genérico de uma coletividade ou grupo de trabalhadores - que formam uma categoria profissional, no qual a pretensão é a criação de

norma regedora das relações de trabalho durante determinado período, quando frustradas as tentativas extrajudiciais de conciliação, via poder normativo da Justiça do Trabalho (dissídio coletivo de natureza econômica), ou a interpretação de norma coletiva convencional ou legal do interesse próprio da categoria profissional (dissídio coletivo de natureza jurídica).

E o responsável pela realização da função jurisdicional trabalhista é a Justiça do Trabalho, a quem compete conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, nos termos do art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa Justiça especializada integra o Poder Judiciário Federal e é composta, na primeira instância, por Juntas de Conciliação e Julgamento (formadas por um juiz togado, de carreira, e dois juízes classistas temporários, indicados pelas categorias profissionais e patronais), na segunda instância por Tribunais Regionais do Trabalho, havendo, ainda, uma instância especial, constituída pelo Tribunal Superior do Trabalho⁷⁴.

3.2 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PROCESSUAL COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Apesar de gozar de autonomia, o processo do trabalho recebe o processo comum (ou seja, civil), como fonte subsidiária, nos casos omissos na legislação processual trabalhista, salvo no que for com ela incompatível (art. 769 da CLT).

São requisitos, assim, para essa aplicação subsidiária, em primeiro lugar, que o caso não seja regulado pela lei trabalhista; em segundo, que a regra do direito processual comum seja compatível e não agride os princípios laborais; em terceiro, que se adapte a esses princípios e às peculiaridades do processo trabalhista; em quarto, que seja possível, materialmente, a aplicação do preceito alienígena às relações de trabalho⁷⁵.

A previsão de aplicação subsidiária, segundo Alcides de Mendonça LIMA⁷⁶, decorre do pouco rigor técnico empregado na CLT, que dispõe, ao mesmo tempo, sobre direito do trabalho e direito processual do trabalho, ficando ao sabor das interpretações pessoais. Seleciona, entre os casos mais relevantes para aplicação subsidiária, considerada a omissão na legislação trabalhista, as normas processuais civis comuns que versam sobre as intervenções de terceiros, litisconsórcio, comunicações dos atos processuais fora da jurisdição do órgão trabalhista (deprecação dos atos), suspensão de atos, vícios da petição inicial, custas nas perícias, ação declaratória incidente, ação de consignação em pagamento, ações possessórias e de despejo relacionadas com o contrato de trabalho (fornecimento de utilidade habitação), reconvenção, medidas cautelares, erro na interposição de recursos, embargos declaratórios, etc.

O certo é que, diante de situações omissas, aplica-se subsidiariamente o direito processual comum ao processo trabalhista, desde que a norma ou instituto importados sejam com ele compatíveis.

3.3 TUTELA CAUTELAR E TUTELAS ESPECÍFICAS ASSIMILADAS PELO PROCESSO TRABALHISTA

Presentes os requisitos "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" que caracterizam as ações cautelares, sejam específicas, sejam inominadas, tais como definidas pelo direito processual civil - elas são admitidas na Justiça do Trabalho.

Wilson de Souza Campos BATALHA⁷⁷ alinha vários casos de aplicação de ações cautelares atípicas para "solucionar", provisoriamente os conflitos trabalhistas - ressaltando, porém, que as cautelares *satisfativas* não são recebidas pelo processo do trabalho. São exemplos da utilização das cautelares: para obstar o cumprimento de convenções ou acordos coletivos de trabalho ou de sentenças normativas proferidas em dissídios coletivos; impedir alterações dos contratos de trabalho; reintegração de trabalhadores portadores de estabilidade provisória (dirigente sindical, membro de comissão interna de prevenção de acidentes, gestante); para dar efeito suspensivo a recurso que, de regra, não o tem. Alcides de Mendonça LIMA cita interessante caso de pertinência de medida inominada para assegurar a empregada o direito de ausentar-se para amamentar o filho, durante o serviço, quando a empresa não dispuser de local adequado e impedir a saída da obreira⁷⁸.

Têm cabimento, outrossim, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho, as cautelares de arresto e seqüestro, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, protesto, notificação e interpelação, e atentado⁷⁹, todas previstas no CPC.

Especificamente, aplica-se ao processo individual do trabalho, ainda por assimilação do processo civil, a ação civil pública objeto da Lei nº 7.347/1985, destinada à proteção dos interesses difusos e coletivos, mormente a ação cautelar para evitar dano que lhe é peculiar, bem como a liminar e a tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer que também compõem o rol dos instrumentos acautelatórios dessa ação⁸⁰.

Vislumbra-se a finalidade acautelatória, por outro lado, nos dissídios coletivos decorrentes de greve em atividades essenciais, na ordem judicial de que se vale o presidente dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho para determinar à categoria obreira que mantenha o atendimento de parte dessas atividades, até o julgamento do dissídio - isso por construção jurisprudencial⁸¹.

3.4 TUTELAS ANTECIPADAS ESPECÍFICAS PREVISTAS NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A CLT, no art. 659, item IX, autoriza o juiz do trabalho presidente da Junta de Conciliação e Julgamento a "conceder liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação" (redação da Lei nº 6.203/1975), ou seja, a transferência do local de trabalho de empregado cujo contrato laboral não permita a mudança, ou quando não houver real necessidade do serviço, exceto para os ocupantes de cargos de confiança. Ao mesmo artigo da CLT acresceu-se o item X, por força da Lei nº 9.270/1996, estabelecendo que o juiz-presidente "pode conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador", eis que o trabalhador, nesse caso, inclusive o suplente, goza de estabilidade provisória "desde a candidatura a cargo de direção ou representação sindical", "até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave" (art. 8º, VIII, da Constituição da República de 1988).

Hipóteses tais a jurisprudência tem proclamado como verdadeira tutela antecipada específica do processo trabalhista.

Nesse sentido, por exemplo, trecho do seguinte aresto do Tribunal Superior do Trabalho:

"...O disposto no art. 659, IX, da CLT, traduz o instituto da tutela jurisdicional antecipada, tendo em vista o caráter satisfatório desta" (TST-RO-MS-282.417/96-1, Ac. SBDI2-4.315/97, de 14/10/1997, rel. Min. Cnéa Moreira, *in* Revista LTr, setembro de 1998, p. 1217-1218).

A doutrina comunga desse entendimento⁸².

3.5 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA AO PROCESSO TRABALHISTA

Reconhece-se a aplicação da tutela antecipada ao processo do trabalho para "possibilitar uma aceleração no deslinde dos processos e um desfogamento no volume dos feitos em andamento nos diversos graus de jurisdição trabalhista"⁸³.

Afirma Manoel Antonio TEIXEIRA FILHO que o instituto "é amplamente compatível com este processo especializado na solução de lides estabelecidas entre trabalhadores e empregadores"⁸⁴. No mesmo sentido o pensamento de Otávio Bueno MAGANO⁸⁵, entre outros doutrinadores.

Com efeito, é inquestionável a aplicação da tutela antecipada ao processo do trabalho. Em primeiro lugar, porque as leis processuais

trabalhistas não dispõem de instituto genérico semelhante, ou seja, há omissão sobre tal figura. Em segundo lugar, porque não há incompatibilidade entre a tutela antecipada e o processo do trabalho. Em terceiro, porque não ofende a nenhum princípio do processo especializado, pelo contrário, chega como um instituto a mais para efetivar o processo, ressaltando-se o aspecto voltado para a celeridade da prestação jurisdicional trabalhista.

Porém, essa aplicação subsidiária, como todas as outras, deve amoldar-se e adaptar-se às particularidades do processo do trabalho, mormente as relacionadas com a competência, o procedimento e a impugnação recursal.

3.5.1 NATUREZA JURÍDICA

A tutela antecipada, ao ser assimilada pelo processo do trabalho, conserva sua natureza jurídica, tal como prevista no art. 273, I e II, do CPC.

Então, postulada a tutela, antecipadamente, por força de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (um "*periculum in mora*" qualificado), sua natureza jurídica é cautelar - segundo a corrente seguida neste estudo, como visto acima (item 2.3).

De outro modo, quando o seu fundamento for a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sobressai a natureza jurídica de provimento "puramente antecipatório", sancionatório da má conduta do demandado no processo.

3.5.2 REQUISITOS

O primeiro e específico requisito da antecipação da tutela no processo do trabalho é que o provimento buscado não possa ser obtido através de medida já contemplada na legislação trabalhista. Isso decorre da própria locução "nos casos omissos" contida no art. 769 da CLT. Assim, por exemplo, o dirigente sindical que pretender ser liminarmente reintegrado no emprego, deve postular medida liminar em reclamação trabalhista, nos termos do art. 659, X, da CLT, e não a antecipação da tutela jurisdicional, por invocação subsidiária do CPC. Porém, eventual equívoco quanto a providência cabível não impede que o juiz, a teor do princípio da fungibilidade, conheça do pedido de reintegração como medida liminar, em vez de antecipação da tutela. Mas, na verdade, deve-se reconhecer que o efeito prático para as partes será o mesmo tanto num caso como no outro posto que, no fundo, a liminar objeto do art. 659, X, da CLT, é uma modalidade específica de antecipação da tutela. No mais, tal qual no direito processual civil, os requisitos são: a) prova inequívoca e verossimilhança da alegação, e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou b)

prova inequívoca e verossimilhança da alegação, e abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu.

A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação submetem-se ao mesmo regime do direito processual comum, mesmo porque, no processo trabalhista, o ônus da prova compete a quem alegar (art. 818 da CLT).

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser examinado, particularmente, no contexto das relações de trabalho, tendo em conta que o contrato de trabalho é de trato sucessivo e que, se a empresa necessita de empregados para realizar seu negócio, o empregado precisa do emprego e de todas as vantagens que ele lhe traz, mormente o salário, para manter-se a si e à família.

Quer-se dizer com isso que o tamanho do dano e o grau de irreparabilidade ou dificuldade da reparação deve ser aquilutado também em função das necessidades de quem reivindica a cautelar, e das possibilidades de quem irá cumpri-la.

Se há prova inequívoca da alegação que leve à quase certeza de que a parte requerente tem direito à tutela, e se ela necessita de logo dessa tutela jurisdicional - via de regra dotada de caráter alimentar - de modo que a espera pela sentença final lhe exigirá sacrifícios, a antecipação, no caso, mais que no processo comum, justifica-se.

No que pertine à antecipação fundada no item II, do art. 273, do CPC, a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu segue os mesmos parâmetros adotados pelo processo comum.

3.5.3 REVERSIBILIDADE, REVOGAÇÃO E MODIFICAÇÃO

Também no processo do trabalho a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada, e deve ser reversível.

Na espécie, mais do que nunca, é necessário não confundir satisfatividade com irreversibilidade - como faz a maioria dos doutrinadores e a própria jurisprudência.

A satisfatividade é inerente à entrega da prestação jurisdicional, seja ela provisória ou definitiva. Logo, a antecipação da tutela é naturalmente satisfativa.

A irreversibilidade, porém, é que não se admite em sede de provimento provisório, e tem a ver com a situação de fato, que deve ser suscetível de devolução ao estado anterior ao deferimento da tutela antecipada na hipótese de ser revogada ou modificada, ou mesmo anulada ou reformada pela instância superior (v. itens 2.5.3 e 2.5.4, acima).

Assim, por exemplo, a reintegração de empregado é medida satisfativa, mas não é irreversível, posto que, se necessário, o obreiro poderá

ser novamente retirado do emprego, sem que se vislumbre, em princípio, danos irreparáveis ou de difícil reparação para o empregador, que, se por um lado, é obrigado a reintegrar (e pagar salários, conseqüentemente), por outro tem o direito de exigir a prestação de serviço.

A reversibilidade que se deve ter em conta refere-se aos efeitos do provimento, e não ao provimento, propriamente dito - como realça João Oreste DALAZEN⁸⁶ - observando que essa reversibilidade deve ser aquilatada com cuidado para não inviabilizar a própria antecipação da tutela, na qual o caráter satisfativo é "inerente e indissociável".

As obrigações reclamadas mais comuns no processo trabalhista são as de fazer (reintegrar empregado, por exemplo) e de pagar ou dar dinheiro. Nesses casos, a reversibilidade do provimento deve ser examinada com cuidado para, se negada a tutela antecipada, não frustrar o direito à prestação jurisdicional urgente e eficaz reivindicada pela parte lesada, e, por outro lado, se concedida, não submeter o requerido a uma situação irreversível, ou seja, transferir o dano irreparável de uma parte para a outra.

Por isso que não se deve interpretar com tanta liberalidade ou com restrições a irreversibilidade dos provimentos provisórios, merecendo inteira aplicação os princípios da proporcionalidade e da probabilidade⁸⁷.

3.5.4 LEGITIMIDADE PARA O PEDIDO

Tal qual no processo civil, o legitimado para postular a tutela antecipada é a parte, assim entendida, via de regra, o trabalhador reclamante e o sindicato que representar ou substituir processualmente os membros da categoria para defesa dos interesses ou direitos individuais e coletivos. Também o Ministério Público do Trabalho, nas ações e funções que lhe são atribuídas pela lei, mormente a Lei Complementar nº 75, de 20/5/1993, art. 83, com destaque para a ação civil pública, a ação anulatória de instrumentos coletivos de trabalho e as ações cujo objeto seja a defesa de menores, índios e outros trabalhadores incapazes, decorrentes das relações de trabalho.

Não pode ser antecipada a tutela "ex officio" pelo juiz⁸⁸, pelos mesmos motivos alinhados no item 2.7.3 supra, quando se viu igual situação no direito processual civil, merecendo acrescentar que a CLT declina expressamente os casos em que o juiz pode decidir independentemente de pedido da parte, como exemplo, o art. 496, que autoriza a conversão da obrigação de reintegrar empregado estável em indenização, quando aquela for desaconselhável por força de incompatibilidade entre os litigantes.

Eventualmente, pode ocorrer a intervenção de terceiros no processo do trabalho - não é de todo impossível isso - e, se preencherem os requisitos exigidos pelo art. 273, I ou II, do CPC, há de se aceitar, tal qual no direito processual comum, sua legitimidade para requerer a antecipação da

tutela - mas nunca em desrespeito aos princípios trabalhistas. Esses terceiros intervenientes legitimados, em tese, seriam o denunciado (na denúncia da lide), o oponente (na oposição) e o autor na ação declaratória incidental⁸⁹.

Resta indagar se os princípios do direito do trabalho e do direito processual do trabalho - mormente o princípio da proteção (abrangendo as regras "in dubio, pro operario", a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica) - admitem a antecipação da tutela a favor do empregador, contra os interesses do trabalhador -, tendo-se em conta, ainda, o poder diretivo do empregador (do qual é inerente o poder disciplinar - ou seja, o poder de punir infratores).

De regra, o empregador não precisa de recorrer ao Judiciário para corrigir irregularidades cometidas pelos trabalhadores. Necessita, no entanto, por exemplo, de ajuizar o inquérito para apuração de falta grave se quiser dispensar empregado estável, assistindo-lhe o direito de suspender o obreiro das funções, efetivando-se a dispensa, porém, somente se o inquérito for julgado procedente (art. 494 da CLT). Outros exemplos em que é necessário o empregador ir a juízo encontram-se nas ações para ressarcimento de danos causados culposamente pelo trabalhador, não autorizado o desconto no salário pelo contrato de trabalho (art. 462, §1º, da CLT), nas ações para cobrança de títulos salariais adiantados ao trabalhador e não ressarcidos por ocasião da extinção do contrato de trabalho, e ações visando à retomada de imóvel dado como utilidade habitação.

Pode ser antecipada a tutela a favor do empregador nesses casos exemplificados, presentes seus elementos autorizadores? A resposta, em princípio, há de ser negativa. Na hipótese do inquérito para apuração de falta grave porque o próprio empregador pode defender-se suspendendo o empregado infrator, e porque a lei expressamente diz que a dispensa só produz efeito após o inquérito, quando verificada a procedência da acusação. Nos casos que envolvem a condenação em dinheiro, também não, posto que comparando a situação econômica e financeira do trabalhador com a do empregador, presume-se a hipossuficiência daquele, de sorte que a antecipação dos efeitos da tutela se mostra incompatível com o princípio da proteção. Mas no último caso, a retomada da utilidade habitação antecipadamente pode ser vislumbrada se houver algum perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para o empregador, como exemplo a depredação do bem pelo obreiro usuário insolvente.

Eduardo Gabriel SAAD admite que o reclamado (empresa) esteja legitimado para pleitear a tutela antecipada quando for autor na reconvenção⁹⁰.

3.5.5 COMPETÊNCIA E OPORTUNIDADE PARA EXAME DO PEDIDO

O aspecto mais controvertido na assimilação do instituto da tutela antecipada pelo processo trabalhista refere-se à competência para processá-la, mormente em primeira instância, ou seja, se do colegiado - Junta de Conciliação e Julgamento - ou do Juiz-Presidente da Junta, monocraticamente.

De um lado, defende-se a competência singular do Juiz-Presidente sob vários argumentos: porque a CLT (art. 850, parágrafo único), quando se reporta à participação dos juízes classistas na solução dos dissídios individuais, dá a entender que se refere à decisão final ou definitiva, não à interlocutória ou provisória (como a tutela antecipada), competindo, ademais, ao juiz togado, dirigir o processo e resolver diversos incidentes⁹¹; e porque, além de se tratar de decisão interlocutória, tem natureza semelhante aos provimentos antecipatórios típicos previstos na CLT, art. 659, IX e X, confiados, expressamente, ao Juiz-Presidente da Junta⁹².

A competência das Juntas, por sua vez, é apontada sob o entendimento de que se trata de decisão de mérito, e, como tal, deve ser outorgada pelo colegiado⁹³; ou porque, se compete à JCJ o julgamento definitivo, a ela também cabe antecipar-lhe os efeitos⁹⁴; ou porque a CLT não cometeu tal atribuição, expressamente, ao Juiz-Presidente, sobejando para a Junta⁹⁵; ou, ainda, porque não se trataria de liminar, nem de cautelar, e se fundamenta na mesma prova inequívoca exigida para deferimento da tutela definitiva, com força para autorizar a execução provisória⁹⁶.

Não há consenso, também, quanto à competência para examinar o pedido de antecipação de tutela endereçado aos tribunais, se do juiz-relator⁹⁷ ou do próprio colegiado⁹⁸.

Examinando essas correntes de pensamento e considerando que a tutela antecipada tem natureza jurídica cautelar (art. 273, I, do CPC) e sancionatória (inciso II, do mesmo artigo); tendo em vista que se trata de decisão interlocutória que guarda identidade com os dois provimentos antecipatórios específicos previstos no art. 659, IX e X, da CLT; também que a sua apreciação exige urgência (no caso do item I do art. 237, do CPC) - difícil de ser atendida se se tiver que designar audiência para que a Junta se reúna e possa deliberar - e conhecimento técnico-jurídico para deslinde próprio do juiz togado, evidencia-se como mais acertada a linha que aponta a competência do Juiz-Presidente, singularmente, e não do colegiado.

Essa discussão, porém, perderá o sentido se for extinta a representação classista na Justiça do Trabalho, como pretende projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional^{98-A}.

Quanto à competência dos tribunais, é salutar ter em conta a sua atuação como instância revisora e como órgão de competência originária

ressaltando que o ideal é que a matéria seja tratada nos regimentos internos de cada corte. Então, buscando-se comparação com os institutos assemelhados confiados aos tribunais, como a liminar em ação cautelar e a liminar em mandado de segurança, pode-se afirmar que compete ao juiz-relator da ação de competência originária que lhe tiver sido distribuída decidir sobre o pedido de antecipação da tutela formulado, antes do julgamento definitivo da ação originária. Como no processo trabalhista a decisão que antecipa a tutela em primeira instância é irrecorrível de imediato, o Tribunal Regional do Trabalho não exercerá sua competência revisora sobre a matéria, mas, se a exercitasse, a competência para apreciar a tutela pedida, antecipadamente, até o julgamento do recurso, seria também do juiz-relator, de conformidade com a linha de raciocínio ora adotada.

Quanto à oportunidade para apreciação do pedido de tutela antecipada, é preciso observar o seguinte: no caso do art. 273, I, do CPC, ocorrerá a qualquer tempo, desde o despacho inaugural da petição inicial até a sentença final, ressaltando-se que, para quem seguir a competência da JCJ, a decisão, mormente antes da sentença, deve ser proferida em audiência; na hipótese do inciso II do art. 273, do mesmo Código, somente após a audiência (em que é tentada a conciliação das partes e, frustrada a tentativa, recebida a defesa do reclamado - arts. 846 e 847, da CLT), para que se possa avaliar a conduta do demandado, até a sentença final. No tribunal, conforme o fundamento em que se escorre o pedido, pode ser examinada a pretensão de antecipação pelo juiz-relator liminarmente ou depois da contestação, até a prolação do acórdão, não se devendo esquecer que, tal qual no direito comum, a tutela antecipada pode ser dada pelo colegiado juntamente com a tutela definitiva, precedendo, no corpo do acórdão, a tutela provisória.

3.5.6 IMPUGNAÇÃO RECURSAL. IRRECORRIBILIDADE DE IMEDIATO. MANDADO DE SEGURANÇA

No processo do trabalho as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato (art. 893, §1º, da CLT), podendo ser atacadas somente por ocasião do recurso contra a decisão definitiva.

O agravo (de instrumento) que, no direito processual civil, presta-se para atacar decisões interlocutórias, como a tutela antecipada, no processo trabalhista destina-se apenas a hostilizar os despachos que deneguem a interposição de recursos (art. 897, "b", da CLT). Logo, a antecipação da tutela feita pelos Juízes-Presidentes ou pelas JCJs é irrecorrível.

E como poderá a parte que tenha sido desfavorecida pela tutela antecipada - tanto o requerido que terá de cumpri-la, como o requerente que tiver o pedido denegado - tentar reformar ou anular a decisão perante o tribunal? Tem-se que aceitar o cabimento do mandado de segurança⁹⁹,

amplamente admitido pela jurisprudência brasileira para atacar atos judiciais irrecorríveis, desde que verificados a relevância do direito invocado e o "periculum in mora" para o impetrante.

Assim, por exemplo, se ao despacho que apreciar o pedido de tutela antecipada, concedendo-a ou não, faltar fundamento, a parte insatisfeita poderá, nos cento e vinte dias que se seguirem à ciência dessa decisão, impetrar mandado de segurança perante o Tribunal Regional, posto que tem o direito líquido e certo à fundamentação, devendo, ainda, preencher os outros requisitos necessários à concessão do "writ". A ação mandamental poderá ser manejada, igualmente, se, não obstante o preenchimento de todas as exigências previstas no art. 273 do CPC, a tutela antecipada for negada à parte requerente. Também poderá valer-se da impetração a parte requerida, se for concedida a antecipação da tutela sem a satisfação dos requisitos. Em qualquer caso, o "mandamus" servirá para ressaltar o direito líquido e certo à fiel observância do art. 273 referenciado.

Quanto à tutela antecipada nos tribunais, se não houver previsão regimental de recurso contra a decisão respectiva, a solução é a mesma, a impetração de mandado de segurança.

3.5.7 CAUÇÃO

O art. 273, §3º, do CPC, remete a execução da tutela antecipada no que couber, ao art. 588, II e III, do mesmo Código. Esse inciso II estabelece que, em se tratando de execução provisória, "não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro".

É preciso perquirir se essa exigência de caução é compatível com o processo trabalhista, e, portanto, assimilada por ele como condição para levantamento de dinheiro produto da tutela antecipada.

Valentin CARRION vê com descrença o instituto da antecipação da tutela na Justiça do Trabalho, um dos motivos por que "a maioria das ações trabalhistas pretende condenações em dinheiro" e "a lei não permite o levantamento, se não com caução"¹⁰⁰.

Observa-se, porém, que, quando o dinheiro é recebido como contraprestação salarial pelos serviços prestados, como no caso dos salários decorrentes do período em que o obreiro é reintegrado no emprego provisoriamente, não há que se falar de caução, posto que em troca já é dado ao empregador o seu trabalho.

O levantamento de numerário que se vai permitir, também sem necessidade de caução, é o produto de depósito dos valores incontroversos, mormente os efetuados pelo empregador, por ocasião da audiência, antes do julgamento, sob pena de ser condenado a pagá-los em dobro (art. 467 da

CLT). A falta de controvérsia, na prática, torna definitiva a execução (operada mediante entrega do dinheiro ao credor), não se justificando, assim, a exigência de caução.

Fora dessas hipóteses, o dinheiro objeto da execução provisória somente poderá ser levantado se o credor oferecer caução idônea, o que - há de se reconhecer - é difícil para a maioria dos trabalhadores.

Assim, por exemplo, é possível antecipar a tutela que verse sobre diferenças salariais, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 273, I ou II, do CPC; mas a execução provisória não permitirá que o obreiro receba o dinheiro se não oferecer caução idônea¹⁰¹.

Mas não será por motivo de exigência da caução para levantamento de depósito em dinheiro na execução provisória que se vai descrever do instituto da antecipação da tutela no processo do trabalho. Tão logo superada a provisoriedade da execução, a quantia poderá ser recebida em definitivo. Outrossim, também na Justiça do Trabalho a execução provisória não permite a expropriação de bens nem a entrega de dinheiro sem qualquer cautela que resguarde o devedor depositante na hipótese de reforma da decisão¹⁰². Aliás, é nisso que consiste a reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

3.6 UTILIDADE DO INSTITUTO: CELERIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO. CASOS PRÁTICOS

A antecipação da tutela no processo do trabalho visa "a possibilitar uma aceleração no deslinde dos processos e um desafogamento no volume dos feitos em andamento nos diversos graus de jurisdição trabalhista"¹⁰³. Isso sem perder de vista a natureza cautelar e sancionatória do instituto, de conformidade com os dispositivos legais que o regem.

Verifica-se, assim, exemplificadamente, o cabimento da tutela antecipada contra o empregador visando a que não dispense empregados, transitória ou definitivamente, estáveis; não discrimine ilegalmente salários dos trabalhadores; não rebaixe o trabalhador de função; efetue a promoção do empregado, conforme o quadro organizado em carreira; reintegre o empregado no emprego quando dispensado por motivo discriminatório (gênero, raça, origem, estado civil, situação familiar, idade); seja impedido de exigir atestados de gravidez ou esterilização; assegure o emprego do trabalhador que estiver às vésperas de aposentar-se; seja compelido a instalar ou propiciar creches para os filhos das empregadas em idade de amamentação; reintegre o empregado portador de SIDA dispensado por discriminação¹⁰⁴. Também é cabível para readmissão de anistiados e cobrança de diferenças salariais¹⁰⁵. Outro exemplo em que a antecipação da tutela tem pertinência ocorre na reclamação destinada a compelir o empregador a cumprir as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de

trabalho integradas aos contratos individuais de trabalho, provisoriamente, até a celebração do novo instrumento coletivo (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.542/1992^{108-A}). A própria transitoriedade dessa integração justifica a antecipação da tutela.

3.7 A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER. POSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

João Oreste DALAZEN¹⁰⁶ vê a grande importância da assimilação da tutela antecipada pelo processo do trabalho na seara das obrigações de fazer e não fazer, eis que o legislador, com a nova redação que conferiu ao art. 461 do CPC, deu ao juiz meios para deferir a tutela específica mediante provimento mandamental, que dispensa o rito da execução, sob pena de multa diária no caso de descumprimento, podendo, uma vez procedente o pedido, antecipar o resultado prático das obrigações dessa natureza.

O processo trabalhista recebe a inovação tal qual colocada no CPC (item 2.13 supra), notadamente porque sua finalidade amolda-se perfeitamente aos princípios e às necessidades desse processo especializado, de sorte a alcançar rapidez e efetividade da tutela jurisdicional.

A criação desse provimento especial altera profundamente as idéias e doutrinas restritivas da execução provisória das obrigações da espécie.

Uma das obrigações de fazer mais freqüentes nos foros trabalhistas corresponde à reintegração de empregados, fundados os pedidos, geralmente, em situações de estabilidade ou garantia de emprego, decorrentes de lei ou convenção. Sobre isso, a jurisprudência majoritária, mormente do Tribunal Superior do Trabalho, não vem aceitando a execução provisória - ressalvados julgados excepcionais que acolhem pretensões do jaez da reintegração liminar do dirigente sindical dispensado sem justa causa ou sem prévio inquérito para apuração da falta grave - por vislumbrar a irreversibilidade do provimento antecipatório¹⁰⁷, ou por não admitir a sua satisfatividade.

A antecipação da tutela nos moldes do art. 461 do CPC vem para sepultar, de vez, teses limitativas da espécie, as quais já destoavam das medidas cautelares tradicionais, posto que, como ressalta Galeno LACERDA, "as obrigações de fazer e de não fazer constituem um dos campos principais de aplicação do poder cautelar geral. Dele se excluem, apenas, as obrigações infungíveis de fazer pela impossibilidade de coerção em natura"¹⁰⁸. O novo dispositivo, ao permitir determine o juiz providências assecuratórias do resultado prático equivalente ao adimplemento, afasta o óbice quanto às obrigações infungíveis.

O certo é que, sempre que preenchidos seus requisitos legais da tutela específica, no caso exemplificado, deve o juiz determinar a reintegração, liminarmente, sob pena de multa diária, fixando, outrossim, o prazo para cumprimento. Somente assim se poderá pôr em prática os objetivos de celeridade e efetividade buscados pela legislação contemporânea.

Como se disse (item 3.5.3, acima), o cumprimento da obrigação de reintegrar empregado é satisfativa, e precisa de sê-lo, mas não é irreversível, de sorte que pode ser exigido provisoriamente.

O trabalho mental que o aplicador do direito tem que fazer é colocar, frente a frente, os fundamentos e necessidades de quem postula a tutela jurisdicional antecipada, com os fundamentos e motivos de quem lhe opõe resistência, ou seja, o direito de ser reintegrado "*versus*" o direito de não reintegrar, e eleger o bem da vida mais relevante - aquele que corre o risco de perecer ou tornar-se imprestável se deferido somente depois, quando da sentença final. Os casos de estabilidade provisória (gestante e membro da CIPA - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, por exemplo) retratam perfeitamente essas situações transitórias que necessitam de rápida satisfação, posto que, depois, quando passado o lapso temporal em que se sustentava o direito (estabilidade), tal não mais poderá ser usufruído.

Aliás, sensível à situação da espécie, o legislador acresceu o inciso X ao art. 659, da CLT, para, expressamente, autorizar o juiz a conceder, liminarmente, nas reclamações trabalhistas, a reintegração do dirigente sindical. Com efeito, se se deixasse essa reintegração à espera do provimento final, o tempo consumiria o mandato do sindicalista e não poderia mais, mesmo reintegrado no emprego, exercer a representação, com prejuízo não só para ele, como também para a respectiva categoria profissional. O afastamento do emprego não extingue o mandato sindical, mas não se pode deixar de considerar que o dirigente sindical desempregado, desprovido de salários, longe do contato com as atividades laborais, fica sem as necessárias condições que teria caso estivesse em serviço, para cumprir a missão para a qual foi eleito.

Precisa, assim, de ser repensada a corrente de entendimento que nega a execução provisória das obrigações de fazer (e de não fazer).

3.8 A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Outro aspecto polêmico que envolve a antecipação da tutela diz respeito à sua aplicação contra a Fazenda Pública.

O exame da questão interessa ao direito processual do trabalho porque a Administração Pública Direta, no Brasil, também pode admitir pessoal pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, integrando uma relação jurídica de natureza contratual que a sujeita aos mesmos deveres do empregador do setor privado, anotando-se algumas particularidades de ordem material, como exemplo, a necessidade de concurso público para as admissões, sob pena de nulidade e punição da autoridade responsável (art. 37, II e §2º, da Constituição da República de 1988), e de natureza processual.

Assim, um dos "privilégios" processuais reconhecidos à Fazenda Pública (compreendidos, nesse conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público que não explorem atividade econômica) quando parte no processo do trabalho, pelo Decreto-Lei nº 779/1969, que rege a espécie, é o recurso ordinário "ex officio" das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias.

Nesse contexto tem-se que a sentença contrária à Fazenda Pública somente pode ser executada quando confirmada pelo tribunal. Antes disso, nem provisoriamente admite-se a execução. E, quando a condenação consistir da obrigação de dar (dinheiro), a execução se submete a procedimento especial (precatório), nos termos do art. 100 e parágrafos, da Constituição da República de 1988, mesmo porque são impenhoráveis os bens públicos.

A questão que se coloca para exame é saber se a tutela pode ser antecipada contra a Fazenda Pública tal como se dá relativamente aos particulares, posto que, desde o advento do novo instituto, a doutrina e a jurisprudência vêm tergiversando sobre o tema, não comportando, porém, considerado o tema central deste estudo, esmiuçar os fundamentos de cada linha de pensamento.

À guisa de disciplinar a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.570, de 26/3/1997, cujo art. 1º manda que se aplique ao referido instituto previsto nos arts. 273 e 461, do CPC, restrições já existentes no ordenamento jurídico nacional, consistentes da proibição de concessão de medida liminar em mandado de segurança que vise à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão ou extensão de vantagens (art. 5º da Lei nº 4.348/1964); da proibição de medida liminar em mandado de segurança para fins de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos, sendo que as parcelas deferidas serão devidas somente a partir da data do ajuizamento da ação (art. 1º e §4º, da Lei nº 5.021/1966); inadmissibilidade de medida liminar de qualquer natureza contra os atos do Poder Público, em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, sempre que a tutela também não puder ser deferida via mandado de segurança, conforme vedação legal (art. 1º da Lei nº 8.437/92); e outorga de efeito suspensivo ao recurso interposto pela Fazenda Pública ou ao "ex officio", para

as sentenças que concederem ou adicionarem vencimento ou reclassificação funcional (art. 7º da Lei nº 4.348/1964, e art. 3º da Lei nº 8.437/1992).

Surgiram vozes proclamando essa Medida Provisória inconstitucional do ponto de vista formal, considerada a falta de relevância e urgência para sua edição, conforme exige o art. 62, "caput", da Constituição da República, e material, posto que limita o exercício da atividade jurisdicional e frustra para o indivíduo o direito de buscar reparação para a lesão mediante o provimento cautelar¹⁰⁹. Outras vozes, porém, defendem a validade da Medida Provisória frente à Constituição, mormente quanto ao seu conteúdo restritivo, não vislumbrando nisso agressão ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional¹¹⁰.

A referida Medida Provisória foi aprovada pelo Congresso Nacional, conforme Lei nº 9.494, de 10/9/1997, mantendo, no art. 1º, as citadas restrições quanto à antecipação da tutela a favor de servidores públicos e contrárias à Fazenda Pública.

Provocado o Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, conforme ação declaratória de constitucionalidade nº 4-6, acerca da Lei nº 9.494/1997, a Corte, em apreciação liminar, suspendeu, com eficácia "ex nunc" e efeito vinculante para os outros órgãos jurisdicionais, até final julgamento da ação declaratória, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, em que se discuta a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da referida lei (DJU de 13/02/1998, p. 1; acórdão no DJU de 21/5/1999, nº 96-E, p. 2/3). Na prática, isso significa que, provisoriamente, o Supremo não viu inconstitucionalidade nesse artigo, sendo que a tendência do Excelso Pretório é confirmar, em decisão final, o entendimento exposto na liminar.

Mais recentemente, o Presidente da República editou outra Medida Provisória (nº 1.798, de 13/01/1999), cujo art. 5º introduz alterações na Lei nº 9.494/1997, uma delas para determinar que somente poderá ser executada após o trânsito em julgado a sentença que tiver por objeto a liberação de valores, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, e também para estabelecer que a sentença proferida em ação cautelar só poderá ter efeito satisfativo quando transitada em julgado a sentença prolatada na ação principal.

Todas essas restrições atingem também os trabalhadores vinculados à Fazenda Pública por contrato de trabalho, de sorte que somente poderão auferir as vantagens patrimoniais depois do trânsito em julgado da sentença que impuser a condenação, não se lhes aplicando, nessas matérias, o instituto da antecipação da tutela, nem se permitindo a execução provisória.

Não se vislumbra seja esse quadro revertido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vez que, como salienta J. J. CALMON DE PASSOS, a garantia de inafastabilidade ao controle judicial das lesões ou ameaças de direitos refere-se, apenas, à tutela definitiva. Por conveniência de política processual é que o legislador permite liminares, tutela antecipada e execução provisória, de molde que a sua exclusão em determinados casos não agride a mencionada garantia¹¹¹.

Então, é forçoso reconhecer que a tutela antecipada, preenchidos os requisitos necessários à sua concessão, também se aplica contra a Fazenda Pública, excetuados os casos em que a legislação expressamente a proíbe, como os previstos na Lei nº 9.494/1997, não se podendo esquecer que o pagamento em dinheiro deverá observar o regime do precatório.

3.9 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E AÇÃO RESCISÓRIA

Também interessa saber se a antecipação da tutela se aplica à ação rescisória, posto que ela tem vez no processo do trabalho, por assimilação do direito processual civil, considerada expressa determinação do art. 836 da CLT.

Ação rescisória "é julgamento de julgamento, nasce fora do processo em que foi proferida a decisão rescindenda e quando a esta desconstitui é que abre a relação jurídica processual, penetrando no processo em que se prolatou a sentença ou o acórdão rescindendo, conhecendo do mérito para, no *iudicium rescissorium*, substituir a decisão rescindenda. Às vezes, limita-se ao *iudicium rescindens* (ex.: quando o fundamento é ofensa a coisa julgada, que simplesmente é restaurada)"¹¹².

Tem cabimento contra a sentença de mérito transitada em julgado desde que se verifique "que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes para fraudar a lei; ofender a coisa julgada; violar literal disposição de lei; se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa" (art. 485, incisos I a IX, do CPC). Todos esses casos podem ser invocados para fundamentar a ação rescisória na Justiça do Trabalho.

O art. 489 do CPC estabelece que "a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda", regra recentemente atenuada pelo art.

2º da referida MP nº 1.798, que permite ao tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, desde que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão.

A doutrina e a jurisprudência vêm se inquietando quanto à possibilidade, ou não, de dar efeito suspensivo à ação rescisória.

À luz do art. 489 do CPC, a doutrina de PONTES DE MIRANDA¹¹³ e COQUEIJO COSTA¹¹⁴ rejeita, peremptoriamente, que a sentença rescindenda possa ter sua execução paralisada pela propositura da ação rescisória ou mesmo por alguma medida cautelar. Isto porque: ação rescisória não é recurso nem ação de embargos; não tem efeito suspensivo; a execução da sentença rescindenda não é provisória, mas sim definitiva, e a simples propositura da ação rescisória não transforma a execução definitiva em provisória; a ação rescisória é medida excepcional contra a coisa julgada; a ação rescisória somente se projeta para fora do processo, atingindo a sentença rescindenda, com o "*iudicium rescissorium*"; não é razoável interferir na certeza da coisa julgada de que se reveste a sentença rescindenda mediante simples probabilidade de sucesso da ação rescisória. Essa linha de pensamento foi agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, que chegou a editar a Súmula 234, dizendo que "não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada".

Corrente contrária capitaneada por Galeno LACERDA¹¹⁵, porém, observa que "a coisa julgada não constitui presunção absoluta em prol do vencedor", e, se se admite a ação rescisória, essa presunção deve ser relativa até que se consume o prazo decadencial para ajuizamento do pedido rescisório. Então, se tantas são as hipóteses em que se pode fundar a ação rescisória, a maioria com possibilidade de antever o resultado independente de exaustão da cognição, e se se admite, por exemplo, o mandado de segurança contra ato judicial e os embargos de terceiro também contra os efeitos da sentença, há de se aceitar a tutela cautelar na ação rescisória, sempre que for necessário salvar o objeto do direito.

Mas a tutela antecipada na ação rescisória precisa de ser examinada sob dois aspectos: um quanto à pretensão de meramente suspender a execução da sentença rescindenda; outro, para antecipar a própria tutela pedida na rescisória, ou seja, a desconstituição da sentença rescindenda.

No primeiro caso, sem embargo de opiniões em contrário, não se pode admitir a antecipação da tutela, considerada a divergência entre os pedidos, ou seja, o pedido próprio da ação rescisória é a desconstituição de outro julgado, e não a suspensão dos efeitos de sua execução. Nesse sentido o acórdão proferido pelo TST nos autos do Proc. RXOF-ROAR-3121, SBDI2, rel. Min. Regina Ezequiel (DJU de 09/10/1998, p. 260). O objeto da tutela

antecipada, no todo ou em parte, deve ser o mesmo da tutela definitiva, diferentemente do que ocorre com as ações cautelares.

Quanto à segunda hipótese, João Oreste DALAZEN, por exemplo, não descarta a possibilidade da tutela antecipada para a ação rescisória, excepcionalmente, nos casos de sentença rescindenda teratológica, nos quais seja evidente sua rescisão, desde que presente o elemento "*periculum in mori*" a justificar a precipitação¹¹⁶. Mas há quem discorde dessa linha de pensamento. Eduardo Gabriel SAAD acha que os requisitos da tutela antecipada não se harmonizam com a ação rescisória¹¹⁷. TEIXEIRA FILHO, por sua vez, adverte para a impossibilidade de se antecipar a tutela contra a coisa julgada material, prestigiando-se a incerteza de que se reveste o êxito do autor da rescisória, em prejuízo da certeza contida na sentença rescindenda. Mas não refuta a antecipação da tutela quando o fundamento da ação rescisória for a ofensa à coisa julgada pela sentença rescindenda¹¹⁸.

O TST, sobre a matéria, tem o seguinte pronunciamento: "Ação rescisória. Antecipação da tutela - A antecipação da tutela tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Por meio de rescisória não há que se antecipar a tutela, ou seja, não há como se possa desconstituir, provisoriamente, um acórdão transitado em julgado" (AgAR-237001/95, SBDI2, rel. Min. Luciano Castilho, DJU de 02/7/1997, p. 1537).

O entendimento mostra-se escoreito. Por certo, não é razoável falar-se de rescisão provisória de uma sentença passada em julgado, considerados a natureza jurídica da ação rescisória (constitutiva-negativa) e o fato de, somente com a decisão terminativa que rescindir a sentença, é que a ação rescisória produzirá efeitos na relação jurídica resolvida pela sentença rescindenda.

Se a sentença rescindenda ou sua execução estiver causando algum prejuízo irreparável e de difícil reparação, e houver plausibilidade de sucesso para a ação rescisória, melhor admitir-se a ação cautelar inominada para sustar seus efeitos, até o julgamento final da ação rescisória, a despeito da vedação contida no art. 489 do CPC¹¹⁹, do que antecipar-se a tutela jurisdicional da própria ação rescisória.

Aliás, a inovação objeto do art. 2º da Medida Provisória nº 1.798, permitindo a suspensão dos efeitos da sentença rescindenda a favor da Fazenda Pública, aponta como via adequada a "medida cautelar", e não a antecipação da tutela.

Não cabe, portanto, tutela antecipada na ação rescisória.

3.10 TUTELA ANTECIPADA E DISSÍDIO COLETIVO

Há de se examinar, ainda, se a antecipação da tutela é compatível com o dissídio coletivo - ação típica e exclusiva do processo trabalhista.

O dissídio coletivo, tanto o de natureza econômica como o de natureza jurídica, exige, como requisito para instauração perante a Justiça do Trabalho, que tenha sido tentada a negociação coletiva extrajudicial (art. 114, §2º, da Constituição da República). Mesmo depois de instaurado o dissídio, a conciliação dos dissidentes é obrigatoriamente proposta pelo Presidente do Tribunal (arts. 860 e 862, da CLT) e pelo Ministério Público do Trabalho (art. 84, IX, da Lei Complementar nº 75/1993), e, somente quando frustrada, é que o dissídio irá a julgamento, ocasião em que a Justiça do Trabalho exercitará seu poder normativo - instituto fascista que ainda subsiste no Brasil, onde se tem dificuldade para resolver extrajudicialmente os conflitos.

A natureza jurídica da sentença normativa proferida no processo de dissídio coletivo de natureza econômica é constitutiva, não condenatória, e, no dissídio coletivo de natureza jurídica, é declaratória. No dissídio coletivo de natureza econômica, a sentença "não traduz a vontade da lei na sua aplicação à espécie. Ela é a Lei". Trata-se de "prestação jurisdicional inteiramente diferenciada" em que o Judiciário produz "direito novo de caráter geral e abstrato", que "passa a integrar o subsistema geral de normas trabalhistas e a regular as relações individuais de trabalho", rendendo ensejo, quando violada, a ação individual para reclamar seu cumprimento¹²⁰.

Será possível antecipar-se a tutela normativa?

Considerando que no dissídio coletivo de natureza econômica o direito material ainda não existe, posto que a sentença normativa é que o criará, entende Indalécio GOMES NETO que não há o que se antecipar, não há direito preexistente para ser resguardado mediante a tutela antecipada, observando, outrossim, que tal dissídio goza de tramitação preferencial nos tribunais, não se encontrando, portanto, campo para aplicação da tutela antecipada. Quanto ao dissídio coletivo de natureza jurídica, não vê a impossibilidade para a sua aplicação, dependendo da situação concreta¹²¹.

Alice Monteiro de BARROS¹²², divergindo da opinião do Min. Indalécio GOMES NETO, vê possibilidade de antecipar-se a tutela normativa nos dissídios coletivos de natureza econômica, em alguns casos, relativamente ao conteúdo dos Precedentes Normativos do TST¹²³ entendidos como relevantes os seguintes: nº 32 (proibição de prorrogação da jornada de trabalho do empregado estudante, salvo motivo de força maior e compensação), nº 42 (instituição de seguro obrigatório, por acidente ou morte, para os empregados transportadores de valores ou que exerçam funções de vigia ou vigilante), nº 112 (instituição de seguro de vida obrigatório para o empregado-jornalista designado para trabalhar em área de risco), nº 113 (obrigatoriedade de o empregador transportar, com urgência, em caso de acidente, mal súbito ou parto, para local apropriado, o empregado, desde que ocorram no horário de trabalho ou em consequência deste), nº 107

(manutenção, pelo empregador rural, no local do trabalho, de medicamentos e materiais de primeiro socorro), nº 102 (prestação de assistência jurídica, pelo empregador, ao empregado que, na função de vigia, praticar ato que o leve a responder a ação penal) e nº 70 (licença ao empregado-estudante nos dias de prova). Afirma que eles também são fundados em lei, e identifica a verossimilhança da alegação no fato de as defesas eventualmente deduzidas contra os Precedentes assumirem caráter protelatório, detectando o dano irreparável desde quando não atendidos, imediatamente, tais direitos.

Em que pese a relevância de todos os Precedentes mencionados, não tem pertinência sua antecipação. Com efeito, os Precedentes não são obrigatórios, vinculativos nem irrevogáveis, e nada garante que sejam deferidos pela sentença normativa. Aliás, o próprio TST vem alterando, constantemente, os entendimentos neles esposados, para atender às necessidades econômicas e sociais que se apresentam. Não são, outrossim, norma trabalhista, mas apenas sugestão jurisprudencial. A falta de defesa no dissídio coletivo não traz conseqüências relevantes, como a revelia, demonstrando tão-somente a falta de disposição para negociar, e não significando, outrossim, verossimilhança da alegação. Se os Precedentes reproduzem direitos já previstos em lei, há que se postular a antecipação da tutela contida na lei, e não no Precedente, e, nesse caso, através de dissídio individual - não de coletivo - posto que aquele é que constitui a via adequada para cobrar a observância do direito posto.

A tese favorável à aplicação da tutela antecipada aos dissídios coletivos de natureza econômica não leva em conta que, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 8.542, de 23/12/1992 (cuja vigência foi restaurada pela liminar expedida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.849-0-DF, do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Marco Aurélio^(24 e 124-A)), "as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho". Nesse caso, se os direitos se acharem escritos nos instrumentos com prazos vencidos, automaticamente se integram, por força de lei, em caráter provisório, aos contratos individuais de trabalho, e, na hipótese de não observância pelos empregadores, poderá ser ajuizada reclamação trabalhista (dissídio individual) perante a Junta de Conciliação e Julgamento visando à condenação do desobediente à observância da lei, inclusive com formulação do pedido de antecipação da tutela, uma vez satisfeitos os requisitos necessários ao deferimento.

Mas se o direito material inexistente e a pretensão deduzida no dissídio coletivo de natureza econômica é, exatamente, a sua criação pelo tribunal, não há como deferir-se a antecipação, muito menos diante de mera sugestão jurisprudencial, como são os Precedentes Normativos.

Registre-se que a sentença normativa, como dito, é instrumento de produção do direito novo, de caráter geral; é "lei". Será razoável conceber-se "direito novo" provisória e antecipadamente? Existirá "lei" editada provisória e antecipadamente, antes que se percorra todo o processo legislativo? É evidente que não. O mesmo raciocínio aplica-se à sentença normativa, para afirmar, sem receio de engano, que a tutela antecipada não é compatível com o dissídio coletivo de natureza econômica.

A incompatibilidade verifica-se também em relação ao dissídio coletivo de natureza jurídica. Nele, o fundamento é a "dúvida" que envolve a aplicação da norma jurídica legal ou convencional, de interesse restrito à categoria profissional ou econômica, e que será declarada pelo tribunal, mediante interpretação que obrigará as categorias representadas pelos dissidentes. Se há essa incerteza quanto à interpretação, isso, por si só, obsta a aplicação da tutela antecipada, que pressupõe, sempre, a verossimilhança da alegação, ou seja, a quase certeza do direito alegado.

Dúvida não se harmoniza com verossimilhança da alegação.

Nessa linha de raciocínio, não há como aceitar-se a aplicação da tutela antecipada aos dissídios coletivos, sejam de natureza econômica, sejam de natureza jurídica.

4 CONCLUSÃO

Realizado este estudo acerca da antecipação da tutela jurisdicional de mérito no âmbito do direito processual civil, é possível concluir que, no Brasil, o instituto tem duas feições: uma de natureza nitidamente cautelar, posto que voltado para a prevenção do dano irreparável ou de difícil reparação, fundamentada temido; outra de natureza sancionatória da conduta do réu, destinada a punir o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado. Em qualquer caso, são necessários, como requisitos genéricos para a tutela antecipada, prova inequívoca da alegação e verossimilhança ou quase certeza do direito invocado, e, ainda, que a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da reivindicação, embora satisfativa, não seja irreversível.

Suas origens se acham no direito romano, e encontra, modernamente, semelhanças nos provimentos antecipatórios previstos em diversos ordenamentos jurídicos europeus, especialmente no alemão, no francês e no italiano - onde buscou direta inspiração.

A adoção da tutela antecipada pelo ordenamento processual civil brasileiro constitui um dos mais significativos ítems da reforma do processo civil levada a efeito desde 1994, e visa, principalmente, a dar efetividade à garantia de acesso à Justiça, considerada a celeridade que a antecipação do provimento jurisdicional - de regra possível somente com a sentença final -

traz para a parte favorecida pela quase certeza de possuir razão no litígio. A solução provisória do conflito, outrossim, contribui para a paz social.

O objeto da tutela antecipada deve ser o mesmo, no todo ou em parte, buscado em caráter definitivo, e depende de expresso requerimento da parte - assim entendida não somente o autor, mas também o réu e os intervenientes, desde que em posição processual que lhes permita deduzir pretensão em face do adversário (demandante), bem assim o Ministério Público quando investido de legitimidade "ad causam". A antecipação sob comento pode ser requerida na fase de cognição, bem assim na recursal desenvolvendo-se sua execução, de regra, tal qual as execuções provisórias de sentença, havendo, especificamente, previsão de ser efetivada nas ações que versem execução de obrigação de fazer e não fazer, contando com a imposição de "astreintes" (isto é, mecanismo de natureza econômica destinado à coerção indireta do devedor de obrigações infungíveis), visando ao efetivo cumprimento da decisão judicial.

Focalizada sua aplicação ao direito processual do trabalho no Brasil, verifica-se a assimilação do instituto, com as adaptações necessárias, pelos dissídios individuais de trabalho, respeitados os princípios de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - os principais o da celeridade, da simplicidade e o protetivo - também aqui objetivando à efetividade do processo trabalhista.

A antecipação da tutela mediante aplicação subsidiária do Direito Processual comum ao processo do trabalho vem para reforçar os mecanismos de prestação jurisdicional aos componentes das relações laborais, conservando, no processo especializado, a mesma natureza jurídica, requisitos e condições contidos no Código de Processo Civil. Há particularidades, porém, e a mais expressiva repousa na irrecorribilidade imediata da decisão que antecipar a tutela jurisdicional trabalhista, o que leva à admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial visando a preservar o direito líquido e certo da parte sucumbente ao fiel cumprimento do disposto no art. 273, incisos e parágrafos, do CPC, desde que preenchidos os demais requisitos necessários à impetração.

O aspecto mais polêmico no contexto da antecipação da tutela trabalhista refere-se à competência nos órgãos de primeira instância, para examinar o pedido, se do Juiz-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, singularmente, ou do próprio colegiado, concluindo-se, neste estudo, pelo primeiro.

Diante do exame particularizado de situações relevantes para o processo do trabalho, chega-se à conclusão, também, de que o instituto referenciado revoluciona as idéias acerca da execução provisória das obrigações de fazer no âmbito trabalhista, mormente as pertinentes à reintegração de empregados, admitindo-a com a força da satisfatividade

desde que não irreversível. Igualmente, aplica-se a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ressalvados os casos expressamente proibidos em lei e respeitado o regime do precatório.

Quanto à ação rescisória, não se vislumbra a pertinência da tutela antecipada, seja para suspender os efeitos da coisa julgada - por se tratar de objeto distinto do pedido rescisório - seja porque não se admite que se tenha como antecipadamente rescindida uma sentença já transitada em julgado.

Conclui-se, outrossim, pela incompatibilidade do instituto com os dissídios coletivos de natureza econômica e jurídica, visto que a antecipação da tutela pressupõe a existência de um direito posto, cuja fruição se quer adiantar, ao passo que no dissídio coletivo busca-se a criação, via poder normativo da Justiça do Trabalho, do próprio direito que regerá as relações coletivas de trabalho (de natureza econômica), ou, no caso dos dissídios de natureza jurídica, a interpretação acerca da existência de relação de direito constante de norma convencional ou legal, declarando as dúvidas - estas inteiramente inconciliáveis com a certeza do direito de que se deve revestir a tutela antecipada.

Posto assim o instituto da tutela antecipada, cumpre observar, por derradeiro, que a sua utilização deve orientar-se razoavelmente, sem exageros ou acanhamentos, de sorte a, efetivamente, servir aos propósitos da Justiça.

Avaliando, objetivamente, esse instrumento posto à disposição do jurisdicionado brasileiro há quatro anos, para dar mais efetividade à prestação jurisdicional, é preciso, de um lado, não se deixar levar por entusiasmos que conduzam a abusos, como exemplo, o que precipita a tutela sem que se achem preenchidos seus requisitos, claramente, ou, por outro lado, como registra José Carlos BARBOSA MOREIRA¹²⁵, que não se ajam as partes (ou seus advogados) timidamente, omitindo-se em pedir a antecipação do provimento definitivo nos casos em que se mostre necessária à efetivação do processo, a ponto de alguns juizes, relegando a lei, decretá-las "ex officio".

NOTAS

1. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO, Cândido Rangel - *Teoria Geral do Processo*, p. 209.
2. *Idem, ibidem* - p. 36.
3. FRIEDE, Reis - *Tutela antecipada, Tutela específica e tutela cautelar*, p. 27-28.
4. MARINONI, Luiz Guilherme - *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, p. 34-36.
5. *Idem, ibidem* - p. 44.
6. Ordenações Filipinas, Terceiro Livro, Título XXXI, p. 615-616.
7. CAMACHO, Víctor Fuentes - *Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, p. 15 e seguintes.
8. MARINONI, Luiz Guilherme - *ob. cit.*, p. 38-40.
9. THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Tutela Antecipada*.
10. *Idem, ibidem*.
11. *Idem, ibidem*.
12. MARINONI, Luiz Guilherme - *ob. cit.*, p. 40-42.
13. MORELLO, Augusto M. - *Anticipación de la Tutela*, p. 67.
14. SANTOS, Ernane E. - *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, p. 23.
15. LUGO, Andrea - *Manuale di Diritto Processuale Civile*, p. 423-425.
16. MORELLO, Augusto M. - *ob. cit.*, p. 23.
17. BERIZONCE, Roberto O. - *La tutela anticipatoria em Argentina...*, p. 5.
18. *Idem, ibidem*, p. 6-8.
19. *Idem, ibidem*, p. 9-12.
20. *Idem, ibidem*, p. 13.
21. MENDES, Francisco de Assis Filgueira - *A influência do Código Modelo para a Ibero-América no sistema processual civil brasileiro*.
22. WATANABE, Kazuo - *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*, p. 20.
23. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo - *A "antecipação" da tutela na recente reforma processual, in Reforma do Código de Processo Civil*, p. 129-142.
24. CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 8-10.
25. FRIEDE, Reis - *Op. cit.*, p. 46-47.
26. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Tutela Antecipada*, p. 273-275.
27. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de - *Alcance e natureza da tutela antecipatória*, p. 113-121.
28. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 275-281.
29. CALAMANDREI, Piero - *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 53-68.
30. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 277.
31. *Idem, ibidem* - p. 281-290.

32. *Idem, ibidem* - p. 366-379.
33. *Idem, ibidem* - p. 373-375.
34. *Idem, ibidem* - p. 379.
35. ZAVASCKI, Teori Albino - *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*, p. 146-150.
36. *Idem, ibidem* - p. 149.
37. CALMON DE PASSOS, José Joaquim - *Op. cit.*, p. 5-7.
38. *Idem, ibidem* - p. 7.
39. SANTOS, Ernani Fidelis dos - *Op. cit.*, p. 29.
40. WATANABE, Kazuo - *Op. cit.*, p. 33-34.
41. ZAVASCKI, Teori Albino - *Antecipação de tutela e colisão de ...*, p. 152.
42. THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Tutela de segurança*, p. 22-23.
43. *Idem, ibidem* - p. 23.
44. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - *Tratado das Ações*, p. 353, 363, 364.
45. CALAMANDREI, Piero - *Introducción al Estudio Sistemático...*, p. 82.
46. ZAVASCKI, Teori Albino - *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*, p. 153.
47. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 423.
48. CALMON DE PASSOS, José Joaquim - *Op. cit.*, p. 19.
49. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 422.
50. *Idem, ibidem* - p. 473-476.
51. Entendendo necessário o requerimento da parte para que a tutela antecipada seja revogada ou modificada, as palavras de CALMON DE PASSOS (*op. cit.*, p. 35), eis que para o deferimento também há necessidade de pedido, não podendo o juiz proceder de ofício. SÉRGIO BERMUDEZ, porém, em notas atualizadoras da obra de PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, p. 540), assegura que "não dependem de requerimento nem a revogação nem a modificação". Antônio Cláudio da Costa MACHADO (*op. cit.*, p. 581) apresenta fundamento bastante aceitável, no sentido da possibilidade de revogação "ex officio", posto que, se a outorga da tutela depende de pedido da parte e do "decisum" estatal, o interesse no desfazimento da tutela que não deveria ter sido adiantada é maior para o Estado, consideradas a efetividade e a credibilidade do Judiciário.
52. CALMON DE PASSOS, J. J. - *Op. cit.*, p. 33.
53. *Idem, ibidem*, p. 23.
54. MARINONI, A *Antecipação da Tutela*, p. 120-121.
55. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 520-521.
56. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, comentários atualizadores de SÉRGIO BERMUDEZ, p. 535.
57. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 513-517.

58. *Idem, Ibidem* - p. 522.
59. CALMON DE PASSOS, J. J. - *Op. cit.*, p. 23.
60. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa - *Op. cit.*, p. 523.
61. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Tutela de Segurança*, p. 24. Isto porque, proferida a sentença, o juiz exaure sua jurisdição, cumpre seu ofício, podendo decidir nos autos, na mesma fase processual, somente para declarar o "decisum", uma vez provocado através de embargos declaratórios, ou excepcionalmente, para corrigir inexatidões materiais. Prolatada a sentença, se a parte quiser a antecipação da tutela no lapso temporal que medeia a sua publicação e a chegada do recurso que for interposto ao tribunal, deve pedi-la à instância "ad quem" competente para o recurso, tal qual se verifica quando se cogita de ação cautelar incidental nessa fase (artigo 800, parágrafo único, do CPC), observando-se que, na hipótese, necessariamente, o recurso deve ser manejado, como condição de admissibilidade do pedido de antecipação da tutela na fase recursal.
62. NEGRÃO, Theotônio - *Código de Processo Civil e...*, p. 258.
63. LIPPMANN JÚNIOR, Edgard Antônio - *Aspectos do agravo de instrumento contra a antecipação de tutela concedida na sentença definitiva*, p. 457-459.
64. THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Tutela de Segurança*, p. 27-29.
65. ZAVASCKI, Teori Albino - *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, p.68-69.
66. SANTOS, Ernani Fidelis dos - *Op. cit.*, p.34.
67. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. - *A "antecipação" da tutela na recente reforma processual*, p. 136-137.
68. MARINONI, Luiz Guilherme - *A Antecipação da Tutela*, p. 181-188.
69. WATANABE, Kazuo - *Op. cit.*, p. 21-27.
70. *Idem, Ibidem*, p. 40-43.
71. O CPC da Itália rege nos arts. 409 a 447-bis as controvérsias em matéria de trabalho.
72. COSTA, Coqueijo - *Direito Processual do Trabalho*, p. 13-18.
73. GIGLIO, Wagner D. - *Direito Processual do Trabalho*, p. 100-102.
74. Nas Comarcas onde não há Juntas de Conciliação e Julgamento, a jurisdição trabalhista é exercitada pelos juízos de direito da Justiça dos Estados, com recurso, porém, para os Tribunais Regionais do Trabalho. Discute-se no Congresso Nacional a reforma da Justiça do Trabalho, particularmente a extinção da representação classista tanto nas Juntas como nos Tribunais.
75. CARRION, Valentin - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 580.
76. LIMA, Alcides de Mendonça - *O Processo Civil no Processo Trabalhista*, p. 25-54.
77. BATALHA, Wilson de Souza Campos - *Medidas Cautelares e Tutela*

- Antecipada*, p. 456-457.
78. LIMA, Alcides de Mendonça - *Op. cit.*, p. 44.
79. *Idem, Ibidem* - p. 45.
80. OLIVEIRA, Francisco Antonio de - *Da ação civil pública: instrumento de cidadania*, p. 882-884.
81. DALAZEN, João Oreste - *Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*, p. 876, no entanto, enquadra esse caso como "tutela antecipada", e não como medida cautelar inominada. Porém, não se acham satisfeitos os pressupostos do instituto da antecipação da tutela, mormente porque não se está adiantando a tutela desejada no dissídio coletivo, mas sim expedindo um medida acautelatória com o fim de manter, durante a greve, os "serviços mínimos visando a evitar prejuízo irreparável em consequência da deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento", e a prestação dos serviços ou atividades essenciais definidas em lei "indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" (arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 7.783/1989). Os bens jurídicos preservados, diante do perigo de dano irreparável, no caso, são os bens, máquinas e equipamentos das empresas, e, ainda, os serviços e atividades essenciais à comunidade; não a pretensão dos grevistas.
82. *Idem - op. e loc. cit.*
83. BATALHA, Wilson de Souza Campos - *Op. cit.*, p. 459.
84. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio - *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*, p. 54.
85. MAGANO, Otávio Bueno - *Efeitos das leis processuais de dezembro de 1994 sobre o processo trabalhista*, p. 36-37.
86. DALAZEN, João Oreste - *Op. cit.*, p. 878
87. BELLINETTI, Luiz Fernando - *Irreversibilidade do provimento antecipado*, p. 252-253.
88. GOMES NETO, Indalécio - *Antecipação da Tutela*, p.11.
89. SAAD, Eduardo Gabriel - *Antecipação de tutela de mérito e o processo do trabalho...*, p. 310.
90. *Idem, Op. e loc. cit.*
91. GIGLIO, Wagner D. - *Tutela antecipada no processo do trabalho*, p. 9-10.
92. WALDRAFF, Célio Horst - *A competência para a tutela antecipada nas JCs e tribunais*, p. 348-349.
93. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio - *Op. cit.*, p. 60.
94. DALAZEN, João Oreste - *Op. cit.*, p. 879.
95. SAAD, Eduardo Gabriel - *Op. cit.*, p. 310.
96. GOMES NETO, Indalécio - *Op. cit.*, p. 16.
97. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio - *Op. cit.*, p. 61; e WALDRAFF, Célio Horst, *Op. cit.*, p. 349.

98. GOMES NETO, Indalécio - *Op. cit.*, p. 11-12.
- 98-A. (Nota de atualização: a Emenda Constitucional nº 24, publicada no Diário Oficial da União de 10-12-1999, extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho e transformou as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho, exercidas por um juiz singular, togado, de carreira).
99. SAAD, Eduardo Gabriel - *Op. cit.*, p. 310; BARROS, Alice Monteiro de - *Tutela antecipada no processo do trabalho*, p. 1464.
100. CARRION, Valentin - *Op. cit.*, p. 669.
101. GOMES NETO, Indalécio - *Op. cit.*, p. 16.
102. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio - *Op. cit.*, p. 75-77.
103. BATALHA, Wilson de Souza Campos - *Op. cit.*, p. 459.
104. DALAZEN, João Oreste - *Op. cit.*, p. 879-880.
105. BARROS, Alice Monteiro de - *Op. cit.*, p. 1463.
- 105-A (Nota de atualização: A vigência do art. 1º, §1º, da Lei nº 8.542/1992, que havia sido revogado pelo art. 19 da Medida Provisória nº 1.620, foi restaurada por despacho liminar proferido pelo relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.849-0-DF, Min. Marco Aurélio, em 02/7/1998. Porém, em sessão realizada dia 1º/9/1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conheceu da Ação (DJU de 10/9/1999), perdendo efeito, conseqüentemente, a referida liminar. Pende, inquinando de inconstitucionalidade o mesmo art. 19 da MP 1.620 e suas reedições, outrossim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.081-1-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, ainda não apreciada pela Excelso Pretório).
106. DALAZEN, João Oreste - *Op. cit.*, p. 879.
107. BARROS, Cássio M. - *A tutela antecipada na Justiça do Trabalho*, p. 13.
108. LACERDA, Galeno - *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 126.
109. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio - *A Medida Provisória nº 1.570/97 e sua múltipla inconstitucionalidade*, p. 451-454.
110. FRIEDE, Reis - *Op. cit.*, p. 122-128.
111. CALMON DE PASSOS, José Joaquim - *Op. cit.*, p. 6-7.
112. COSTA, Coqueijo - *Ação Rescisória*, p. 15.
113. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI, p. 306-307; e *Tratado da Ação Rescisória*, p.492-495.
114. COSTA, Coqueijo - *Ação Rescisória*, p. 115-117.
115. LACERDA, Galeno - *Op. cit.*, p. 35-38.
116. DALAZEN, João Oreste - *Op. cit.*, p. 876-877.
117. SAAD, Eduardo Gabriel - *Op. cit.*, p. 308.
118. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio - *As alterações no CPC...*, p. 79-80.
119. *Idem*, *Op. cit.*, p. 80.
120. ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de - *Dissídio Coletivo*, p. 161-163.
121. GOMES NETO, Indalécio - *Op. cit.*, p. 16-17.
122. BARROS, Alice Monteiro de - *Op. cit.*, p. 1464.

123. Precedentes Normativos são a súmula do entendimento do Tribunal sobre cláusulas normativas, de observância não obrigatória.
124. *In* Revista LTr, julho de 1998, p. 923-924.
- 124-A. (Nota de atualização: vide, sobre a situação do art. 1º, §1º, da Lei nº 8.542/1992, a nota nº 105-A, acima).
125. BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *Temas de Direito Processual*, p.89.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Dissídio Coletivo*, São Paulo, Ed. LTr, 1993.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.
- . *A "antecipação" da tutela na recente reforma processual*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 129-142.
- . *Curso de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, Ed. Fabris, 1993, vol. III.
- . *Teoría de la Acción Cautelar*, tradução espanhola de Martha Olivar, Porto Alegre, Ed. Fabris, 1993.
- e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Tutela antecipada no processo do trabalho*, in *Revista LTr*, São Paulo, Ed. LTr, nov/1996, p. 1461-1464.
- BARROS, Cássio Mesquita - *A tutela antecipada na Justiça do Trabalho*, in *Revista LTr*, São Paulo, Ed. LTr, jan/1998, p. 9-14.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Medidas Cautelares e Tutela Antecipada*, in *Revista LTr*, São Paulo, Ed. LTr, abril de 1997, p. 455-459.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. *Irreversibilidade do provimento antecipado*, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 246-266.
- BERIZONCE, Roberto O. *La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)*, in *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 10-6-1998, nº 6093, p. 2-14.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, tradução espanhola de Marino Ayerra Merín, Buenos Aires, Ed. Librería El Foro, 1996.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª

- ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.
- CAMACHO, Vitor Fuentes. *Las Medidas Provisionales y Cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, Editorial Eurolex, 1996.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 23ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992.
- COSTA, Coqueijo. *Ação Rescisória*, 5ª ed., São Paulo, Ed. LTr, 1986.
- . *Direito Processual do Trabalho*, 4ª ed. revista, atualizada e adaptada à Constituição de 1988, atualizador Washington Luiz da Trindade, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.
- DALAZEN, João Oreste. *Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*, in Revista LTr, São Paulo, Ed. LTr, julho de 1997, p. 875-880.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, in Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães, coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 17-28.
- FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, Tutela específica e Tutela cautelar*, 4ª ed. ampliada, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1998.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*, 8ª ed. revista e ampliada, São Paulo, Ed. LTr, 1993.
- . *Tutela antecipada no processo do trabalho*, in Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ed. Síntese, ago/96, p. 7-10.
- GOMES NETO, Indalécio. *Antecipação da Tutela*, in Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ed. Síntese, nov/95, p. 7-17.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, 2ª ed. supervisionada e atualizada por Enrique Vescovi, Montevideu, Ed. FCU, 1997.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. VIII, tomo I, 1992.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo Civil no Processo Trabalhista*, 3ª ed. ampliada, São Paulo, Ed. LTr, 1991.
- LIPPMANN JÚNIOR, Edgard Antônio. *Aspectos do agravo de instrumento contra antecipação de tutela concedida na sentença definitiva*, in Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Ed. Genesis, jul/set-1998, p. 456-459.
- LUGO, Andrea. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 12ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, 1996.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*, 2ª ed. revista, São

- Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- . *Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC*, in Reforma do Código de Processo Civil, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 215-231.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Efeitos das leis processuais de dezembro de 1994 sobre o processo trabalhista*, in Revista Trabalho & Processo, São Paulo, Ed. Saraiva, junho de 1995, p. 33-44.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 4ª ed. revista e ampliada, São Paulo, Ed. Malheiros, 1998.
- . *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1995.
- . *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- . *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- MENDES, Francisco de Assis Filgueira. *A influência do Código Modelo para a Ibero-América no sistema processual brasileiro*, in Revista de Processo, São Paulo, nº 92, out/dez-1998, p. 110-124.
- MORELLO, Augusto M. *Anticipación de la Tutela*, La Plata, Ed. Platense, 1996.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alcance e natureza da tutela antecipatória*, in Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães, coordenador José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, p. 113-121.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Da ação civil pública: instrumento de cidadania*, in Revista LTr, São Paulo, Ed. LTr, julho de 1997, p. 881-895.
- PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, in Revista de Processo, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr/jun-1998, p. 22-35.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed. revista e aumentada, atualizada por Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, tomo III; 1998, tomo VI.
- . *Tratado da Ação Rescisória*, edição atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Ed. Bookseller, 1998.
- . *Tratado das Ações*, edição atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Ed. Bookseller, 1999, tomo VI.
- SAAD, Eduardo Gabriel - *Antecipação de tutela de mérito e o processo do trabalho e Tutela antecipada e obrigações de fazer e não fazer*, in LTr Suplemento Trabalhista, São Paulo, Ed. LTr, 1997, 063/97, p. 307-313.
- SANTOS, Ernani Fidelis dos. *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo

Horizonte, Ed. Del Rey, 1996.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*, 4ª ed. atualizada, São Paulo, Ed. Ltr, 1996.

———. *A medida provisória nº 1.570/97 e sua múltipla inconstitucionalidade*, in Revista LTr, São Paulo, Ed. LTr, abr/1997, p. 450-454.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Antecipada*, in RJ nº 232, p.5, fev/1997.

———. *Tutela de Segurança*, in Revista de Processo, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, nº 88, p. 9-30, out/dez-1997.

WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*, in Reforma do Código de Processo Civil coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 19-51.

WALDRAFF, Célio Horst. *A competência para a tutela antecipada nas JCs e tribunais*, in Genesis Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, Ed. Genesis, set/98, p. 345-352.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*, in Reforma do Código de Processo Civil, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 143-166.

———. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*, in Revista de Processo, São Paulo, nº 82, p. 53-69, abr/jun 1996.

CÓDIGOS

Codice di Procedura Civile e leggi complementari, sob os cuidados de Marcello Iacobellis, Ed. Simone, 1998.

Código Procesal Civil & Comercial de la Nación, Buenos Aires, 1997.

Ordenações Filipinas, reprodução "fac-simile" da edição feita por Candido Mendes de Almeida em 1870, no Rio de Janeiro, Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, Livros II e III.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E A JUSTA CAUSA NA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

NILIANE MEIRA LIMA

Procuradora da Fazenda Nacional

Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

SUMÁRIO

- I. Introdução.
- II. Do Direito à Intimidade. Matriz e Abrangência.
- III. Sigilo Bancário. Hipóteses de Quebra.
- IV. Quebra de Sigilo Bancário e Justa Causa.
- V. A Justa Causa da Quebra do Sigilo Bancário nos Crimes de "Lavagem" e Contra o Sistema Financeiro Nacional. Breves Considerações.
- VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, buscaremos fazer sucinta análise acerca da dimensão do direito fundamental constitucional da intimidade, bem como, para melhor precisá-la, da previsão de uma de suas excepcionalizações, qual seja a de quebra do sigilo bancário.

Buscaremos demonstrar a consideração de que, em sendo o aludido direito, fundamental possuidor mesmo deste caractere, a adoção da medida de quebra não deve simplesmente obedecer aos requisitos expostos pelo legislador ordinário, mas, também, a necessidade de justa causa, que identifique a plausibilidade da mesma, ou seja, a razoabilidade do sacrifício da amplitude de direito cuja presença é indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, buscaremos fazer paralelo entre a necessidade de justa causa acima citada e o questionamento de qual seria sua medida no caso dos crimes de "lavagem" de bens ou dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional, dada a crescente consideração acerca da precisão dos esquemas que vêm sendo montados para sua prática e a busca do banimento da impunidade.

II. DO DIREITO À INTIMIDADE. MATRIZ E ABRANGÊNCIA.

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso X, veio estatuir como fundamental o direito à intimidade, a vida privada, a honra e à imagem das pessoas.

O bem jurídico tutelado revela-se, pois, como sendo o de resguardo à propagação, afora do ser individual que o detém, dos dados relativos a situações de sua vida pessoal, que, pela amplitude do preceito, podem ser as mais amplas e diversas. Basta para estar com seu conteúdo resguardado como dado somente de interesse e afeto ao indivíduo ser a situação pessoal, que diga respeito à vida privada, à intimidade, à honra ou à imagem da pessoa.

Não se discute, também, acerca de ser direcionado o direito suso citado tanto à seara da subjetividade de pessoa física ou jurídica, vez ser esta, também, propensa às agressões decorrentes da invasão à sua intimidade.

O direito à intimidade, previsto no inciso X, vem estatuído, pois, de forma genérica, dizendo respeito ao direito mesmo do indivíduo de possuir aquele arcabouço de dados relacionados a fatos ou atos que sejam de somente sua disposição.

Por sua vez, o inciso XII do mesmo artigo prevê o direito-garantia da inviolabilidade de dados, que, visto de ângulos diferentes, pode ser considerado como contido no genérico direito à intimidade, vez que somente garantia deste, ou, ainda, como dele complementar.

São justamente os dados, na acepção mais ampla da palavra, que configuram o arcabouço de informações acerca de uma situação. Como saber-se dela sem que da mesma se tenha dados? Desta feita, é mesmo através do acesso a dados de situações que se chega à individualidade e à intimidade do sujeito sobre o qual versam eles. Dados são, pois, o resguardo estrutural das informações acerca da intimidade do indivíduo.

O jurista Alexandre de Moraes¹ traz o tratamento dispensado ao direito à intimidade e ao direito à inviolabilidade de dados como sendo eles componentes de um direito mais amplo, qual seja o da privacidade, a qual, sendo regida pelas diretrizes do princípio da exclusividade citado por Tércio Ferraz², constitui o direito do indivíduo ao reconhecimento de tudo que lhe é exclusivo, sendo já assegurado que o mínimo deste consiste nas ocorrências que digam respeito com a identidade do indivíduo e que, por isso, sendo somente a ele interessantes, não podem ceder à publicidade que as expõe a análise social e, em consequência, a danos.

Passando-se da ontológica consideração de ser a inviolabilidade de dados elemento ou complemento do direito à intimidade e, assim, formação do amplo direito à privacidade, há de ser considerada a derrogação própria do texto constitucional trazida pela parte final do inciso XII, com a previsão de possibilidade de quebra de tal inviolabilidade de dados para fins de investigação criminal e instrução processual penal, nos casos previstos pela lei e com autorização judicial.

Com a adoção da regra da inviolabilidade de dados, pois, previu-se regra de eficácia limitada statuindo a possibilidade de adoção, pela lei infraconstitucional, de hipóteses em que tal direito seria derogado mediante ordem judicial.

¹ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, 2ª edição. Pág.67.

² Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*.

III. SIGILO BANCÁRIO. HIPÓTESES DE QUEBRA

Sendo os dados, como considerado, os elementos concretos acerca de informações da individualidade do sujeito, que dirá daqueles consistentes em informações acerca da situação financeira bancária e fiscal do indivíduo. São, pois, afetas ao resguardo e ao sigilo protegidos pela Constituição tais informações, que, como qualquer outra que diga com a intimidade do cidadão, estão a salvo do liberado e irrestrito acesso de outrem.

Outrossim, não se deixa de considerar estarem tais informações bancárias e fiscal também sujeitas à hipótese constitucional regulamentada de quebra do sigilo que constitucionalmente, também, lhe é assegurado. Ressalte-se, porém, que faz parte das determinações da hermenêutica de princípios constitucionais a consideração de que, quando aparentemente conflitantes, busque-se a coadunação dos mesmos, o que se faz mediante o estabelecimento de qual seja o verdadeiro princípio regra - no caso de análise de regras principiológicas - e a exceção.

É de ser considerado, assim, que em relação às regras em análise - a que assegura o direito à intimidade e o sigilo dos dados relativos a seu conteúdo (incisos X e XII, primeira parte, do art.5º da CF/88) e a que permite a quebra desse sigilo, ou seja, o ingresso na intimidade do indivíduo (inciso XII, segunda parte, do mesmo artigo) - a regra constitucional geral e primária é a primeira, qual seja a do direito do indivíduo à sua intimidade e ao sigilo de dados relativos à mesma, dentre eles o bancário e o fiscal. De outro lado, a norma autorizadora da quebra do aludido sigilo, ou seja, de conhecimento por outrem e sem autorização do indivíduo dos dados relativos a sua intimidade, é regra secundária e daquela derivada, sendo, pois, excepcional.

A quebra do sigilo da dados, como acima pincelado, depende de regulamentação de lei infraconstitucional, pois, a teor da determinação encarnada na previsão da medida pela Constituição, ressaltou-se que a violabilidade do sigilo dar-se-ia somente por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Em se tratando os dados de informações relativas à situação bancária do indivíduo, a norma constitucional de eficácia limitada relativa à possibilidade da quebra de seu sigilo já se encontra regulamentada. Entende-se, a respeito, pela recepção das disposições da Lei nº4.595/64, a qual, em face de vir, também, dispondo sobre o Sistema Financeiro Nacional, foi

recepção como lei complementar em face do art.192 da Constituição Federal de 1988 prever tal meio formal para veiculação das aludidas disposições.

A regulamentação, especificamente, da quebra do sigilo bancário, está prevista no art.38 da mesma norma, que, dentre alguns parágrafos, traz, além da hipótese de quebra por determinação de autoridade judicial ou Comissão Parlamentar de Inquérito (art.58, §3º, da CF/88), a hipótese de autorização por parte do Poder Legislativo, o que consiste em disposição normativa não recepcionada pela Carta Constitucional vigente.

O art.38 citado, em face das elencadas hipóteses e a forma de quebra do sigilo de dados bancários realmente cumpre a regulamentação do inciso XII em comento, pelo menos no que diz respeito às suas disposições.

Relativamente à pessoa legitimada à determinação da quebra, ressalte-se que, além da autoridade judicial já encartada no próprio preceito constitucional, temos como admitida a das CPI's, em face do art.58, §3º, da Carta e, ainda, conforme entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal, do Ministério Público Federal e Estadual, em face do que dispõe o art.129, inciso VI, da CF/88, regulamentado pelas disposições da LC nº75/93 (Ministério Público Federal) e Lei nº8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que estabelecem a impossibilidade de oposição de sigilo de dado ao *Parquet*.

O STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº21.729/DF (DJU 13.08.1993), manifestou-se no sentido de que a hipótese de determinação de quebra de sigilo ou, mais precisamente, livre acesso do Ministério Público a dados que, constitucionalmente, estão resguardados por sigilo, dá-se somente no caso de envolvimento de bem público, como, p. ex., verbas públicas, em face de não estar prevista tal hipótese no inciso XII do art.5º, que especificamente regula o direito à inviolabilidade de dados. A relativização que decorreu no entendimento supra veio da consideração de que a junção das disposições do art.129, VI, com as do art.37, que prevê a publicidade e impessoalidade da gestão e do negócio público, permitem o ingresso a dados, vez que, estando presente nos mesmos a coisa pública, devem estar revestidos, sim, da necessária publicidade.

Outrossim, também merece destaque o entendimento de que, envolvendo a situação dinheiro ou bem público, por exemplo, a possibilidade de acesso do Ministério Público a seus dados adviria da combinação do art.129, inciso VI, com o inciso XXXIII do próprio artigo 5º da Constituição Federal, que estatui o livre acesso às informações de interesse coletivo ou geral

em poder de órgãos públicos, como o são aquelas relativas a negócio que envolva bem público. Defende-se, nesse passo, que a possibilidade genérica, dentro dos limites da regulamentação infraconstitucional, de quebra de sigilo determinada por autoridade judicial ou CPI, está intimamente ligada à proteção individual da intimidade contida no inciso X do art.5º, razão pela qual não estaria ela restringida à natureza do bem objeto da informação, o que não ocorreria com o Ministério Público, vez que, em relação à presença de bem público, estaria o direito à intimidade relativizado pela publicidade determinada pelo inciso XXXIII prefalado.

Apesar de relativamente à quebra do sigilo de dados de posse das instituições financeiras estar já regulamentada pela Lei nº4.595/94, como acima exposto, não é demais assinalarmos sua previsão, também, agora na Lei nº9.613/98, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na mesma; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

A referida lei, formulada tendo por base o sistema de repressão de ilícitos de mesma natureza em outros países, mediante contatos do Ministro da Justiça Nelson Jobim com a legislação européia sobre o assunto, ao vir tipificando os crimes de lavagem como o ato de "ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime", sendo este o enquadrado nos tipos ou gênero de tipo penal descritos em seus incisos de I a VII, dentre eles os crimes contra o sistema financeiro nacional, veio estatuinto, também, a obrigatoriedade de prestação de informações por parte das entidades descritas em seu art.9º, entre elas instituições financeiras, mediante determinação judicial proveniente de deferimento de requerimento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF - criado pela lei (art.10, inciso III, Lei nº9.613/98).

Com a disposição supra, quis-se, agora, estabelecer as hipóteses de quebra de sigilo de dados relacionados com as atividades das entidades supracitadas (comercialização de jóias, empresas de arrendamento mercantil, bolsas de valores etc.) e seus clientes que possam configurar a prática de ilícito consubstanciado na prática do crime de "lavagem"³. Porém, *pari passu*, em razão de o crime de "lavagem" ser também considerado como proveniente da ocultação ou dissimulação da natureza de bem ou valor advindo da prática de crime contra o sistema financeiro nacional, reforçou-se, no corpo da norma, a hipótese de quebra do sigilo bancário, inovando-se somente na parte que prevê a legitimidade do conselho acima mencionado para requerê-la em juízo.

IV. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E JUSTA CAUSA.

As disposições acerca da possibilidade de determinação de quebra de sigilo bancário, são, pois, as acima elencadas. São disposições que, apesar de preverem tal hipótese, têm a infeliz adjetivação de serem limitadas por elas mesmas no uso de sua competência regulamentar da Constituição Federal. Pena serem elas meras tradutoras da previsão da possibilidade de determinação de quebra do sigilo bancário. Quisera terem as mesmas o condão de estancar toda a atribuição normativa de regulamentação que a Carta proclamara.

Ao contrário, como dito, as normas referidas acima vêm somente prevendo a possibilidade da conduta do Poder Judiciário e das CPI's (além da hipótese de acesso a dados por parte do Ministério Público, acima mencionada, que não está contida nem na Lei nº4.595/64 nem na de nº9.613/98) de determinação da quebra do sigilo, sem mais especificações acerca das hipóteses ou forma de quebra, sendo que, muitas vezes, esta fica ao talante da forma determinada pela autoridade que a determina na realização das diligências práticas.

A respeito, vejamos a redação do art.38, §1º, da lei nº4.595/64:

"§1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma."

Outrossim, não tece maiores considerações quanto à medida da quebra a Lei nº9.613/98, se não vejamos:

"Art.10. As pessoas referidas no art.9º:

³ A busca de inserção da norma de medidas amplas de busca de repressão do ilícito de lavagem em relação a bens diversos, que não apenas valores, decorre de observação, nos contatos com o sistema de países da Europa, de que a fiscalização não poderia ser imprimida somente às instituições financeiras, vez que os referidos países, que adotaram legislação nesse sentido há algum tempo, observaram que a "lavagem" de dinheiro pode ser feita por outros meios, além do setor bancário, inclusive através de sua prévia aplicação na aquisição de bens, que, revestindo-se dessa forma, não mais passam pelos negócios firmados em instituições financeiras.

III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça."

Parece até, caso limitemos nosso entendimento à amplitude de generalidade dos preceitos supra, estarem eles, no que pertine à decretação da quebra do sigilo, imunes a quaisquer requisitos outros, que não aqueles constitucionais formais acerca da quebra do sigilo. Porém, a conduta nesse sentido envolve a consideração de premissa ainda mais relevante do que a importância da exceção constitucional ao sigilo, ora analisada.

Com efeito, a medida de determinação de quebra de sigilo bancário pressupõe o cumprimento de quesito de natureza material decorrente justamente de ser ela excepcional. A intenção do legislador constituinte não foi a de simples coadunação da simultânea existência da regra da inviolabilidade de dados e da formal quebra de sigilo dos mesmos em determinadas hipóteses. O que o ordenamento proclama, sim, é a regra suprema do direito à referida inviolabilidade que, diante de causas justificáveis, pode ser afastada pela adoção da medida excepcionalíssima de quebra de sigilo de dados.

As regras legislativas acerca da excepcionalização de direitos fundamentais, editadas por permissão constitucional, precisam, pois, observar o limite da adequação social e os princípios da proporcionalidade ou da intervenção mínima do Direito Penal. Nesse passo, o professor Antônio Magalhães Gomes Filho, citado pelo também professor e magistrado federal Agapito Machado⁴, comentando a respeito da quebra de sigilo em relação às comunicações telefônicas, pronunciou-se: "No Estado de direito democrático as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na própria Lei maior, devem atender ao princípio da proporcionalidade ou da justa medida. Como doutrina Canotilho, uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos.(...) É que, longe de atender à natureza excepcional da previsão contida na parte final do art.5º, inciso XII, da CF, a nova lei conferiu-lhe amplitude suficiente para propiciar o virtual aniquilamento do direito à intimidade, assegurado pela cláusula constitucional. Com isso, torna-se cada vez mais evidente a distância entre o modelo grantista de processo penal esboçado pelo constituinte e a realidade legislativa."

⁴ Reformas no Direito Processual Penal. In Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Vol. 1, nº3, Pág.126.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, inclusive seu Plenário, no controle jurisdicional das medidas judiciais de determinação de quebra de sigilo, providas elas que sejam de órgãos jurisdicionais ou de CPI, já deixou claro o necessário requisito da "justa causa" para adoção das mesmas. Nesse sentido, merece transcrição parte da decisão onde concedeu-se segurança em razão de considerar-se inexistente qualquer motivação da medida de determinação de quebra por parte de CPI; vejamos:

MS-23452/RJ, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Plenário. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal.

MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM CONSTANTE DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO.

Tratando-se de motivação per relationem, impõe-se à Comissão Parlamentar de Inquérito - quando esta faz remissão a elementos de fundamentação existentes aliunde ou constantes de outra peça - demonstrar a efetiva existência do documento consubstanciador da exposição das razões de fato e de direito que justificariam o ato decisório praticado, em ordem a propiciar, não apenas o conhecimento do que se contém no relato expositivo, mas, sobretudo, para viabilizar o controle jurisdicional da decisão adotada pela CPI. É que tais fundamentos - considerada a remissão a eles feita - passam a incorporar-se ao próprio ato decisório ou deliberativo que a eles se reportou."

Dessa forma, em face de ser a medida de quebra excepcional, necessita ela de justa causa para sua decretação. Não que a referida causa seja simplesmente a fundamentação necessária da medida judicial que a determine em relação às normas que autorizam e prevêm genericamente a diligência, como o são as ora comentadas.

A motivação necessária às decisões que determinem a quebra do sigilo bancário, como de qualquer outro, além das acima citadas (vez que a medida somente pode ser decretada enquanto prevista e regulamentada pela norma constitucional), são justamente as que digam respeito a ser, na situação em concreto examinada, justificável a excepcionalização (o afastamento, a derrogação ou a aplicação de limitação) do direito à intimidade em face de valores outros da sociedade e do interesse público que sejam relevantes o bastante, e desde que demonstrados.

Caso contrário, toda e qualquer medida requerida de quebra de sigilo poderia ser decretada, vez que se consideraria suficiente a indicação, na decisão, dos dispositivos que prevêm a decretação da mesma. Dessa forma, toda a sociedade, indiscriminadamente, estaria sujeita à violação de sua privacidade que, desde a origem de sua determinação, independentemente de realmente existir ilícito praticado por este ou aquele indivíduo, já estaria acoimada pelo vício da ilicitude de prova, tendo em vista a leviandade decorrente da não análise específica do caso relacionado.

As observações acerca do princípio da proporcionalidade

determinado ao legislador na fabricação das medidas regulamentadoras da excepcionalização permitida dos direitos fundamentais, na análise em espécie, transfere-se na pessoa do aplicador do direito em determinação de obrigação de cumprimento da combinação existente entre o princípio do direito à intimidade (prévio, originário e genérico) e o princípio da presunção do estado de inocência, também direcionado, além de sua forte influência na decretação das medidas cautelares de privação da liberdade, às medidas determinadoras de provas que, para serem obtidas, necessitam do ingresso em esferas outras do indivíduo além da liberdade, p. ex., na intimidade que, sendo banalizada, fragiliza, de modo considerável, aquela outra.

É por tais razões que se coloca a celeuma da necessidade de justa causa e o sistema normativo acerca da quebra do sigilo. É que, já partindo-se da indiscutível necessidade de justa causa material para que a mesma seja decretada, as normas que a regulamentam, como acima já frisado, nada dizem a respeito do que seja a referida justa causa.

A legislação regulamentadora da interceptação telefônica, Lei nº 29.296/96, expressamente vem trazendo, em seu art. 2º, os casos em que a medida respectiva não pode ser deferida. Além dos incisos II e III, de natureza mais formal, estabeleceu-se norma relativa à justa causa material como requisito da medida, qual seja a não admissão de interceptação quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, ou seja, quando não haja a presença de fatores que, sendo também necessários à relativização, através de medidas processuais, do princípio da presunção do estado de inocência, servem-se, em decorrência disso, para também justificarem a adoção de medida refletora da relativização de um princípio constitucional fundamental.

Por sua vez, no que pertine às normas de quebra de sigilo bancário, a lei não traz o que se deva considerar como justa causa. Prevê a hipótese de requerimento e decretação da medida, a obrigatoriedade de processar-se em sigilo e não mais considerações.

O problema não é somente afeto à legislação brasileira. Registrando o mesmo fato em relação às legislações alemã e italiana, Antônio Magalhães Gomes Filho, na mesma citação feita pelo professor e magistrado federal Agapito Machado⁵, salienta a existência de critérios variantes que vem sendo tomados como estabelecadores de destino à verificação de se configurar a justa causa no caso em análise, dentre eles a gravidade de certos delitos ou a forma particular de execução que impeça a existência de outro meio de colher a prova.

Creemos que na análise do pleito acerca da quebra do sigilo bancário deve-se, de certo, atentar para a necessidade de demonstração da existência ou inexistência da justa causa que a determine. Primeiro tendo-se em conta a necessária demonstração do por que adotar-se excepcional medida, frente aos princípios originários do direito à privacidade e da presunção do estado de inocência. Segundo, pelo lado formal da conduta, em face da necessária motivação das decisões judiciais e tomadas pela CPI's, a teor do que preceitua o art.93, inciso IX, da Constituição Federal.

Acerca dos critérios determinadores do que seja a justa causa, embora melhor fosse sua indicação pelas leis que regulamentam a medida citada, mesmo que genericamente e até para o mais acessível controle das decisões, cremos que a análise irá esbarrar na necessidade de exame desse ou daquele critério conforme a especificidades do ilícito que envolva.

Inicialmente, consideramos que, genericamente, a intromissão na privacidade do indivíduo tenha que ser plausível, como já dito. E tal plausibilidade não entendemos como estar presente caso inexistam elementos que demonstrem a existência de indícios da ocorrência de ilícito relativo à prova que se pretende colher. É partindo-se dessa premissa básica - existência de indício de ilícito - que entendemos residir a possibilidade de êxito positivo da análise do pleito de quebra.

O fato é que existindo indício de ilícito demonstrado relativiza-se o princípio da presunção do estado de inocência e, frente ao interesse público e princípios de pacificação social pela busca da erradicação da impunidade, permite-se a concretização da relativização, também, do princípio do direito à privacidade/intimidade através de medidas invasoras de dados a ela relativos.

Outrossim, partindo-se já da existência do indício de ilícito, outros critérios devem ser considerados, quais sejam a impossibilidade de colher-se a prova indispensável por outro meio (seja pela natureza do crime ou forma de execução); a gravidade da suposta conduta ilícita; e a urgência preclusiva do colhimento da prova.

⁵ Artigo citado, Pág.127.

V. A JUSTA CAUSA DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO NOS CRIMES DE LAVAGEM E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. BREVES CONSIDERAÇÕES.

Embora se tenha tratado, mesmo que por premissas que entendemos básicas, acerca da necessidade de demonstração de justa causa na medida que decreta a quebra do sigilo bancário, e mesmo já tendo sido assinalado acerca de ser curial a adequação da análise dos critérios determinadores da verificação de existência de justa causa de acordo com o fato em concreto que se examine, vislumbramos a indispensabilidade das considerações sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional e o crime de lavagem⁶.

A tipificação dos delitos acima citados, notadamente os crimes contra o sistema financeiro nacional (pode-se afirmar com mais veemência em face do lapso de tempo da edição da lei), embora tenha sido medida indispensável como meio de busca de regulação - no sentido de moralização - do Sistema Financeiro Nacional, não contavam com as dificuldades de eficácia e aplicação decorrentes da astúcia que envolve a prática dos delitos respectivos. É, hoje, quase característica de tais tipos penais a marca da perda da identificação da cadeia de execução pelo registro de condutas simultâneas ou sucessivas, além de contar os mesmos, em sua grande parte, com o pretensamente sustentável erro sobre a ilicitude dos fatos ou mesmo a aceitável ignorância de ser o fato, como praticado, ilícito, providos da participação de indivíduos que já foram cognominados de "laranjas", comumente necessários à prática do fato (*é justamente a referida ignorância ou aparente inocência de intenções que é buscada em indivíduos, para assim serem "usados" e de forma que, aparentemente sendo os principais beneficiários da conduta ilícita sejam, numa primeira análise, os considerados como autores da mesma. Outrossim, caso obtenha êxito a empreitada ilícita, seja pela ignorância total ou pela satisfeita por uma recompensa pela participação, tais indivíduos não vêm a imputar como seu, todo o resultado da operação, embora formalmente lhe pareça de "direito"*).

O fato é que a par da existência dessas condutas "ocultas", verificou-se estarem elas, na quase totalidade das vezes, encobertas pelo resguardo ao sigilo de dados constitucionalmente assegurado em vários países. *Pari passu*, passou-se a se verificar a evolução da legislação no sentido da relativização do direito respectivo - direito à privacidade/intimidade - assim como aconteceu com a legislação brasileira, através da previsão da quebra.

⁶ Leis nºs.7.492/86 e 9.613/98, respectivamente.

No caso dos Estados Unidos, o governo federal, buscando alargar os campos da adoção de medidas no sentido supracitado, ofereceu pressão ao paraíso fiscal de Cayman, tendo sido com o mesmo assinado acordo em 1984 suspendendo o sigilo bancário sempre que apresentados indícios de envolvimento com o tráfico de drogas. Em 1986 novo acordo foi firmado com os Estados Unidos prevendo a facilitação do exame de contas bancárias de pessoas implicadas em fraude, suborno, uso de informação privilegiada e outros crimes do tipo⁷.

As medidas com o fim de impedirem a perpetração da impunidade, em face das condutas de difícil acesso acima citadas, vêm variando entre imaturos e bem intencionados sistemas de controle preventivo, a exemplo da criação do COAF, sistema acima mencionado, pela Lei nº 9.613/98⁸, que funcionam através da troca de informações entre repartições públicas, como o Banco Central, e as instituições financeiras; e medidas repressivas, que são justamente as relativas à quebra do sigilo.

Como em qualquer outro crime, conforme acima assinalado, está-se diante, para a decretação da medida de quebra, sujeito à análise de verificação de existência de requisitos formais e materiais, sendo estes os consistentes na formação da justa causa necessária. Citamos como sendo requisito genérico e básico a análise de demonstração de indício de ilícito penal para que seja decretada a quebra.

Porém, questionamo-nos acerca de, no que pertine aos crimes contra o SFN, precisar ou não a justa causa acima citada, ganhar novas nuances. É que nos crimes aludidos e notadamente quando sua prática se configura de relevante gravidade, em face de envolver vultosas quantias ou valores em bens, vem se notando a constante de situações "aparentes" ou "esquisitas", onde já nos espantamos diante da interrogação, p. ex., acerca de como ser possível uma pequena empresa de prestação de serviços haver efetuado remessa de divisas ao exterior representadas por soma em dinheiro elevada e totalmente incompatível com seus capital e porte.

Basicamente, em razão de toda essa maneira de exteriorização de condutas no mundo dos fatos, deixando-se encoberta justamente a nota que as acoberta de ilícitas, é que se coloca a dificuldade de punição dos sujeitos envolvidos na prática delituosa respectiva. No caso do crime de "lavagem"

⁷ "As ilhas Cayman, antigo esconderijo de piratas, viraram reduto do turismo e do dinheiro. Artigo publicado na revista *Veja* de 10.04.1996, Págs. 82/87.

⁸ Sistema criado aos moldes do FINCEN - Financial Crimes Enforcement Network - repartição americana com finalidades similares.

decorrente da remessa de dinheiro ao exterior sem a devida autorização, em resumo simplificado da teia que circunda o delito, o mesmo pode ser configurado justamente com a remessa do dinheiro, que se faz através de operações bancárias de transferência. Como, pois, ter-se indício prévio de um crime como este, quando o acesso a qualquer indício a ele relativo já se revestiria do necessário uso de dados relativos à privacidade do(s) titular(es) da(s) conta(s) bancária(s) por meio da(s) quais é perpetrado o ilícito?. Dessa feita, como se poderá obter a quebra do sigilo bancário caso a mesma tenha por pressuposto, indício de crime se o próprio indício somente poderia ser visualizado por meio da referida quebra?

É nesse diapasão, pois, que nos vêm como relevantes as situações aparentes acima descritas, ou seja, aquelas situações que, por si, não revelam indícios de crime no modo como são apresentadas à sociedade, mas que carregam conteúdo de ausência de razão nos dados que a compõe, fazendo-se cogitar da existência de ilícito. Por sua vez, o indícios de ilícito existente em tais situações, por conta de genericamente estarem protegidas constitucionalmente pelo sigilo, somente podem ser adquiridos através de sua quebra, que, para ser decretada, no comum já se exige a demonstração de indício de ilícito prévio.

Creemos que, nessa ordem, comprovada a existência de situações com as aparências acima citadas, instaura-se a crise do risco da impunidade decorrente da impossibilidade de quebra do sigilo em face da ausência de prévio e comprovado indício de crime.

Os elementos a serem tomados como abrandamento da exigência acima citada, em relação à necessidade de indício para a quebra (a exemplo do considerado acima a respeito da necessidade de adequação da análise a cada caso), cremos que serão, caso existam, os que a jurisprudência irá demonstrar. Critérios como a estranheza de situações em que se aponte a existência de ilícito somados à impossibilidade de busca da prova por outro meio e à sua urgência poderão tomar espaço como fundamentadores das determinações de quebra. Porém, ainda será preciso à jurisprudência, ante a inércia da lei, buscar demonstrar em que medida tais critérios, aliados ao interesse público supremo de pacificação social - perpetrado, também, através de medidas de combate à impunidade - são suficientes para deixar irrelevante a existência de indício prévio para a decretação da quebra do sigilo bancário.

Dessa forma, estará sendo buscada, mais uma vez, a evolução das medidas de relativização do direito à privacidade dos indivíduos, as quais vão se tornando mais especializadas, necessárias e afoitas diante dos

estratagemas que se vêm descobrindo com o fim de praticar-se o ilícito, tão presentes nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e nos de "lavagem". Deve-se buscar, porém, dosagens no enlanguescimento de tais medidas, a fim de que, com a irrestrita invasão não permitida de sua intimidade, não pague o cidadão inocente pelas astúcias dos criminosos.

IV. CONCLUSÃO

Buscamos demonstrar, neste sucinto trabalho, acerca da importância e da amplitude do direito constitucional à intimidade, em razão somente de assim estar encartado no ordenamento jurídico pátrio e, também, ser o pressuposto de efetividade de direitos outros garantidos constitucionalmente, como o da liberdade, o da propriedade etc.

Outrossim, em face da inexistência e da prejudicialidade de considerações sobre ser absoluto qualquer direito, ressalta-se a importância, para a pacificação social mediante a repressão a atividades criminosas, das medidas de quebra de sigilo, posicionadas como exceções ao direito acima referido e que, por serem exceções, necessitam de um motivo para serem adotadas - a justa causa.

Creemos, como exposto, que deve basear-se a justa causa, primeiramente, na existência de indício de ilícito previamente configurado, em face das determinações decorrentes do direito à intimidade e do princípio da presunção do estado de inocência. Por outro lado, relativamente à dimensão da justa causa, não negamos a necessidade de sua evolução frente aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e os crimes de "lavagem", vez serem afetadas a eles a conduta dos criminosos mediante a utilização justamente dos meios acobertados pelo direito ao sigilo de dados.

Dessa forma, urge, frente à necessária busca da repressão à impunidade (básica à premente e indispensável finalidade de pacificação social como dever do Estado) e ao "basta!" que se escuta da sociedade, a melhor análise e reformulação de critérios que permitam mesmo o acesso a dados, quando não estejam prontos indícios de crime, mas, sim, estejam configuradas situações de elevada suspeita de sua existência e a ela estejam aliados requisitos outros, tudo sempre tendo em consideração do risco de condenação do inocente à entrega irrestrita de seu direito à intimidade em decorrência da ação de criminosos.

Atribuímos o labor acima citado, com o silêncio da lei a respeito, à ação da jurisprudência pátria, que, com o auxílio dos brilhantes juristas que a compõem, com certeza lembrarão do dever de baterem com a preciosa questão existente entre a dimensão do direito constitucional à intimidade e os limites e requisitos das medidas que o excepcionalizam na busca da repressão ao crime.

**DA POSSIBILIDADE E IMPORTÂNCIA DE
ELABORAÇÃO PELOS MUNICÍPIOS DE
SUAS RESPECTIVAS LEIS DE
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO**

CLARISSA SAMPAIO SILVA

Advogada da União

Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

A edição, de há muito esperada, da Lei Federal no 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal vem reforçando o debate acerca da importância de uma visão processual da atividade administrativa, ao mesmo tempo em que, não sendo aplicável aos Estados e Municípios, por razões de autonomia legislativa de tais entidades federadas, suscita a necessidade de que elas também elaborem, com base na principiologia constitucional, suas próprias regras procedimentais, tal como o fez o Estado de São Paulo com a edição da Lei nº 10.177/98.

**1. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO:
A REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER NA ESFERA
ADMINISTRATIVA**

Os doutrinadores pátrios de Direito Administrativo vêm atualmente voltando atenção para uma figura por muito tempo negligenciada: o procedimento administrativo.

Com efeito, a atuação administrativa é tradicionalmente analisada apenas sob o aspecto de seu resultado final, como o ato e o contrato administrativo, desprezando-se o "iter" de formação, sempre existente, das decisões estatais, ou seja, a série concatenada de atos intermediários que

levam a uma decisão final, o procedimento administrativo.

Os caminhos que o administrador seguiu para adotar uma determinada medida e não outra, aparecem, dentro de uma concepção clássica como desprovidos de maior interesse, referindo-se inclusive Hely Lopes Meireles a eles como atos de "operatividade caseira."

Entretanto, atualmente já não mais se aceita que as decisões do Poder Público surjam do nada, sem que tenha havido qualquer atividade administrativa a dar-lhe sustentação. Isto é, antes do ato definitivo é preciso que se tenham sucedido, inevitavelmente, uma série de etapas e providências, sem as quais o resultado final não seria galgado.

Daí a importância, destacada por Vasco Manuel Dias Pereira da Silva, ilustre autor português "da necessidade de se olhar para a atuação administrativa na sua integralidade, considerando o seu desenvolvimento progressivo ao longo do tempo, tal como ela se manifesta no procedimento, não bastando assim o momento final e estático do ato."¹

O fenômeno do procedimento, entendido como uma série concatenada de atos intermediários que levam a um ato final, por sua vez, sempre esteve ligado ao exercício da função jurisdicional, sendo que a partir da década de vinte, pelos administrativistas, e a partir da década de quarenta pelos processualistas, passou a ser compreendido como instrumento de exercício de poder, estando presente nas três funções estatais e gerando as respectivas manifestações típicas de cada uma delas: a lei, a sentença e o ato administrativo.

Regulando pois o procedimento a forma de exercício do poder, não seria possível admitir que a atuação administrativa poderia dele ficar imune. Observe-se adotar-se no presente trabalho a expressão procedimento administrativo, ao invés de processo, por ser a expressão preferida pela maioria dos autores de Direito Administrativo, de modo a diferenciá-lo do processo judicial. De fato, consoante esclarece Germana de Oliveira Moraes:

"as noções de processo e procedimento aplicam-se a todas as funções do Estado, embora sejam de referência mais corrente no exercício da função jurisdicional. Prefere-se assim reservar a esta última a terminologia processo judicial, já consagrada

¹ SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira. *Em Busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p.305.

e adotar as expressões procedimento administrativo e procedimento legislativo nos desempenhos funcionais da Administração Pública e do Poder Legislativo."²

A figura do procedimento administrativo assume importância ainda maior em toda e qualquer situação onde haja contraposição de interesses entre particulares e a Administração, tendo em vista que a própria Constituição Federal indica o caminho mediante o qual toda situação conflituosa deve ser resolvida: a via processual, ou procedimental³, nos termos de seu art.5. LV "aos litigantes em processo judicial ou administrativo serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes."

Desempenha o procedimento administrativo a dupla função de defesa do particular perante o Estado, uma vez que, no caso de medidas restritivas de direitos, terá ele oportunidade de se insurgir antes da implementação delas, e de legitimação da atuação estatal, por restar assegurada a participação do administrado na formação da vontade da Administração.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, o procedimento administrativo, funcionando como regulação do exercício das prerrogativas públicas e direitos subjetivos e liberdades públicas proporciona uma interação entre Cidadania e Administração, da qual pode-se destacar os seguintes pontos: a) participação individual e coletiva dos interessados, titulares de situações subjetivas, na preparação da vontade administrativa; b) proteção ampla dos administrados mediante vários instrumentos processuais, como petições, recursos, reclamações e outros meios de impugnação; c) colaboração do administrado na preparação e execução da vontade administrativa mesmo nas hipóteses em que este não seja litigante; d) execução eficaz da atividade administrativa, que reclama pautas de racionalização, operatividade, ordenação, probidade e moralidade; e) sistematização, simplificação dos meios consagrados para a defesa da autoridade, com presunção de legitimidade, autoexecutoriedade; f) judicialização da Administração Pública, que ocorre por meio da submissão das partes, Administração e Administrado às regras de Direito que garantam a regularidade e a racionalidade do poder estatal e do dever do particular⁴.

² MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética 1998. p.23

³ Cumpre não confundir via processual com via judicial, pelas multifuncionadas razões.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 207, p. 39-78, jan./mar. 1997.

Existem diversos tipos de procedimentos administrativos, classificados de acordo com a medida a ser tomada, se restritiva de direitos ou ampliativas. No primeiro caso, cite-se os disciplinares, os que cancelam algum benefício ou vantagem do administrado. No segundo, aqueles cujo resultado final irá conferir algum direito ou vantagem ao administrado, como concessões, permissões, dentre os quais elenca também Celso Antônio Bandeira de Mello os "concorrenciais", como licitações, concursos para provimento de cargo público ou promoção.⁵

Procedimentos disciplinares são, via de regra, contemplados pelos Estatutos dos Servidores Públicos dos Estados e Municípios. A ausência de regulação é detectada no tocante à normas gerais que sejam aplicáveis demais procedimentos restritivos e aos ampliativos de direitos, acarretando assim impossibilidade de previsão do comportamento do administrador, e da efetiva tutela dos direitos dos administrados.

No âmbito da elaboração legislativa da União, a Lei 8112/90 em seus arts.143 a 182 disciplina o procedimento administrativo sancionatório de seus servidores; a Lei 8666/93 disciplina as várias etapas e modalidades de procedimento licitatório, aplicáveis, por força do art.22, inciso XXVII da Constituição Federal a Estados e Municípios, tratando-se portanto de Lei Nacional; o Decreto no. 70.235/72 regula o processo administrativo fiscal perante a Receita Federal.

Além destas legislações específicas, aos 29.01.99 foi editada a Lei 9784, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, funcionando como verdadeira "lei geral" de procedimento administrativo, constituindo, nas palavras de Carlos Ari Sunfeld:

"Um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem à Administração, suas defesas, impugnações, recursos, e mais amplamente, peticionem com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas, e daí por diante."⁶

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.359.

⁶ SUNFELD, Carlos Ari. *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000 p.18.

2 DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

Explicitada a importância das leis reguladoras do procedimento administrativo, analisa-se agora a possibilidade de os Municípios elaborarem suas próprias leis de procedimento, mais especificamente, uma lei de caráter geral disciplinadora da conduta administrativa.

Em primeiro lugar, cumpre de logo afastar a aplicação aos Municípios da Lei 9784/99. Trata-se de norma federal, e não de norma nacional, portanto cogente apenas para a Administração Pública Federal Direta e Indireta, consoante, aliás, enunciado pela própria lei em seu art. 1º: "Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, visando, e especial à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor desempenho dos fins da Administração."

Por outro lado, a competência da União para legislar em matéria administrativa está definida na própria Constituição de maneira expressa no art.22,⁷ de modo que, as demais questões que não sejam de competência legislativa privativa de tal entidade são de atribuição dos Estados, em razão ora de seus poderes remanescentes (CF, art.25§ 2º), ora de sua competência concorrente (CF, art.24) e dos Municípios.

No tocante aos Municípios, suas competências legislativas são disciplinadas pelo art.30 da Constituição Federal, abrangendo a legislação sobre assuntos de interesse local (inciso I) e a suplementação da legislação federal e estadual, quando couber.

Por interesse local deve-se compreender, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"aqueles que se encartam apenas na órbita própria das circunscrições menores e em quaisquer delas, indistintamente, por dizerem respeito a assuntos tipologicamente concernentes ao menor dos âmbitos geográficos em que se repartem as competências normativas. Bem, por isso, são pertinentes a todo e

⁷ Entre as matérias de Direito Administrativo cuja competência legislativa é privativa da União tem-se: desapropriação (inciso II), requisições civis e militares(inciso III), normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades (inciso XXVII)

qualquer Município, já que atinam a uma categoria de interesses que é, em sua generalidade, de interesse local.⁸

Já no tocante à competência supletiva municipal, pressupõe essa a existência de legislação federal ou estadual que necessite ser complementada para atender às necessidades de determinado Município, sem, obviamente, contrariar as normas elaboradas pelas demais entidades federadas, sendo essa a interpretação que deve ser atribuída à expressão "no que couber" constante do art.30, II da Constituição Federal.

A legislação sobre procedimento administrativo, não se inserindo, conforme visto, nas competências privativas da União sobre Direito Administrativo, pode perfeitamente ser exercida pelos Municípios dentro da moldura estabelecida pelo art.30, I da Constituição Federal, ou seja legislação sobre interesse local.

Constitui, de fato, questão que interessa diretamente à Administração Municipal e aos munícipes o disciplinamento de suas relações e o condicionamento do exercício do poder. Por sua vez, tal matéria constitui interesse de todos os Municípios, não se cogitando ainda de suplementação de legislação federal ou estadual, que sequer seriam aplicáveis a essas entidades.

3. POSSÍVEL CONTEÚDO DA LEI MUNICIPAL INSTITUIDORA DE SEU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Situada a legislação municipal sobre procedimento administrativo no art. 30, I da CF, resta analisar seu possível conteúdo.

Regularia tal Lei o exercício da função administrativa contemplando o encaminhamento e processamento dos pleitos dos administrados perante a Administração, as impugnações dos atos administrativos, as regras processuais para resolução das controvérsias, a definição dos direitos e deveres dos administrados, o sistema recursal com

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal, in: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.), *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.277.

seus prazos e efeitos, as competências dos órgão administrativos, os prazos para pronunciamento dos agentes públicos municipais sobre as questões que lhes forem submetidas.

Poderia ainda tal legislação disciplinar, assim como o faz a Lei 9784/99, a invalidação, revogação e convalidação dos atos administrativos, estabelecendo as condições dentro das quais as formas de desfazimento e recomposição dos atos administrativos devam ser feitas.

Nada obstante a autonomia municipal, referidas legislações não poderão apartar-se da principiologia constitucional, das normas gerais sobre Administração Pública contidas nos art.37 a 41 da CF e dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o procedimento administrativo municipal, necessariamente há de pautar-se pelos princípios do art.37 da Constituição Federal, ou seja, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, pelos princípios constitucionais implícitos, como a razoabilidade e a proporcionalidade, não podendo ainda olvidar a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos.(CF, art.93, X).

4 CONCLUSÃO

A elaboração pelos Municípios de suas respectivas leis de procedimento administrativo, inserida na competência outorgada pela CF em seu art.30, I sem dúvidas representa significativo avanço nas relações entre o Poder Público e os munícipes, por ensejar atuação administrativa participativa, como aliás reclama o art. 37 § 3º da Carta Política, e por servir de importante instrumento de proteção dos direitos dos administrados e de controle do próprio exercício das prerrogativas públicas, podendo arbitrios e caprichos.

5 BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.

DROMI, José Roberto. *El Procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal, in: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

SILVA, Vasco Manuel Dias Pereira. *Em Busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

GLÊDISON MARQUES FERNANDES
Advogado da União (AGU) em Recife/PE

I. INTRODUÇÃO

A Constituição do Estado é considerada sua lei fundamental, por isso ela deve conter normas relativas à organização do Estado, deve estabelecer critérios e limites ao exercício do Poder Público e ainda deve proteger os direitos fundamentais do ser humano.

Dizer que a Constituição é a lei fundamental de um Estado, tem o sentido de dizer que a Constituição exerce a supremacia dentro do escalonamento do sistema normativo.

É na Constituição, que as espécies normativas encontram o modo de sua elaboração e têm delineado seu conteúdo, ou seja, a Constituição traz expressa a maneira como as espécies normativas devem ser elaboradas e ainda dispõe que seu conteúdo deve estar de acordo com as normas constitucionais.

Se uma espécie normativa ingressa no mundo jurídico sem obedecer ao modo de elaboração disposto na Constituição ou, ainda, tendo conteúdo em desconformidade com alguma norma constitucional, então abre-se espaço para que esta norma seja submetida ao controle de constitucionalidade, que tem como objetivo a retirada daquela norma do ordenamento jurídico.

A existência do controle de constitucionalidade pressupõe a existência da rigidez constitucional, pois somente com uma constituição rígida é que se pode falar em superioridade da norma constitucional em relação às demais espécies normativas.

II. ÓRGÃOS DE CONTROLE

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido predominantemente pelo Poder Judiciário.

Existem dois critérios de controle de constitucionalidade, a saber:

- a) Controle difuso: é o controle exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário;
- b) Controle concentrado: é o controle exercido privativamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal reza, *in verbis*:

"Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

A leitura do texto acima deixa claro que ao Senado Federal foi delegada competência para realizar uma espécie de controle de constitucionalidade, pois o citado artigo lhe faculta decretar a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Deve ser salientado que esta decisão definitiva do STF é obtida por meio de controle difuso.

III. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 102, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

"Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;" (...)

Como visto acima, no Brasil foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a ADIn, mas nem todas as pessoas têm legitimidade para propô-la.

O artigo 103 da Magna Carta especifica as pessoas que podem propor uma ADIn, senão vejamos:

"Art. 103 - Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."

A finalidade da ADIn é obter um pronunciamento do STF acerca da compatibilidade ou não da espécie normativa questionada com a Constituição Federal.

Novidade introduzida pela Constituição de 1988 é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no § 2º do artigo 103, nestes termos:

"§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

Conforme decorre da leitura do texto, a ADIn por omissão tem a finalidade de compelir o Poder omisso a tomar as medidas necessárias para tornar efetiva norma constitucional.

IV. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, incorporou ao texto da Constituição Federal a novidade consistente na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Vejamos os textos constitucionais que tratam da matéria:

*"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)*

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

"Art. 103. (omissis)

§ 4.º Ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

A Ação Declaratória de Constitucionalidade tem por finalidade aferir se uma lei ou um ato normativo federal está de acordo com a Constituição Federal.

Como visto acima, a competência para processar e julgar a ação sob foco é do Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.869, de 10 de novembro de 1999, veio regulamentar o processo e o julgamento da ADIn e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal.

O primeiro aspecto a chamar a atenção é o fato de que o rol de legitimados a propor ADC foi substancialmente diminuído. Para comprovar esta afirmativa, basta que se faça um confronto entre os legitimados para

propor a ADIn (art. 103, incisos I ao IX) e os legitimados para propor ADC (art. 103, § 4º).

Não nos parece seja essa uma boa política, pois toda a sociedade tem interesse na aferição da constitucionalidade de uma norma.

O rol dos legitimados poderia ser pelo menos igual ao do artigo 103, incisos I ao IX da Constituição Federal.

O processo da ADC é de cunho eminentemente objetivo, tanto que o artigo 16 da Lei nº 9.868/99 dispõe que "proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência." E o artigo 18 veda a intervenção de terceiros. Donde se conclui que o interesse neste tipo de ação é de toda a sociedade e não de pessoas ou grupo de pessoas específicas.

Dispõe o artigo 14, inciso III da referida lei:

"Art. 14. A petição inicial indicará:

(omissis)

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória."

O legislador não deixou ao livre arbítrio dos legitimados a decisão sobre a oportunidade e conveniência de propor a ADC. A lei exige que haja uma controvérsia judicial e que essa controvérsia seja relevante para que se possa interpor uma ADC.

A prova de que existe controvérsia sobre a constitucionalidade do ato normativo questionado deve ser documental e deve acompanhar a petição inicial, sob pena de indeferimento liminar da mesma (art. 15 de Lei nº 9.868/99).

Em sede de ADC, por expressa disposição legal, o Supremo Tribunal Federal pode deferir pedido de medida cautelar a qual consiste na determinação aos Juízes e Tribunais para suspenderem o julgamento dos processos relacionados com a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ADC até seu julgamento definitivo.

Uma vez concedida a cautelar, o STF terá um prazo de 180 dias para julgar a ação, sob pena de perda da sua eficácia.

A decisão do STF que declara a constitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de ADC é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios e não pode se objeto de ação rescisória.

A declaração de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Um aspecto interessante que merece ser destacado é o fato de uma decisão do STF que declara a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ter um caráter de imutabilidade.

Esclarecendo melhor, uma vez declarada a constitucionalidade em sede de ADC, aquela lei ou ato normativo objeto da ação deverão ser tidos por constitucionais para sempre ou até que impere uma nova ordem constitucional.

Não me parece acertado que assim deva ser, pois o entendimento dos Juízes e dos Tribunais, inclusive o do STF, sobre determinado assunto pode mudar à medida que mudam as relações sociais. O que ontem era considerado crime, hoje pode ser tido como uma conduta perfeitamente normal.

Uma decisão do STF no sentido de declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo não deve permanecer inalterada *ad perpetuam*, sob pena de aquela lei ou ato normativo estar sob o pálio da coisa julgada, sem a menor oportunidade de o STF rever sua posição, enquanto a sociedade está em constante mutação.

Não estou aqui defendendo a idéia de que o STF ou qualquer outro Tribunal deve estar obrigado a rever seus julgados constantemente, mas seria mais recomendável, sobre tudo em se tratando de matéria constitucional, que a própria Constituição Federal ou a lei regulamentadora da matéria estabelecesse um prazo mínimo, que poderia ser de 05 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos, por exemplo, para que se pudesse propor uma nova ADC tendo como objeto uma lei ou ato normativo que já teve sua constitucionalidade aferida.

BIBLIOGRAFIA

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da Língua Portuguesa, 1ª ed., Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 11ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 2ª ed., Ed. Atlas, São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Juarez. Constituição Federal de 1988 – Atualizada até a EC 19/98, 2ª ed., Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de Direito Público, 1ª ed., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.

**APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA
INTERNA FUNDADA
FEDERAL EMITIDAS ENTRE OS ANOS DE 1902 A 1940**

JULIANA MARIA BORGES MAMEDE
Mestranda em Direito Constitucional - UNIFOR

ÍNDICE:

- I. Apresentação
- II. Noções iniciais
- III. Da constitucionalidade dos Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68
- IV. Do início do prazo prescricional
- V. Resolução 65 do Conselho Monetário Nacional
- VI. Viabilidade do Mandado de Segurança para determinar a compensação de créditos tributários e previdenciários com os títulos da dívida pública emitidos no início deste século
- VII. Jurisprudência
- VIII. Conclusão
- IX. Bibliografia

I. APRESENTAÇÃO:

O interesse pelo tema na oportunidade apresentado aflorou quando, ao estagiar na Procuradoria da República do Estado do Ceará, deparei-me com várias ações de Mandado de Segurança, impetradas em face dos Exmos. Srs. Procurador Chefe da Fazenda Nacional em Fortaleza-CE, Superintendente Regional do INSS no Ceará e Delegado da Receita Federal em Fortaleza, onde os impetrantes visavam à compensação de créditos tributários e previdenciários com títulos da dívida pública interna fundada federal emitidos entre os anos de 1902 a 1940.

Convém esclarecer, antes de adentrar no tema, que o presente estudo tem por meta apresentar o assunto de forma sistemática e objetiva, facilitando assim, o entendimento da questão por parte daqueles que não têm intimidade com a matéria.

Ressalta-se, que o artigo vertente consubstancia-se em uma análise dos principais argumentos empregados por juristas, advogados públicos, membros do Ministério Público Federal, juízes e advogados, na defesa das respectivas teses.

II. NOÇÕES INICIAIS:

A dívida pública resulta do exercício do crédito público¹, consistindo este numa série de métodos pelos quais o Estado obtém dinheiro sob obrigação jurídica de pagar juros por todo o tempo durante o qual retenha os capitais, que se entendem passíveis de restituição em prazo certo, ou indefinido, a critério do devedor².

A dívida pública classifica-se em dívida interna e dívida externa, sendo a primeira dividida em dívida interna flutuante, que se caracteriza pelos vencimentos a curto prazo, e em dívida interna fundada, que apresenta como traço característico a estabilidade, sendo contraída a prazos longos ou sem prazo definido, estando representada pelos títulos da dívida pública.

¹ In Uma Introdução à Ciência das Finanças, Aliomar Baleeiro, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 483.

² In Uma Introdução à Ciência das Finanças, Aliomar Baleeiro, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 440.

Os títulos da dívida pública interna fundada podem ser emitidos com várias finalidades, inserindo-se aí, o recolhimento de papel moeda, o financiamento de obras, coberturas de déficits orçamentários, pagamento de empréstimos compulsórios, dentre outras.

Consta que o Governo Federal, ao emitir os títulos da dívida pública interna fundada entre os anos de 1902 a 1940, o fez com o propósito de arrecadar recursos para o financiamento e para a conclusão de obras públicas.

Tais títulos, quando de suas emissões, importavam em um *quantum* correspondente a um conto de réis. Os Decretos que autorizaram a emissão de tais títulos estabeleceram juros remuneratórios de cinco por cento ao ano, além de preverem que a amortização deveria ocorrer na razão de meio por cento ao ano, a partir daquele que se seguisse ao do término das obras.

Assim tem-se que, a princípio, os títulos emitidos no início do século XX deveriam ser resgatados no ano que sucedesse o término das obras. Contudo, como algumas dessas obras nunca foram concluídas e outras tampouco iniciadas, o Governo Federal, sob a égide do Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966, editou o Decreto-lei nº 263, de 28 de fevereiro de 1967, no intuito de estabelecer as novas regras que deveriam ser observadas quando do resgate de tais títulos, debelando, dessa forma, a caótica situação em que se encontrava a dívida interna fundada brasileira.

Em 30 de dezembro de 1968 o Governo Federal editou o Decreto-lei nº 396, prorrogando o prazo de prescrição outrora estabelecido pelo Decreto-lei nº 263/67.

Decorrido o prazo estabelecido pelo Decreto-lei nº 396/68, entendeu o Poder Público que, os títulos que não haviam sido apresentados para resgate, tinham sido atingidos pela prescrição.

Olvidados por um considerável lapso temporal, tais títulos reapareceram há pouco no mercado importando quantias astronômicas, estando seus titulares tomados pelo anseio de vê-los compensados com débitos tributários e previdenciários de que são titulares, ressurgindo assim, com grande ímpeto, a questão da validade dos Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68.

III. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS Nº 263/67 E Nº 396/68:

Argumenta-se, primeiramente, que os Decretos-leis nºs. 263/67 e 396/68 padecem da mácula da inconstitucionalidade, posto que ao estabelecerem prazos prescricionais para o resgate de referidos títulos excederam do disposto no art. 58 da Constituição de 1967, que preceituava:

"Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado". (original sem destaque).

Tendo o Decreto-lei nº 263/67 cuidado primordialmente de títulos da dívida pública, percebe-se que a prescrição por ele versada assume contornos secundários, sendo, tão-somente, o regramento temporal para o exercício do direito de resgate das apólices, adequando-se, destarte, aos preceitos insertos na Carta Constitucional de 1967.

Ademais, seria um despautério admitir-se que a Constituição de 1967 autorizasse uma norma infra constitucional a cuidar de determinadas matérias sem que concebesse que a mesma pudesse estipular um prazo para o exercício do direito nela versado.

Bem discorreu sobre a presente questão o douto magistrado Alexandre Machado Vasconcelos³, membro integrante da Justiça Federal do Estado de Tocantins. Trazemos a lume sua respeitável orientação:

"Ora, como já insistimos demonstrar, a matéria veiculada no Decreto-lei em análise é, efetivamente, dívida pública.

³ In Questões relativas à inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68. Artigo publicado na web da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Não se editou decreto-lei para disciplinar prescrição, mas, sim, para regular o resgate de títulos da dívida pública. A questão prescricional é meramente incidental, acessória. Seria, no mínimo, um despropósito que se introduzisse uma nova forma de resgate de títulos por meio de decreto-lei e o limite temporal de exigibilidade da pretensão de resgate não pudesse ser veiculado na mesma via normativa. Insista-se: trata-se do limite temporal de exigibilidade da pretensão de resgate dos títulos! É, portanto, questão que diz respeito, sim, à dívida pública. A prescrição não pode ser considerada como matéria específica, estanque em si mesma. Não existe matéria prescricional, pura e simplesmente. Se a prescrição disser respeito a pretensão de ordem civil, esta é a natureza da norma que define a aludida prescrição; se a prescrição definida disser respeito a pretensão de natureza tributária, a norma respectiva terá essa mesma natureza; se a prescrição versar sobre pretensão de natureza financeira, esta será a natureza da norma respectiva".

Há que se atentar, ainda, para a circunstância de que, na época em que a Constituição de 1967 era vigente, nenhuma ação de inconstitucionalidade fora movida em detrimento da constitucionalidade dos Decretos-leis ora atacados. Não havendo declaração de inconstitucionalidade, além de inexistir conflito entre os Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68 e a Ordem Constitucional de 1988, é de ver-se que se operou aí o fenômeno da recepção constitucional.

Vislumbra-se, destarte, a improcedência da alegativa fundada no fato de que os Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68 seriam inconstitucionais na medida em que cuidaram de matéria prescricional, posto que a Constituição de 1967 só autorizava a edição de decreto-lei quando a matéria a ser versada dissesse respeito às finanças públicas e à segurança nacional.

Ciente de que o Decreto-lei nº 263/67 tinha por objeto matéria atinente à dívida pública, posto que cuidava, principalmente, das regras a serem observadas quando do resgate de tais títulos, não se limitando, desse modo, a estabelecer prazos prescricionais, cumpre verificar se a matéria relativa à emissão de títulos da dívida pública encontra-se inserida no âmbito da matéria financeira.

Leciona o ilustre Ministro José Celso de Melo Filho⁴, ao definir o alcance da matéria financeira:

"Matéria Financeira é tudo aquilo que se refere a obtenção (receita), administração (gestão) e aplicação (despesas) de recursos patrimoniais destinados à consecução dos fins do estado. V. Revista de Informação Legislativa 60:5, onde há ampla discussão sobre o conceito e o conteúdo da expressão matéria financeira. A locução constitucional matéria financeira abrange: a) receita e despesa; b) tributos; c) gestão de recursos patrimoniais; d) orçamento; e) empréstimos; f) dívida pública; g) distribuição de rendas; e h) contribuições parafiscais ou especiais."

Tem-se, então, que a emissão de títulos da dívida pública, é matéria a ser regulamentada pelo Direito Financeiro.

Destarte, não prospera o argumento de que o Decreto-lei nº 263/67 é inconstitucional, posto que cuidou de matéria prescricional, bem como pelo fato de que a emissão de títulos da dívida pública não era atinente à matéria financeira.

O mesmo argumento vale para o Decreto-lei 396/68, vez que este encerra uma mera prorrogação do prazo prescricional previsto para o resgate das apólices, estando sua validade condicionada à constitucionalidade do Decreto-lei nº 263/67.

Aponta-se ainda, como fator determinante da inconstitucionalidade dos aludidos Decretos-leis, o fato de eles não terem atendido às prescrições da Constituição à época vigente. Refuta-se de logo tal argumento pelas razões abaixo expostas:

O Decreto-lei nº 263, de 28 de fevereiro de 1967 foi editado sob a égide da Constituição de 1967, já que esta foi promulgada em 24 de janeiro de 1967. Contudo, ao ser editado, o então Presidente da República o fez sob a invocação do art. 9º, § 2º do Ato Institucional nº 4 que o autorizava a editar decretos-leis quando a matéria a ser versada cuidasse de matéria financeira.

⁴ Constituição Federal Anotada, 2ª ed. Ampliada e atualizada até a EC n 27/85, São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 220

Preconiza o art. 9º do referido decreto-lei:

"Art. 9º - O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar atos complementares, bem como decretos-lei sobre a matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

§ 1º - Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos-lei sobre matéria financeira.

§ 2º - Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira." (original sem destaque)

Como bem expôs o Dr. Alexandre Machado Vasconcelos⁵, "considerando que a convocação extraordinária findou em 24 de janeiro de 67 e que a primeira reunião ordinária do Congresso Nacional só veio a ocorrer em 1º de março de 67, conclui-se, então, adequada a invocação do § 2º do retrocitado art. 9º do Ato Institucional nº 4/66 como fundamento de validade do Decreto-lei nº 263, de 28.02.67". Atente-se para o fato de que aqui os requisitos de urgência ou de interesse público relevante não se faziam necessários para a edição de Decretos-leis.

Já o Decreto-lei nº 396, de 30 de dezembro de 1968, este sim, teve fundamento no art. 58, II da Carta de 1967, que dispunha:

"Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Omitir-se

(original sem destaque)

Analisando cada um dos requisitos impostos pelo art. 58 da

⁵ In Questões Relativas à Constitucionalidade dos Decretos-Leis nº 263/67 e nº 369/68. Artigo publicado na web da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Constituição de 1967 para a edição de decretos-leis, vislumbra-se que o Decreto-lei nº 396/68 observou cada um deles, posto que os requisitos de urgência e relevância, já àquela época, eram afetos à discricionariedade do Presidente da República, não resultou em aumento de despesa e dispunha sobre finanças públicas.

Questiona-se também a constitucionalidade dos arts. 12 e 13 do Decreto-lei 263/67.

"Art. 12 – O Conselho Monetário Nacional expedirá o Regulamento deste decreto-lei dentro do prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação."

"Art. 13 – Ressalvadas as determinações expressas nos arts. 9º e 11, o presente Decreto-lei entrará em vigor na data da publicação do seu Regulamento".

Com a devida vênia, discorda-se dos que entendem, com arrimo no art. 83 da Constituição à época vigente, que o art. 12, retro transcrito, ao preconizar que o Conselho Monetário Nacional, ao expedir o Regulamento do citado Decreto-lei, estaria a invadir competência privativa do Presidente da República, sendo por este motivo inconstitucional, pelas razões que se expõe:

É característica do Ordenamento Jurídico Pátrio o desapego a uma técnica mais apurada. Ora, percebendo que o Decreto-lei nº 263/67 já trazia as regras a serem observadas quando do resgate dos títulos, bem como o lapso temporal em que isto deveria ocorrer, ou seja, de que o mesmo já era dotado de suficiente força normativa, admite-se que o ato praticado pelo Conselho Monetário Nacional tinha natureza executória e não regulamentar, verificando-se aí uma simples atecnia, fato este que não pode invalidar as disposições do Decreto-lei nº 263/67.

Em conformidade com o raciocínio supra expandido, o Parecer da lavra do Dr. Jorge Amaury Maia Nunes⁶:

"O Decreto-lei 263/67, no que respeita ao resgate dos títulos em questão, possuía suficiente coeficiente de normatividade. Com efeito, o art. 1º autorizava o Poder

⁶ Parecer PGFN/GAB nº 859/98, DOU de 06.07.98, pág. 15

Executivo a proceder ao resgate dos títulos pelo valor nominal integral ou residual, acrescidos de juros, dos títulos sem cláusula de correção monetária, o que era o caso. O art. 2º disciplinava o tratamento a ser dispensado aos títulos que, por disposição de vontade das partes ou por qualquer determinação judicial, não pudessem ter o resultado de resgate simplesmente entregue ao titular da cártula já que comprometido com outra finalidade. O art. 3º disciplinava o prazo dentro do qual os títulos seriam apresentados a resgate, a forma da convocação (edital publicado pelo Banco Central do Brasil) e estabelecia a prescrição. Nada ficou pendente, nada restou para o regulamento. Nada há, portanto, que autorize o entendimento de que o Decreto-lei 263/67 não teria entrado em vigor, por vício no procedimento regulamentar".

Geraldo Ataliba⁷, assim dispôs:

"O poder regulamentar tem por pressupostos a existência da lei e o cabimento técnico desta regulamentação. É a lei, pois, um *præius* necessário e insubstituível. Mas, não basta sua simples existência, para que se justifique o exercício desta faculdade. É ainda exigido que a lei comporte ou exija regulamentação.

(...)

A lei é primeiramente *pressuposta*, isto é colocada como um pressuposto necessário. Por outro lado, tudo que não seja necessário a sua fiel execução é excessivo. Daí poder a lei ser redigida em termos tais que dispense regulamentação. Aí está a hipótese em que a faculdade regulamentar é elidida legitimamente, sem ofensa à Constituição, que a não outorga ao chefe do executivo incondicionada, mas pelo contrário, vinculada à fiel execução das leis - logicamente, quando esta execução fiel requer este complemento.

(...)

Se a lei for auto-executável, o regulamento é abusivo e nulo".

⁷ Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro, in Revista de Direito Administrativo 97:21 – 33. Jul./Set. 1969, págs. 263/27

Assim, ante a natureza executória, e não regulamentar, do ato reclamado pelo art. 12 do Decreto-lei nº 263/67, não se vislumbra qualquer pecha de inconstitucionalidade em referido dispositivo.

Entendendo que o Decreto-lei nº 263/67 não tinha sua vigência condicionada à publicação de Regulamento, posto que o mesmo era auto-executável, é natural concordar que o referido Decreto-lei tornou-se vigente no ato de sua publicação.

Por fim, alega-se que os Decretos-leis questionados, ao alterarem a forma de resgate das apólices, bem como ao criarem prazos prescricionais, incidiriam em inconstitucionalidade na medida em que violaram o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

A garantia do direito adquirido é contemplada pelas Constituições no intuito de resguardar os cidadãos de atos, praticados por particulares e pelo próprio Estado, que sejam prejudiciais a seus direitos.

O Decreto-lei nº 263/67, ao alterar a forma de amortização das apólices, não usurpou qualquer direito de seus titulares, mas sim, estabeleceu uma forma mais benéfica para o resgate das mesmas, posto que, a princípio tais títulos só seriam resgatados *in totum* após duzentos anos, já que deveriam ser amortizados na faixa de meio por cento ao ano. Com a edição de referido Decreto-lei, o Governo Federal proporcionou aos titulares das cédulas o resgate imediato do *quantum* que outrora lhes foi tomado a título de empréstimo.

Compartilhando da linha de raciocínio aqui esposada, asseverou o Dr. Alexandre Machado Vasconcelos⁸:

"A nova forma de resgate dos títulos, ademais, se revelava mais favorável aos credores, na medida em que poderiam resgatar de imediato a totalidade do que haviam emprestado – especialmente se se considerar que, à época, a construção jurisprudencial acerca da correção monetária simplesmente não existia. Não há, pois, que se falar em direito adquirido violado, já que o Poder Público dispôs-se a pagar – insista-se, de forma mais

⁸ In Questões relativas à constitucionalidade dos Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68. Artigo publicado na *web* da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

favorável – a totalidade dos créditos de todos os portadores dos títulos.

Registre-se, ainda, não ser oponível o óbice de existência de ato jurídico perfeito, na medida em que a matéria não dizia respeito a relações jurídicas de ordem privada em que estava presente o Estado. Logo, prevalece o interesse público em pretender colocar ordem na dívida pública interna".

Dispôs o Dr. Jorge Amauri Maia Nunes⁹:

"Convém examinar a arguição de que se dá, no caso concreto, a ofensa a direitos adquiridos em face da fixação de novos prazos prescricionais. Tanto a Lei nº 4.069/62 como o Decreto-lei nº 263/67, instituíram prazo prescricional para situações jurídicas que ainda viriam a ocorrer, mais precisamente, prazos prescricionais que não haviam sequer começado a fluir, como, aliás, sustentam os próprios titulares das cédulas, em razão de não se ter verificado o termo (notificação aos credores de que as obras haviam sido concluídas).

Ora, se a Lei e o Decreto-lei sob referência estabeleceram prazos prescricionais e se, no caso concreto, não havia prazos prescricionais em curso, ou prazos prescricionais que já se houvessem esgotado, não se pode cogitar de incidência retroativa da lei, nem de incidência sobre *facta pendencia*, e, por isso mesmo, não há falar em ofensa a direitos adquiridos.

Ainda, porém, que tais normativos viessem a incidir sobre prazos prescricionais em curso, sobre *facta pendencia*, não haveria neles qualquer mácula. Deveras, a jurisprudência pátria de há muito está pacificada no sentido de que regras que alteram prazos prescricionais se aplicam imediatamente a situações em curso. Cuida-se de matéria que está sumulada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, na forma do enunciado infra:

Súmula 445 - A LEI 2.437, DE 07.03.1955, QUE REDUZ PRAZO PRESCRICIONAL, É APLICÁVEL ÀS

⁹ In Alguns subsídios à defesa da Fazenda Nacional nas ações que envolvem apólices da dívida emitidas no início do século. Artigo publicado na *web* da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

PRESCRIÇÕES EM CURSO NA DATA DE SUA VIGÊNCIA - 01.01.56 -, SALVO QUANTO AOS PROCESSOS ENTÃO PENDENTES”.

Regra basilar de hermenêutica é aquela que dispõe que, o intérprete, ante duas ou mais interpretações possíveis, deve optar por aquela que melhor se adequa ao texto constitucional, assim, conclui-se que são de todo improcedente os argumentos segundo os quais os Decretos-leis objeto do presente estudo padecem do vício da inconstitucionalidade.

IV. DO INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL:

Preconiza o Decreto-lei nº 263, de 28 de fevereiro de 1967, em seu art. 3º:

“Art. 3º - Será de seis meses, contados da data do início da execução efetiva dos respectivos serviços - a ser divulgada em edital publicado pelo Banco Central da República do Brasil - o prazo de apresentação dos títulos para resgate, findo o qual será a dívida, inclusive juros, considerada prescrita”.

O edital a que se refere o dispositivo suso transcrito foi regularmente publicado no DOU em 05.07.68, fixando o período compreendido entre 1º de julho de 1968 a 1º de janeiro de 1969 para a apresentação dos títulos a fim de serem resgatados. Ocorre que, em 30 de dezembro de 1968, foi publicado o Decreto-lei nº 396, o qual prorrogava o vencimento do prazo estabelecido no art. 3º do Decreto-lei 263/67. Dispõe o art. 1º do Decreto-lei 396/68:

“Art. 1º - Fica alterado para doze meses o prazo estabelecido no art. 3º do Decreto-lei n. 263, de 28 de fevereiro de 1967, para a apresentação dos títulos especificados em seu artigo 1º”.

Não se pode entender que, com a edição do Decreto-lei nº 396/68, houve a interrupção do prazo prescricional estabelecido no Decreto-lei nº 263/67. De fato, o que ocorreu foi, tão somente, um elastecimento, uma prorrogação do prazo de que se cuida, daí a desnecessidade de publicação de novo edital.

Tem-se assim, que o início do prazo prescricional deu-se em 1º de julho de 1968, não prosperando o argumento segundo o qual o prazo prescricional nunca se iniciou, posto que não foi publicado novo edital.

É oportuno mencionar que o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851 e o Código Civil de 1917 já estabeleciam a prescrição quinquenal para as ações contra a Fazenda Pública, ou seja, mesmo na hipótese em que entenda-se que o Decreto-lei nº 263/67 nunca tenha entrado em vigor, já teria operacionalizado-se a prescrição.

Diante do exposto, não se vislumbra como afastar a hipótese de tais apólices da dívida pública terem sido atingidas pela prescrição.

V. RESOLUÇÃO 65 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL:

Ponto de alta indagação é o atinente à validade da Resolução 65 expedida pelo Banco Central, já que, em consonância com o art. 12 do Decreto-lei 263/67, quem deveria expedir o seu Regulamento (leia-se atos de execução, já que o Decreto-lei nº 263/67 era dotado de suficiente força normativa) seria o Conselho Monetário Nacional e não o Banco Central do Brasil.

Restando patente que o Decreto-lei nº 263/67 prescindia de regulamentação, já que era uma norma bastante em si, tem-se que o mesmo necessitava apenas de atos de execução.

Ora, a Resolução 65 publicada pelo Banco Central mostrou-se apta a implementar os comandos do Decreto-lei 263/67, uma vez que foi elaborada, discutida e aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, tendo a ação do Banco Central se limitado a publicá-la, conforme o autorizava o disposto no art. 11, VIII, da Lei 4.595/64, que dispunha:

“Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:
Omite-se
VIII - Prover, sob controle do Conselho Monetário Nacional, os serviços de sua Secretaria.
Omite-se”.

Do exposto, infere-se que os atos de execução necessários à

implementação do Decreto-lei foram regularmente observados pelo Conselho Monetário Nacional e publicados pelo Banco Central do Brasil.

VI. VIABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA DETERMINAR A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E PREVIDENCIÁRIOS COM OS TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDOS NO INÍCIO DESTES SÉCULO:

Requisitos imprescindíveis à propositura do Mandado de Segurança são a liquidez e a certeza do direito, neste sentido leciona o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles¹⁰:

"Direito líquido e certo é o que se manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras. O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais". (original sem destaque)

Sendo altamente controvertida a questão que envolve a prescrição de tais títulos, é patente que a compensação almejada pelos atuais titulares das apólices da dívida pública emitidas entre os anos de 1902 a 1940 não pode ocorrer em sede de Mandado de Segurança, posto que inexistentes os requisitos da liquidez e da certeza dos direitos, imprescindíveis à propositura da ação.

Ademais, dúvidas pairam acerca do *quantum* atribuído a cada uma dessas apólices, posto que o cálculo de atualização levado a cabo pela Fundação Getúlio Vargas foi encomendado pelos atuais titulares das cartulas em questão. Assim, é de se esperar, que referida atualização tenha sido realizada no interesse daqueles que financiaram a elaboração de tais cálculos.

¹⁰ In Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", editora Malheiros, 17ª edição, pág. 28

Um outro aspecto controvertido é aquele atinente à autenticidade dos títulos na atualidade apresentados, pois como bem dispôs a Revista Jurídica Consulex, a questão relativa à validade dos títulos da dívida pública emitidos no início do século assemelha-se a uma verdadeira "galinha dos ovos de ouro". Junte-se, ainda, o fato de tais apólices terem sido emitidas ao portador, circunstância esta que veio facilitar a falsificação das mesmas.

Assim, verifica-se a impossibilidade da utilização do Mandado de Segurança para a compensação de créditos tributários e previdenciários com títulos da dívida pública emitidos entre os anos de 1902 a 1940, haja vista a incerteza quanto à autenticidade, a prescrição e ao valor atribuído a cada uma das apólices.

VII. DA JURISPRUDÊNCIA:

A jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de admitir que tais títulos da dívida pública encontram-se prescritos:

Ementa: Execução Fiscal. Garantia do Juízo. Apólices da dívida pública.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em ação cautelar, impescinde do depósito em dinheiro e integral do débito, não se prestando para tanto o oferecimento em caução de apólices da dívida pública emitidas no início do século, posto que, em face das alegações fundadas de prescrição tais títulos não terão a liquidez necessária à segurança do juízo.

2. Improvimento do agravo de instrumento.
(TRF 1ª Região - Terceira Turma. AI 1999.01.00.029847-8/MG. Relator Juiz Olindo Menezes. Publicação DJ 31/03/2000).

Ementa: Processo Civil - Embargos de Declaração - Erro Material: Correção.

TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA DO INÍCIO DO SÉCULO.

Ausência de liquidez por força da prescrição discutível. Embargos acolhidos para confirmar a decisão que negou seguimento ao recurso.

(TRF 1ª Região - 4ª Turma. EDAG 1999.01.00.011161-2/

MG. Relatora Juíza Eliana Calmon. DJ 01/10/1999 P.376)

Ementa: Processual Civil e Tributário. Ação Cautelar. Quitação de Tributos. Apólices da Dívida Pública.

1. Não é cabível a concessão de liminar em ação cautelar para obrigar a União a receber apólices da dívida pública emitidas no início do século, como pagamento de tributos ou como garantia de parcelamento.
2. Havendo fundadas alegações de prescrição desses títulos, sua utilização como ativo financeiro impescinde de prévia certificação da respectiva validade.
3. Improvimento do agravo de instrumento. (TRF 1ª Região - Terceira Turma. AG 1998.01.00.077383-5/GO. Relator Juiz Olindo Menezes. DJ 30/09/99 P. 139).

Ementa: Processo Civil. Execução: Garantia. Títulos da Dívida Pública.

1. Incerteza quanto à origem e à liquidez dos títulos da dívida pública emitidos no início do século.
2. Imprestabilidade como garantia à execução.
3. Recurso improvido. (TRF 1ª Região - 4ª Turma. AG 1998.01.00.077406-6/GO. Relatora Juíza Eliana Calmon. DJ 06/08/1999 P. 698).

VIII. CONCLUSÃO:

Analisando a presente questão, nota-se que determinados segmentos da sociedade, ante a inexistência de amparo legal que respalde a pretensão de verem compensados créditos tributários e previdenciários com os títulos da dívida pública já prescritos, procuram, a todo custo, encontrar "brechas" na legislação que tratou do presente assunto, não ousando em "encomendar" pareceres jurídicos e cálculos de atualização monetária, a fim de eximirem-se, de forma afrontosa, do pagamento de tributos devidos, logrando, com isso, benefícios extraordinários.

De todo o exposto, verifica-se que os argumentos que se invocam como fundamento da validade das apólices da dívida pública emitidas no início do século são frágeis e inoportunos, carecendo de uma fundamentação jurídica sólida e eficaz.

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou acerca da presente questão.

BIBLIOGRAFIA

VASCONCELOS, Alexandre Machado. *Questões relativas à constitucionalidade dos Decretos-leis nº 263/67 e nº 396/68*. Artigo publicado na *web* da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Alguns subsídios à defesa da Fazenda Nacional nas ações que envolvem apólices da dívida emitidas no início do século*. Artigo publicado na *web* da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

MARTINS, J. *Títulos da dívida pública*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano II - Nº 22, págs. 14 a 20, 30/11/1998.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DIFÍCIL TAREFA DE JULGAR.

WALBER SIQUEIRA VIEIRA.
drwalber@yahoo.com.br

Advogado; Coordenador do Departamento Jurídico da Fundação da Criança e da Família Cidadã – FUNCI; Aluno do V Curso de Aperfeiçoamento de Magistrado promovido pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, em parceria com a Universidade Federal do Ceará – UFC, Fundação Paulo Bonavides, Banco do Nordeste do Brasil – BNB e Companhia Energética do Estado do Ceará – COELCE e ex – Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza - PGM.

“O juiz na realidade, é a alma do processo jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional.”

(Jean Cruet.)

A moderna doutrina processual, tendo a frente figuras do mais alto quilate, como Eduardo Coutoure, Betti, Moacir Amaral dos Santos, advoga que o verdadeiro desiderato do processo é dirimir o conflito de interesses postos a apreciação do Poder Judiciário.

O processo possui uma dupla finalidade: uma, de natureza pública e outra, privada. Esta, quando objetiva solução da lide; aquela quando a prestação jurisdicional do Estado – Juiz tenha por desiderato trazer a paz no âmago da sociedade.

A regra inculpada nos ditames do art. 130 da nossa atual Lei Adjetiva Civil traz a visão social do processo através dos chamados poderes instrutório gerais do juiz.

Senão vejamos:

Art. 130 "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

Um consectário lógico e inarredável desta moderna doutrina seria a libertação do juiz na busca da verdade real, do justo.

Dormita no supramencionado artigo a autorização para que o juiz possa pesquisar, objetivando a ampla investigação da verdade real para constatar da veracidade das provas produzidas pelas partes.

Antigamente, isto não era possível.

Na visão privatista do código de 1939, o social estava nitidamente isolado. O juiz encontrava - se adstrito as provas que as partes carregavam ao bojo do processo, devido ao caráter individualista da época.

Hoje, entretanto, o magistrado tem todo o espaço para a busca de provas inclusive, se for o caso, tem prerrogativa de determinar de ofício todo e qualquer tipo de material probatório que julgue importante para a formação de seu convencimento.

Com a excelsa autoridade que lhe é peculiar, o Min. do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, preceitua com maestria:

"O juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes."

O juiz, com os seus poderes instrutórios, não é mais um mero espectador do processo. Sem azo de dúvidas, passou a ser um protagonista deste processo atuando como um grande agente de transformação social.

A aplicação dos poderes instrutórios do juiz traz a solução para o litígio de uma forma mais justa no atendimento dos anseios da sociedade. E

é no interrogatório das partes onde o poder instrutório do juiz se faz mais presente.

Mas, como compatibilizar a existência em uma mesma sistemática processual de poderes dispositivos (art. 333, I e II - CPC) com poderes instrutórios do juiz (art. 130 CPC) ?

Na verdade esta aparente contradição entre os art. 130 e art. 333, I e II não existe, pois se conclui que o art. 333 nada mais é que a complementação do colorário do chamado Princípio Dispositivo da Demanda, ou seja, se eu provoco a atividade jurisdicional do Estado - Juiz tenho que expor os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, porque isto constitui o Princípio da Substanciação da Lide .

O que o art. 333 do CPC exige do autor é que este prove o fato constitutivo de seu direito através dos elementos probatórios. O autor, desta forma, comprovará que o direito que alega é existente. Por sua vez, o réu, ao se contrapor ao pedido do autor, através da contestação ou nas contraposições previstas pela Lei do Juizados Especiais, deverá provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto, todas estas especificações previstas no art. 333, do CPC, as quais estão, umbilicalmente, ligadas ao Princípio Dispositivo ou da Demanda, não afetam em nada o estabelecido no art. 130 do mesmo diploma legal. Se o autor não indicar elementos probatórios da existência dos fatos alegados em sua proemial, a sua petição será considerada inepta e, portanto, inviável a receber a chancela jurisdicional da admissibilidade.

O magistrado, sem perder essa imparcialidade necessária e imprescindível tão exigida, deve buscar a verdade real usando os seus poderes instrutórios sem, no entanto, vulnerar os aspectos constantes no art. 333 do CPC, onde está o Princípio da Dispositividade.

É o que exatamente advoga o grande jurista NELSON NERI, ao dizer que o "poder instrutório do juiz, principalmente de determinar ex officio a realização de provas que entender pertinente, não configura como exceção ao princípio dispositivo."

A técnica hermenêutica do sistema mantém os poderes instrutórios do juiz em perfeito equilíbrio com os princípios da dispositividade característica que melhor reflete o nosso sistema processual e do ônus da prova.

O juiz, inclusive, tem o poder de indeferir toda e qualquer prova que achar inútil, tudo em prol da mais cristalina justiça, velando, assim, pela rápida e justa solução da lide, tendo como bússola, quando da prolação de sua sentença, o interesse social.

Líliá Maia de Moraes, vencedora do I Concurso de Monografias sobre o Poder Judiciário promovido pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC. 1998. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará através da monografia intitulada "O Poder Judiciário e os Desafios do Estado Contemporâneo.", nos explica que:

"A história da magistratura revela grande complexidade posto que, para o seu entendimento, é necessário o conhecimento da evolução das sociedades humanas, da complexidade crescente das organizações sociais, das diversas formas e sistemas de governo e todas as situações estabelecidas através dos tempos. Todos esses fatores influenciaram no papel da magistratura através da história e, conseqüentemente o papel do juiz no mundo atual."

Já o ilustre Senador da República e prof. emérito da Universidade de Brasília, Dr. Josaphat Marinho, em artigo publicado pela "REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS", com muita propriedade, leciona:

"É a tarefa criadora, que completa a lei ou lhe dá nova dimensão, para mantê-la contemporânea da realidade sobrevivida. A luz da conveniência social de evitar que a vida em mutação constante esgote o conteúdo da norma, o juiz a estende, mediante interpretação construtiva, as situações antes imprevisíveis, mas que se enquadram no cerne da matéria originariamente regulada. Sem negar - lhe a substancia ou espírito, o juiz insufla vitalidade à norma, para conservá-la - la portadora de eficácia real, até que o legislador emita outro instrumento disciplinante adequado, ou inovador."

Nesse passo, recorremos novamente aos ensinamentos do grande Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, desta vez em artigo intitulado "O Aprimoramento do Processo Civil Como Pressuposto de Uma Justiça Melhor."

"Sente-se no ar, porém, um sopro de renovação participando de

"uma justiça mais enferma que culpada, os magistrados brasileiros estão mudando. Não mais se limitam à função de julgar, e prestigiados pelo novo texto constitucional, buscam integrar - se na sociedade a que servem, compreender o fenômeno social na sua origem e contribuir para a melhoria do mecanismo judicial. Daí as esperanças que o povo nos juizes está a depositar, sem embargos das notórias deficiências do nosso aparelho judiciário."

Em arremate final a estas breves considerações sobre o assunto, a belíssima passagem muito bem escrita pelo Magistrado Francisco José Soares em seu livro "O OFÍCIO JUDICIAL - VOTOS E SENTENÇAS."

"De Santo Ivo, patrono do juristas, diz ter sido tão virtuoso quanto arguto. Perante ele, relata a tradição, um rico senhor demandou contra um pobre operário, cobrando - lhe indenização por haver usufruído os suaves odores de sua bela colina. O santo julgador reconheceu - lhe a procedência do pedido, condenando o pobre a lhe pagar uma moeda de ouro. Recebeu a moeda e fez - la tilintar sobre a mesa, e quando o rico ia apanhá - la com a ganância sôfrega dos avarentos, Santo Ivo obistou - lhe o gesto, declarando que aquele som provocado pela moeda era o bastante para compensar o aroma das flores que o pobre havia aspirado."

BIBLIOGRAFIA

GONÇALVES, Willian do Couto. Revista de Direito Processual n.º 60, Ano 15. Pág. 185.

MARINHO, Josaphat. A Função de Julgar e a Constituição, "Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VIII. n.º 6. Rio de Janeiro, 2º Semestre de 1994. pág. 174.

SOARES, Francisco José. O Ofício Judicial – Votos e Sentenças. Ed. UNIFOR Fortaleza – Ceará. pág. 21.

JUNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Atualidades Jurídicas. O Aprimoramento do Processo Civil Como Pressuposto de Uma Justiça Melhor." Ed. Del Rey. Belo Horizonte. Ano Centenário da Faculdade de Direito, pág. 134. 1992.

_____. Revista dos Tribunais – RT, 729/155.

DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DAS MEDIDAS RECESSIVAS FACE AO PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO

LEOPOLDO FONTENELE TEIXEIRA

Aluno do 6º semestre da Universidade Federal do Ceará
Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza

"Nenhum de nós é tão pouco esclarecido que ignore que, quando cessam a força das leis e a autoridade de seus defensores, não pode haver nem segurança nem liberdade para ninguém"

Jean Jacques Rousseau

1) INTRODUÇÃO

É sabido que o desemprego é, atualmente, uma das grandes preocupações mundiais. Com efeito, a crise do emprego que antes atingia com maior intensidade os países chamados subdesenvolvidos, hoje atinge indistintamente países ricos e pobres.

Com a globalização da economia, o mercado se tornou mais competitivo, pois a concorrência entre as empresas, que anteriormente se dava com maior ênfase internamente em seus países de origem, se estendeu a uma escala planetária.

Essa disputa internacional acaba por provocar uma realidade cruel, qual seja aquela em que somente as empresas que conseguirem produzir mais, a um custo menor, irão sobreviver. A saída utilizada por tais corporações tem sido a aplicação de tecnologia, com conseqüente redução do número de postos de trabalho, como acontece quando uma máquina substitui, de maneira mais eficiente, a mão-de-obra de diversos homens.

Em semelhante conjuntura, os governos ditos neoliberais, tal qual o nosso, vêm adotando políticas que, visando à estabilidade econômica e ao crescimento da economia, acabam por provocar recessão e, por conseguinte, o agravamento do desemprego.

Inicialmente, este trabalho versará sobre o conceito de controle da constitucionalidade, inclusive no tocante a seu aspecto formal e material. Esta parte inicial servirá como subsídio para um posterior exame acerca da constitucionalidade ou não das medidas recessivas tomadas pelo atual governo brasileiro, tendo em vista a inserção do Brasil nesse fenômeno que hoje nos afeta de maneira inegável : a globalização.

Espera-se, no decorrer desta análise, conseguir desenvolver, da maneira mais clara possível, tema tão empolgante, visto que o desemprego será um dos grandes desafios da humanidade no novo milênio.

2) CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público representou um momento de fundamental importância para a afirmação do Estado Democrático de Direito. Esse controle de constitucionalidade tem como pressuposto um sistema de constituições rígidas¹, pois a partir deste haverá um escalonamento de normas, o qual permitirá uma distinção entre lei constitucional, fruto do poder constituinte, e leis ordinárias², fruto do poder constituído³, garantindo assim à Constituição uma supremacia formal e material frente às demais normas do ordenamento.

Constituições rígidas são aquelas que necessitam de um processo especial de revisão, processo este muito mais solene quando comparado ao processo de revisão aplicado às leis ordinárias. Esse processo solene de revisão proporciona às normas constitucionais maior rigidez e estabilidade do que às leis ordinárias, já que essas são facilmente alteradas.

"O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições

¹ Existem posições doutrinárias que admitem um controle de constitucionalidade formal em sistemas de constituição flexível. Nesse sentido: DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção, 1ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág.23.

² A expressão "lei ordinária" aqui utilizada deve ser entendida como norma infraconstitucional e não como a espécie normativa constante do art. 59, III da Constituição Federal de 1988.

³ O poder constituído é um poder inferior, de competência limitada pela Constituição.

*constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida."*⁴

O professor Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz apresenta a natureza jurídica do controle de constitucionalidade, senão vejamos:

*"A análise dos pronunciamentos, jurisdicionais e doutrinários, acerca do controle de constitucionalidade, revela um aspecto comum a todos eles, que constitui a nota essencial dessa técnica de defesa da Constituição: controle jurisdicional da regularidade dos atos normativos dos poderes públicos, no que se refere à sua forma e conteúdo, bem como no que toca à competência de cada órgão para praticá-lo."*⁵

Se não houvesse um controle de constitucionalidade, a supremacia da Constituição restaria prejudicada, pois o legislador ordinário poderia facilmente alterar as normas constitucionais, fato este que prejudicaria a vantagem que a Constituição rígida oferece, sobretudo, à garantia dos direitos enumerados na Carta Magna., estando pois o fundamento do controle de constitucionalidade das leis no princípio da supremacia da Constituição.

3) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

O controle de constitucionalidade pode ser formal ou material. Diz-se que o controle é formal quando o objetivo do mesmo é verificar se a lei ou ato normativo foram elaborados de acordo com a Constituição, se foram seguidas as formas estabelecidas pela Lei Fundamental, se não foram invadidas competências, entre outras formalidades que devem ser seguidas pelo legislador ordinário no momento de elaboração das leis.

Enquanto o controle formal é um controle puro e simplesmente técnico, preocupando-se somente com o acatamento às formas constitucionais, o controle material se preocupa com o conteúdo, com a substância da norma. No controle material, busca-se uma compatibilização

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pág. 268.

⁵ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção, 1ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág.21.

da lei ou ato normativo ordinários, com os cânones da Constituição, com seus princípios políticos fundamentais.

*"Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc.) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; (b) materialmente quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição."*⁶

5) MEDIDAS RECESSIVAS EM OPOSIÇÃO À BUSCA DO PLENO EMPREGO

A Constituição de 1988, em seu Título VII (DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA) e dentro do Capítulo I (DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA), diz, no art.170, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados nove princípios, dentre os quais se encontra "busca do pleno emprego".

Como foi visto na parte inicial deste trabalho, o desemprego hoje é um fenômeno mundial e o Brasil está inserido nesse contexto. Desde que o então presidente Fernando Collor de Melo iniciou a abertura do mercado brasileiro aos produtos importados, acabou por iniciar a inclusão do Brasil na competição global; competição esta que gerou diversos benefícios, mas também trouxe consigo variadas conseqüências negativas à economia brasileira, dentre elas o desemprego.

Visando à estabilidade do Plano Real (atualmente ameaçada, tendo vista a volta da inflação e a desvalorização em relação ao dólar) e também com o objetivo de evitar a evasão de reservas (leia-se fuga do capital especulativo ou virtual) o governo vem adotando diversas medidas de caráter

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pág. 49.

recessivo, dentre elas: o aumento dos juros (com o objetivo de tornar a economia brasileira atraente ao investidor internacional, o qual, pelo menos em tese, tendo em vista a grande margem de lucro proporcionada por taxas de juros estratosféricas, assume o risco de deixar o seu capital aqui investido); aumento da carga tributária (já extremamente excessiva), enxugamento da máquina administrativa, privatizações, entre outras.

São nítidos os efeitos recessivos de tais medidas, pois ou colocam diretamente o brasileiro no desemprego, como por exemplo as demissões que tem por causa as privatizações, ou indiretamente, tal como acontece com elevação nos juros, que se por um lado diminuem o consumo inibindo a inflação, por outro causam endividamento das empresas, as quais não só deixam de tomar empréstimos que permitiriam aumentar a produção, fato este que traria benefícios à economia, como demitem funcionários, visando ao corte de despesas (fundamental numa economia globalizada, onde a concorrência deixa de ser local para atingir extensão mundial).

Como foi visto, a busca pelo pleno emprego constitui um dos princípios da Ordem Econômica (art. 170, VIII, CF/88), ordem esta que tem como um de seus fundamentos a valorização do trabalho humano.(art.170, caput, CF/88). Será necessária uma rápida explicitação do que significa o fato de a ordem econômica ter como fundamento a valorização do trabalho humano e ter como um de seus princípios a busca pelo pleno emprego.

A Ordem Econômica tem como um de seus fundamentos a valorização do trabalho humano. Sobre esse fundamento, as palavras de José Afonso da Silva⁷ :

"... Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado."

Com relação ao princípio⁸ da busca do pleno emprego, antes de dar sua definição, é necessário lembrar que pelo fato de ser um princípio, tem a capacidade de direcionar a atividade produtiva rumo à busca do pleno emprego.

⁷ Idem, pág. 762.

⁸ Os princípios são um núcleo, ou seja, a base de onde irradia o sistema de normas. Por esse motivo, servem tanto como um critério para interpretação de normas ditas obscuras, como para preenchimento de lacunas.

Por pleno emprego, entende-se o fato de a economia propiciar meios, para que aqueles que estiverem em condições de prestar uma atividade produtiva, possam realizar tais atividades, com isso auferindo determinada contraprestação pecuniária, a qual garantirá sua subsistência e acesso necessário a bens da vida, que, por sua vez, permitirão uma existência condizente com a dignidade da pessoa humana.

Novamente, tomar-se-ão emprestadas as palavras do eminente mestre⁹:

"A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva.... Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano... Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica."

É chegada a hora de discutir-se até que ponto tais atitudes do atual governo, no que tange ao emprego, são constitucionais ou não.

Viu-se na segunda parte desse trabalho que o controle de constitucionalidade pode ser feito por dois aspectos: controle formal e controle material.

Sob o ponto de vista formal, as atitudes do governo, em geral, são constitucionais. Constitucionais porque já que o controle de constitucionalidade sob o ponto de vista formal é puramente técnico, levando em conta formas de elaboração e aprovação de leis ou atos normativos e competências para realizar tais atos, as medidas tomadas pelo governo não ferem a Constituição nesse aspecto.

A grande questão é saber se, sob o ponto de vista material, as medidas tomadas pelo governo são ou não constitucionais. O controle material é aquele que não leva em conta formas de elaboração, mas sim o

⁹ Idem, pág. 771

conteúdo das normas, tendo um caráter político-valorativo.

Pode-se dizer que da maneira como está a conjuntura sócio-econômica brasileira, as medidas tomadas pelo governo são flagrantemente inconstitucionais, quando analisadas sob o ponto de vista material, pois ao passo que a cada dia surgem mais e mais desempregados e a economia entra em recessão (o que provoca uma saturação do mercado, o qual deveria absorver a massa de desempregados), percebe-se que as atitudes do governo vão de encontro ao princípio da busca do pleno emprego.

Porém, como foi dito no parágrafo anterior, as atitudes do governo são inconstitucionais tendo em vista a imediata conjuntura sócio-econômica nacional, ou seja, é uma análise a curto prazo. A longo prazo, segundo análises do governo, as quais são constantemente divulgadas pela imprensa, todas essas medidas recessivas são necessárias para que haja um "crescimento sustentado" da economia, que, por sua vez, reverterá a fase atual na medida em que: as empresas retomariam a produção, portanto gerando empregos suficientes; aumentariam os investimentos estrangeiros, o que provocaria uma redução nos juros; resumindo, o Brasil entraria num ciclo economicamente favorável.

Vê-se que o governo justifica suas ações com base no futuro, o que em tese proporcionaria um caráter de constitucionalidade material às suas medidas. Porém, quem pode garantir que não haverá uma crise mundial, a qual colocaria tudo a perder? Além disso, para que haja esse ciclo favorável, é fundamental que haja investimento externo e, como se sabe, esse investimento depende da confiança que o investidor tem na economia brasileira. Ora, a dívida interna brasileira atinge (devido aos altos juros, a gastos desnecessários e aos erros no sistema) cifras astronômicas que afastam o investidor internacional, o qual teme o chamado "calote". Para atrair a confiança do investidor, seria necessário equilibrar as contas, o que só será possível através das reformas tributária, política, do judiciário, da previdência, entre outras, nas quais governo parece não estar conseguindo êxito.

É por essas razões que, neste trabalho, se defende a inconstitucionalidade material das medidas adotadas pelo governo, pois nem o povo e nem a ordem jurídica, representada pela Constituição, podem suportar tais medidas, sob pena de voltar-se à época em que os reis encarnavam os Estados, a lei era a vontade real e o povo, sujeito as mais repugnantes arbitrariedades, era relegado a plano secundário.

6) CONCLUSÃO

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 170 *caput*, diz que um dos fundamentos da ordem econômica, é a valorização do trabalho humano, e no inciso VIII do mesmo artigo, consagra o princípio da busca do pleno emprego.

Viu-se que, da união de fundamento e princípio, chega-se à conclusão de que a Constituição, sob um ponto de vista material do controle de constitucionalidade, repudia qualquer medida de caráter recessivo que possa atingir a capacidade da economia absorver a parcela da população apta a realizar atividade produtiva.

Após análise desses dispositivos constitucionais, chega-se à conclusão de que a política do governo com vistas a sustentar a estabilidade da moeda e evitar a fuga de capitais acaba por afrontar a Constituição, com prejuízo à supremacia das normas constitucionais e, por conseguinte, a segurança trazida por um sistema de constituição rígida. Isto sem falar de um povo brasileiro, que sente na pele as atitudes de seus governantes, os quais deveriam fazer uma proporção, a fim de realizar um sopesamento e chegar à justa medida entre o desenvolvimento econômico e o bem estar do povo, respeitando assim a dignidade da pessoa humana e a soberania popular.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção**, 1ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 5ª Edição, São Paulo, Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ESCUTA TELEFÔNICA

INESSA DA MOTA LINHARES VASCONCELOS

Acadêmica de Direito,
Estagiária da PGM

1. INTRODUÇÃO

Nesse século, os progressos técnicos conseguidos pela humanidade tornaram capaz a gravação de sons emitidos por meio das comunicações telefônicas. Esse novo fato social fez surgir a necessidade de proteção desse tipo de comunicação pelos Estados, erigindo-se o sigilo das comunicações à categoria dos direitos fundamentais. Contudo, não se poderia cogitar da possibilidade de privar o Estado por completo, do acesso a esses tão importantes meios de provas para o combate e repressão aos crimes, que são as interceptações telefônicas. Desta forma, passou-se a disciplinar o emprego dos meios eletrônicos de captação de provas.

No Brasil, o assunto foi primordialmente tratado pelo Código Brasileiro das Telecomunicações (Lei 4.117/62). No entanto, somente após a Constituição de 1988, é que o assunto passou a ser melhor explicitado, dispondo nossa Magna Carta sobre o sigilo das comunicações telefônicas, autorizando a sua quebra somente nas hipóteses previstas em lei.

Contudo, a lei regulamentadora da quebra do sigilo telefônico, a qual pôs fim à polêmica gerada sobre a ilicitude ou não das provas obtidas por meio de interceptação telefônica, só foi publicada em 24 de julho de 1996 (Lei nº 9.296), disciplinando a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. No entanto, referida norma não disciplinou a respeito da *escuta telefônica*, a qual não se confunde com interceptação.

2 - A DIFERENÇA ENTRE INTERCEPTAÇÃO E ESCUTA TELEFÔNICA.

É de extrema importância fazer uma distinção, que nem sempre se apresenta, qual seja, a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Ocorre a interceptação (*de inter capio*), quando um terceiro escuta e/ou grava uma conversa enquanto essa está ocorrendo, sem que nenhum dos interlocutores saiba deste fato. Ao contrário, a escuta telefônica tem lugar quando um terceiro ou um dos interlocutores grava a conversa, sem que o outro tome conhecimento de que isso está ocorrendo. Desse assunto trata o ilustre Vicente Greco Filho, quando diz que *"a interceptação telefônica, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles. Esta é que caracterizará o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine"*.¹

Assim, para distinguir a hipótese de interceptação quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou entre presentes, denominamos *escuta* ou *gravação clandestina*, enquanto que a outra denominamos *interceptação telefônica strictu sensu*.

3 - A ESCUTA TELEFÔNICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A escuta telefônica não está abrangida pela Lei 9.296/96, conforme assevera Grinover, Scarance e Magalhães Filho. Segundo eles, *"não se enquadra, igualmente na garantia do art. 5º, XII, da CF a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes"*², pois que a citada lei trata de interceptação *strictu sensu*, onde sempre existirá a figura de um terceiro que, conforme dito supra, escuta e/ou grava a conversa sem a anuência de nenhum dos interlocutores, o que não ocorre nos casos da escuta telefônica.

¹ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*, p 04.

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *As nulidades no Processo Penal*, p. 196.

No entanto, podemos afirmar que a escuta telefônica viola um direito igualmente ou até mais importante do que o direito ao sigilo das comunicações telefônicas – o direito à intimidade.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à licitude da prova conseguida por intermédio de gravação clandestina ou escuta telefônica, alegando ferir o direito à intimidade, consagrado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Como garantia a esse direito, nossa Carta Magna alberga em seu texto o princípio de serem, no processo, inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). O dispositivo relaciona-se com a intimidade, um direito fundamental do homem presente em nossa Carta Política.

Ressalte-se, porém, que a escuta telefônica em si não constitui-se fato ilícito, no entanto, o ato de tornar pública a conversa telefônica é que infringe o direito à intimidade, podendo tipificar o crime capitulado no art. 153 do Código Penal – divulgação de segredo – que consiste na revelação de fatos, sem justa causa, que possam causar danos a terceiros. Assim, essa divulgação será considerada prova ilícita. No entanto, quando houver justa causa, a ilicitude estará afastada, consoante lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Magalhães Filho *"...a justa causa pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa"*.³ Desta forma, resta ao julgador caracterizar ou não a ilicitude da prova ao interpretar o que seria a justa causa.

4 - A PROVA OBTIDA POR MEIO DE ESCUTA TELEFÔNICA É ILÍCITA?

Alguns doutrinadores, bem como uma pequena parcela da jurisprudência, entendem que a prova obtida através de interceptação telefônica é plenamente lícita, uma vez que não feriria nenhum preceito fundamental. Essa é a opinião do Min. Carlos Velloso, do STF (em voto vencido na ação penal nº 307-3/DF), pois, segundo aquele ilustre julgador *"(...) não há, na ordem jurídica brasileira, nenhuma lei que impeça a gravação feita por um dos interlocutores de uma conversa, inclusive para documentar o texto dessa conversa, futuramente"*.⁴

³ *Idem*, p. 196.

⁴ Cf. Ação Penal nº 307-3/DR Rel. Min. Ilmar Galvão – Ementário STF nº 1.804-11.

A *contrario sensu*, diversos outros doutrinadores e grande parte da jurisprudência consideram ilícita a prova produzida por meio de escuta telefônica. Como evidenciou o Ministro Celso de Mello, do STF, "a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento - precisamente por realizar-se de modo sub-reptício - envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio".⁵

A prova ilícita é aquela colhida com infringência de normas ou princípios, insculpidos na Constituição Federal de 1988, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF), das colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc. Por conseguinte, a gravação ou escuta telefônica não é meio legal nem moralmente legítimo de produção de prova no processo, visto que essa enquadra-se no conceito de prova ilícita, pois é obtida violando direito tido como fundamental, qual seja, a intimidade. No entanto, em alguns casos, poderia até ser admitida, cabendo ao juiz, em falta de norma que regulamente o assunto, aplicar o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, é a escorreita lição de Fernando Capez, segundo o qual "... a interceptação em sentido estrito, a gravação clandestina e a escuta telefônica, quando feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não devem ser admitidas, por afronta ao direito à privacidade. No entanto, excepcionalmente, mesmo quando colhidas ilegalmente, tais evidências poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade".⁶ Parece ser a opinião mais acertada.

5 - O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS CASOS DE ESCUTA TELEFÔNICA

O que a norma constitucional almeja, ao determinar a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, é que não se atente contra os direitos fundamentais individuais, contudo, essa proibição não pode ser por demais rígida, visto que "... a sua observância intransigente levaria à lesão de

⁵ Cf. STF, voto proferido na Ação Penal nº 307-3/DF.

⁶ CAPEZ, Fernando, in *Curso de Processo Penal*, p. 37.

um direito fundamental ainda mais valorado".⁷ Isso ocorre pois nos sistemas constitucionais modernos não existem liberdades absolutas, visto que deve haver uma harmonização entre os diversos direitos e garantias fundamentais. Não existem, verdadeiramente, garantias constitucionais conflitantes, pois há, em casos de contrastes, um sistema que deixa de lado um princípio geral (*in casu* a intimidade) para atender a uma finalidade excepcional (que pode ser a liberdade, a vida etc). Portanto, esse sistema deverá ser posto em prática sempre que uma liberdade pública estiver sendo utilizada como escudo de proteção para que se cometam atos ilícitos. Muito acertada, a nosso ver, a decisão do STJ segundo a qual "está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas".⁸

Essa intromissão do Estado na esfera individual do cidadão ocorre quando se sobrepõe o interesse público em detrimento do interesse do particular. É a aplicação do princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela escola alemã, que visa a medir as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim, sendo que esse supera as desvantagens quando o princípio é bem utilizado, e da razoabilidade (*reasonableness*), o qual consiste em verificar se os atos do Poder Público estão permeados pelos valores da justiça, que são supremos em todos os ordenamentos jurídicos. Razoável, na concepção de Rafael Bielsa, é "o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia".⁹

Assim, quando aplicado aos direitos fundamentais contrastantes, busca-se uma forma de conciliação entre eles, de sorte que o princípio de maior valor social, por exemplo, a vida, eleva-se em relação ao interesse individual, *in casu*, a intimidade.

Esses princípios também são utilizados nos casos de escuta

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, in *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, p. 275.

⁸ STJ - 6ª Turma. Processo: RHC, nº:2777, julg.:22.06.1993

⁹ BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo*, apud Luis Roberto Barroso, in *O Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 23, junho de 1998, p. 69.

telefônica, considerada meio de prova ilícita, mas que, no entanto, poderá ser aproveitada quando o interesse social for preponderante em relação ao interesse individual em questão. Igual posição é partilhada por Rogério Schiatti Machado Cruz, segundo o qual "à falta de texto expresso, continuará a disputa doutrinário-jurisprudencial acerca da ilicitude do comportamento e do valor probatório da gravação assim obtida, havendo de vencer (...) a posição que se vale do critério da proporcionalidade oriundo do direito alemão, pelo qual, em situações excepcionais, deve prevalecer, na balança dos interesses em jogo, o valor da liberdade em detrimento do valor da intimidade".¹⁰

No entanto, a aplicação do princípio em tela deve ser restrita, pois se houver a sua larga utilização, o Estado, com o pretexto de coibir a criminalidade, passará a invadir demasiadamente a privacidade e a alma dos cidadãos. É exatamente por isso que grande parte da doutrina e da jurisprudência só aceita a utilização da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP). Essa é a opinião de Grinover, Scarance e Magalhães, ao afirmarem "a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros"¹¹ (grifo nosso). Continuam adiante dizendo que se a prova considerada ilícita for colhida pelo acusado, há de se entender que a ilicitude é suprimida, por exemplo, pela legítima defesa, excludente da antijuridicidade.¹²

Embora o entendimento dominante seja pela aplicação da proporcionalidade somente *pro reo*, a 6ª Turma do STJ, em decisão polêmica e isolada, decidiu que o princípio poderia ser aplicado também *pro societate*.

É necessário que a lei processual penal fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, conceituando-as e tomando posição quanto à sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova que não é ilícita por si mesma, mas obtida por intermédio de informações coligidas por provas ilicitamente colhidas, a que denominamos "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruits of poisonous tree*), do direito norte-americano, segundo a qual o vício da planta transmite-se a todos os seus frutos. Nesse caso, poder-se-ia, por exemplo, utilizar uma prova advinda de escuta telefônica por intermédio da qual a autoridade policial descobre uma testemunha? O depoimento prestado por ela será válido? O entendimento

¹⁰ Cf. *Breve análise da Lei 9.296/96*. In *Enfoque Jurídico*, nº 01, p. 6.

¹¹ Cf. *As Nulidades no Processo Penal*, p. 135.

¹² *Idem*.

majoritário do STF é pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Contudo, a melhor opinião é aquela que dispõe sobre a aplicação da teoria da proporcionalidade também às provas ilícitas por derivação, pois a Constituição Federal não refuta radicalmente as duas correntes. Assim entendem Grinover, Scarance e Magalhães.¹³

6 - CONCLUSÃO

Em suma, dada a diversidade de opiniões a respeito do tema, e a inexistência de norma regulamentadora, cabe ao juiz, no seu prudente arbítrio, examinar caso a caso as possibilidades em que possa considerar determinada prova obtida por meio de escuta telefônica ilícita ou não, temperando-a, quando necessário, com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, regras basilares para que se interprete harmoniosa e equilibradamente a Constituição Federal, refreando, pois, o ímpeto arbitrário que, muitas vezes, caracteriza o Estado brasileiro, para que esse não destrua, ainda mais, a nossa tão frágil e devassada intimidade.

BIBLIOGRAFIA

AVOLIO, Luiz Torquato. *Provas Ilícitas*. São Paulo : Rt, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1988.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo*, apud Luis Roberto Barroso, in *O Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política, nº 23, junho de 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3ª edição, rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 1999.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Breve análise da Lei 9296/96*. Revista Enfoque Jurídico, nº 01, 1998.

¹³ *Ibidem*, p. 140.

GOMBS, Luiz Flávio. *Interceptação Telefônica "de Ofício": Inconstitucionalidade*. Revista Jurídica nº 242 - Dez/97.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei nº 9296/96*. Boletim IBCCRIM, nº 45, Agosto/1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo : Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *As nulidades no Processo Penal*, 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 1992.

MAILLO, Afonso Serrano, *Valor de las escuchas telefônicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo : RT, nº 15, 1996.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª edição, rev. ampliada e atualizada. São Paulo : Atals, 1999.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

INGRID BARREIRA

Procuradora do Município de Fortaleza

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. JUSTIFICATIVA DO TEMA

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1. Considerações Iniciais

2.2. Os Subprincípios que integram o Princípio da Proporcionalidade

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4. A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. Regime Constitucional dos Direitos Fundamentais

5.2. A Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais

5.3. Restrições aos Direitos Fundamentais

6. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

A disciplina Princípios Constitucionais da Administração Pública, do curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, enfatizou a importância da imposição de restrições a determinados direitos, sempre questionando não somente sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas, sobretudo, a compatibilidade das restrições com o princípio da proporcionalidade.

O presente trabalho busca refletir sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. Vale ressaltar, desde logo, que a doutrina brasileira não emprestou grande importância aos temas ligados ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Também a jurisprudência dele não cuidou, salvo em raríssimos casos.

Quanto à estrutura redacional, este trabalho está organizado da seguinte maneira: na primeira parte, procuramos fazer um relato acerca do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Em seguida, falaremos sobre o princípio na ordem constitucional brasileira. Analisaremos o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e nos direitos fundamentais. Por fim, mostraremos as críticas da doutrina ao princípio da proporcionalidade.

1. JUSTIFICATIVA DO TEMA

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

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

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

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

O caráter polissêmico e aberto das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, muitas vezes já contém em si uma exigência de conformação. Quando se fala, por exemplo, em "função social" da propriedade, revela-se insita a necessidade de o legislador ordinário intervir para dar-lhe um sentido determinado.

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

*"Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas."*¹

Pode ocorrer, em outras situações, que um direito fundamental colida com bens jurídicos da sociedade, resultando em tensões igualmente não solucionáveis por critérios abstratos e gerais. Podemos citar como exemplo, quando a liberdade individual colide com a saúde pública ou a

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992, p.42.

segurança nacional.

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

O objetivo primordial do estudo do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos e garantias que a nossa Constituição reconhece e aos quais postula efetividade.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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

A transposição do princípio da proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional, de onde se irradia para os mais diversos setores do direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha. Essa Corte Suprema, a partir de um determinado momento, passa a referir com frequência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao "pensamento de proporcionalidade", tais como: "excessivo, inadequado", "necessariamente exigível", até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata proibição de excesso, enquanto regra condutora abrangente de toda atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito, possui estrutura constitucional.²

Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade, in: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, cit. p. 26

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

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

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

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

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

O Egrégio Supremo Tribunal, mesmo aludindo ao termo proporcionalidade, não deixou de fazer referência à razoabilidade, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, cit. p. 617.

⁴ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2a ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 122.

2.2 OS SUBPRINCÍPIOS QUE INTEGRAM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

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

Tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

a) Princípio da Adequação ou da Idoneidade

Para fazer valer o princípio da proporcionalidade, o juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser observado.

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

PEDRAZ PENALVA, em citação feita por Suzana de Toledo Barros, assevera que: "...questiona-se se a adequação há de ser total ou pode ser apenas parcial, isto é, se há ou não exigência de uma absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido. Penalva entende que não há por que radicalizar o assunto, mostrando que um juízo de adequação se faz em face de uma situação concreta, não se podendo olvidar, contudo, que a lei, como produto da vontade do legislador, é, no momento de sua edição, apenas uma previsão abstrata cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão-se revelando."⁵

b) Princípio da Exigibilidade ou da Necessidade

Este princípio tem como pressuposto que a medida restritiva é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental

⁵ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. P. 77.

que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos lesiva.

Conclui-se, portanto, que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional.

Pode-se aferir a necessidade de restringir uma medida legislativa, por exemplo, com relação a sua duração no tempo, quando houver uma relação de pertinência lógica que a justifique entre a duração de uma medida restritiva e a finalidade para a qual foi imposta, notadamente quando estão em causa medidas processuais cautelares, tanto no processo civil quanto no penal. A título de ilustração, analisemos o inciso XII, do art. 5º da CF, o qual permite ao legislador impor restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Porém, o tempo de interceptação telefônica deve ser limitado, mesmo tratando-se de investigação de criminosos pertencentes a organizações que pratiquem permanentemente crimes, já que trata-se de uma medida excepcional, e evite que a exceção se torne regra, por pena de aniquilar uma garantia constitucional.

c) Princípio da Proporcionalidade em Sentido Restrito

O Princípio da proporcionalidade visa indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. Quando se chega à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, deve-se perguntar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma.

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.⁶

A inconstitucionalidade ocorre, enfim, quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na medida da proporcionalidade.⁷

A proporcionalidade *strictu sensu* deverá sempre ser conectada aos princípios da adequação e da necessidade. Este princípio há de ser inferido a partir de técnica de ponderação de bens.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 338.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 361.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A existência do princípio da proporcionalidade no sistema brasileiro não necessariamente precisa estar contido explicitamente no texto da Constituição. No caso concreto, os tribunais o aplicará desde que possa ser haurido de outros princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é o que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência fora das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.⁸

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

Infere-se, a partir desse novo contexto, que a dignidade do homem, objetivo maior a ser alcançado pelo Estado e por toda a sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e a necessidade de certas garantias básicas para assegurar-lhes.

O princípio da proporcionalidade tem assento nesse contexto normativo, no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Seu principal objetivo é a garantia especial, ou seja, a exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 395.

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

- Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos, incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; § 4º, bem como alíneas "c" e "d" do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria do servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.⁹

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

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

O Estado de Direito é o que define e respeita os limites de sua atividade, por meio de normas jurídicas, com o fim de atingir objetivos prefixados. A nossa Constituição, em seu preâmbulo, indica:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹ BONAVIDES, Paulo. op. cit. Pp. 395/396.

4. A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário brasileiro não deixou passar em brancas nuvens a questão sobre o controle de leis desarrazoadas.

Diversas são as decisões exaradas pelos órgãos jurisdicionais do país em sede de controle difuso de constitucionalidade, com manifestações do reconhecimento do princípio da proporcionalidade.

A decisão do Supremo Tribunal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 45.232, de fevereiro de 1968, no qual invocou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei nº 314/1967 (Lei de Segurança Nacional), possui clareza solar quanto ao juízo de ponderação aplicado entre os meios e fins da norma restritiva de direito:

(...) A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150, caput e 150, § 35, da CF porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos, no exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O § 35 do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito e às instituições políticas criadas pela Constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48 do referido Decreto-Lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais.

O art. 48 da Lei de Segurança Nacional, em tela, assegurava que: *"A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste Decreto-Lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em atividade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória."*

O Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição, reconheceu o princípio da proporcionalidade, conforme flui do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

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

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

Esta simples colocação serve para demonstrar que um juízo seguro sobre a inadequação da medida (de duvidosos efeitos úteis) e sobre a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos afiguraram-se suficientes para legitimar a suspensão da norma de conteúdo restritivo.¹⁰

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

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

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais*. cit. p. 80.

partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação."

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

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido).¹¹

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Min. Celso de Mello, na Adin 1.158-8, coroadando a jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade, ratificou que a tese de que a norma legal deve se justificar a partir dela mesma, podendo ser detectado o vício da desarrazoabilidade, ainda quando não se trate de norma restritiva de direito, nos seguintes termos:

"(...) Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável."

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 85.

de poder plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atual Constituição Brasileira dedica o Título II aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, o qual é dividido em cinco capítulos, a saber:

- I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos
- II - Dos Direitos Sociais
- III - Da Nacionalidade
- IV - Dos Direitos Políticos
- V - Dos Partidos Políticos

Não há uma distinção na Constituição entre normas de direitos e normas de garantias dos direitos fundamentais.

O primeiro capítulo faz referência a valores supremos como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como, direitos institucionais e garantias jurídico-processuais a propiciarem a concreção daqueles valores.

O segundo capítulo refere-se a direitos sociais, incluindo entre estes a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e aos desamparados. Explicita ainda em que consiste os direitos dos trabalhadores, o direito à livre sindicalização, à greve e à participação na gestão de seus interesses.

O terceiro, quarto e quinto capítulos referem-se sobre a aquisição e perda da nacionalidade, dos direitos políticos e da instituição dos partidos.

5.2. A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem a mesma natureza dos direitos humanos. Diferem pela força positiva que possuem os primeiros, carecendo desta força os segundos. Enquanto os direitos humanos são padrões morais que, teoricamente, deveriam submeter-se as ordens jurídicas, os direitos fundamentais constituem preceitos constitucionais de um dado sistema jurídico e, portanto, possuem impositividade e condições de efetividade. Aqueles constituem postulados ético-políticos com validade universal. Estes possuem uma limitada validade que decorre do respectivo espaço físico e comunidade.¹²

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

a) Subjetiva

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

b) Objetiva

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

Objetivar significa legitimar certos valores reconhecidos pela comunidade e aplicáveis pelos intérpretes.¹³

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

¹² STUMM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Liv. Do Advogado. 1995. p. 124.

¹³ STUMM, Raquel Denize. op. cit. p. 125.

5.3. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais quando o próprio texto constitucional autorizar a restrição. Por isso, as restrições de direitos fundamentais só podem ser diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais.

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

Em outras circunstâncias, o texto constitucional não prevê diretamente uma restrição mas sim a possibilidade de restrição, como no caso do inciso XIII do mesmo artigo 5º, segundo o qual "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O direito ao exercício profissional pode sofrer limitações pela imposição de certos requisitos."¹⁴

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

6. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É preponderante na doutrina jurídica constitucional, os que defendem o caráter imprescindível do cânone da proporcionalidade como parâmetro de controle não só da aplicação da lei como da sua própria criação, sobretudo quando estão em exame medidas que restringem posições fundamentais.

Também há àqueles que recusam a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em sede constitucional

¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. p. 159.

A crítica repousa, notadamente, nas seguintes objeções:

a) A aplicabilidade constante deste princípio pode provocar uma demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao legislativo, de maneira que o juiz sub-rogue-se no papel político do legislador.

b) A idéia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei, o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça.¹⁵

CANOTILHO ensina que não está em causa a invasão do Poder Judiciário no que compete ao Poder Legislativo, mas, simplesmente, que o Poder Legislativo não possui liberdade absoluta para fixar os fins legais:

"(...) Por um lado, a liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, a apurar através de princípios constitucionais constitutivos (ex: princípio democrático) e de direitos fundamentais; por outro lado, se as previsões ou prognoses são atos políticos, também isso não significa que esses atos não possam ser medidos pela Constituição. O problema não reside aqui em, através do controle constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política."¹⁶

Sobre a segurança jurídica, também repousam contestações ao princípio da proporcionalidade. A insegurança diz respeito a possibilidade de uma flexibilização do sistema de autorização para restrições e a conseqüente nivelção dos valores constitucionais.

Contestando as objeções ao princípio da proporcionalidade, ressalta-se que ele é usado para inibir uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas, não podendo ser usado para justificar iniquidades.

Finalmente, não poderia deixar de considerar que mesmo sendo o princípio da proporcionalidade manejado indevidamente, causando, até mesmo injustiças, mais injusto é a aplicação automática e indiscriminada da lei.

¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. p. 204.

¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. op. cit. p. 207.

CONCLUSÃO

O princípio da proporcionalidade é essencial à racionalidade do Estado de Direito, porque contém uma exigência de justa medida para o exercício do poder.

Os três elementos do princípio são: o princípio da adequação e o da necessidade, que são exigências constatadas concretamente, e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que avalia os pesos jurídicos dos respectivos bens ou direitos envolvidos no conflito no sentido de dar uma solução concreta justa.

Este princípio tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. O núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre ser resguardado de arbitrariedades ou de excessos cometidos contra eles.

Assim, tem o princípio da proporcionalidade um papel primordial, uma vez que, a sua correta aplicação no controle de constitucionalidade traz como premissa metodológica a compreensão jurídico-dogmática dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 é detalhista na explicitação de direitos e de suas garantias, adotando o sistema de autorizações expressas simples e qualificadas, quando não diz expressamente, por meio de cláusula restritiva.

Parece-nos juridicamente plausível, que em caso de colisão de direitos fundamentais, a técnica que deve ser aplicada de aferição da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, que vale como lei para o caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Ensaio de teoria constitucional. Fortaleza, 1989

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

**BREVE ANÁLISE DA COFINS E DO PIS ANTE A
LEI Nº 9.718/98.**

RODRIGO GUILHERME RAMALHO
Acadêmico do Curso de Direito da UNIFOR
Estagiário da Procuradoria da República no Estado do Ceará

SUMÁRIO

- I - INTRODUÇÃO;
- II - HISTÓRICO;
- III - HIERARQUIA DAS NORMAS;
- IV - COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 9.718/98 COM A EC Nº 20/98;
- V - EFEITOS DA LEI Nº 9.718/98 ANTE O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL;
- VI - COMPENSAÇÃO DA COFINS COM A CSLL;
- VII - DISSIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO;
- VIII - CONCLUSÃO; IX - BIBLIOGRAFIA.

"Sob a ponte da Justiça passam as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. Justiça é compreensão, isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje é a esperança do amanhã." (Mauro Cappelletti)

I - INTRODUÇÃO

Pretende-se, em breve digressão, elucidar os efeitos atinentes à Lei nº 9.718/98, face à alteração relativa à Lei Complementar nº 70/91, a qual instituiu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e à Lei Complementar nº 07/70, a qual instituiu o Programa de Integração Social - PIS. Nesse diapasão, convém traçar um breve histórico das disposições constitucionais e legais reguladoras das contribuições sociais em comento, a fim de procedermos a uma análise, ainda que modesta, assaz sistemática e desprovida de qualquer paixão.

II - HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988, no art. 195, inciso I, prescrevia que :

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

.....".
(grifos nossos)

Não obstante esse dispositivo constitucional exigir lei ordinária para criação das contribuições sociais nele mencionadas, editou-se, em 30/12/91, a Lei Complementar nº 70, instituindo a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), cujo art. 2º preceitua que:

"a contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza".

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.718/98, de 27/11/98, alterando a legislação tributária federal, determinando:

"Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei".

"Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica".

"§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas".

Adveio, por fim, a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, dando nova redação ao citado art. 195, inciso I, nos seguintes termos:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro."

(grifo nosso)

Quanto ao Programa de Integração Social (PIS), instituído pela Lei Complementar nº 07, de 07/09/70, de igual modo, a Constituição Federal, à época (CF/67), exigia apenas lei ordinária para sua criação.

III - HIERARQUIA DAS NORMAS.

Tem sido objeto de intensa discussão a questão sobre a possibilidade de uma lei complementar, tratando de matéria reservada à lei ordinária, ser alterada por lei dessa última natureza.

De um modo geral, lei ordinária que vai de encontro ao que estabelece uma lei complementar vulnera a própria Constituição, posto que estará disciplinando interesses que só por ela poderão ser regulados.

Tal conflito de normas acabará por ferir o Princípio da Compatibilidade Vertical, e, por conseguinte, a norma de maior superioridade hierárquica, qual seja, a Constituição Federal.

O douto Hugo de Brito Machado professa que "a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser alterada ou revogada".

É imperioso ressaltar que tal pensamento contraria o entendimento da doutrina majoritária, a qual, pode ter sua posição externada por José Afonso da Silva, em "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", através da sapiência que lhe é peculiar, na assertiva: "a lei complementar só é tal na medida em que disciplina matéria especificamente prevista na Constituição a ser veiculada por essa categoria normativa".

Dessarte, lei complementar que disciplinar assunto da alçada de lei ordinária pode vir a sofrer alteração por esse tipo normativo. E, a fim de minuciar ainda mais a matéria, frise-se uma passagem da já retromencionada obra, segundo a qual, "uma lei não deixa de ser ordinária quando não se exige outra forma, mesmo que tenha sido aprovada pela unanimidade das duas Casas do Congresso Nacional. Lei ordinária é tal não apenas porque é aprovada por quorum, mas também porque segue um procedimento ordinário, comum, conforme o disposto nos arts. 65 e 66, e de acordo com o princípio segundo o qual só depende de quorum especial (maioria absoluta, dois terços, três quintos) quando expressamente seja previsto em dispositivo constitucional (art. 47)".

Dessa forma, não caberia, aqui, questionar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 quanto à hierarquia das normas, pois tal dispositivo legal alterou leis complementares (LC nº 07/70 e LC nº 70/91) que só o são quanto à forma, tratando-se, quanto à matéria a que se detêm, de leis ordinárias. Isto porque, com fulcro no *caput* do art. 195 de nosso Código Supremo:

"a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das

seguintes contribuições sociais: (...)"
(grifo nosso)

IV – COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 9.718/98 COM A EC Nº 20/98.

Poder-se-ia alegar o confronto da Lei nº 9.718/98 com as normas constitucionais vigentes no momento em que foi publicada.

Ater-nos-emos, porém, à diferença entre vigência e publicação, fazendo uma breve alusão ao disposto na obra de Maria Helena Diniz, intitulada "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada":

"A obrigatoriedade da norma de direito não se inicia no dia da sua publicação, salvo se ela assim o determinar... O intervalo entre a data de sua publicação e sua entrada em vigor chama-se *vacatio legis*. Com o término da *vacatio* ter-se-á o início da obrigatoriedade da lei nova. Mesmo depois de publicada, a lei só adquirirá real obrigatoriedade, ou melhor, apenas terá autoridade após o decurso do período da *vacatio legis*. Portanto, para que a lei tenha completa autoridade imperativa, desenvolvendo força obrigatória adquirida, precisará aguardar o prazo fixado para sua entrada em vigor. Logo, o transcurso da *vacatio legis* é o complemento da publicação, imprescindível para que a lei faça atuar sua autoridade. Antes do decurso da *vacatio* a lei nova não terá efetiva força obrigatória nem autoridade imperativa, mesmo que promulgada e publicada, por ainda estar em vigor a lei antiga." (grifos nossos)

Tem-se, portanto, que a conformação de uma lei com as normas constitucionais é deduzida da data de entrada em vigor da referida lei, e não da data da publicação. É daquela data, pois, que a lei passa a ter obrigatoriedade, sendo, somente a partir daí, passível de algum controle de constitucionalidade (repressivo).

Destarte, quando a Lei nº 9.718/98 entrou em vigor, em 01/02/1999 (tendo, somente a partir dessa data, autoridade para produzir efeitos), a EC nº 20/98 já havia sido publicada, ou seja, já havia previsão constitucional

para a eficácia daquela lei, estando ela, portanto, consubstancialmente arrimada nos ditames constitucionais.

A Suprema Corte manifestou-se no sentido de atribuir obrigatoriedade a uma norma, em virtude de ulterior promulgação de Emenda Constitucional, conforme atesta a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.907-0 - DF, prejudicada, em razão da superveniência da Emenda Constitucional nº 20/98:

"EMENTA: Impugnação de expressões da Medida Provisória nº 1.723/98 (convertida na Lei nº 9.717/98), que dispõe sobre regras gerais dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, do Estados, do DF e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do DF, prevendo a contribuição concorrente de inativos e pensionistas.

Pedido prejudicado em razão da superveniente promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou substancialmente o teor original do § 6º do art. 40 da Lei Fundamental".

É digno de nota ressaltar, ainda, no mesmo acórdão, parte do voto proclamado pelo Min. Octávio Gallotti, expressando, exatamente, tal entendimento:

- "Em virtude da superveniente promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o conteúdo desse §6º foi substituído por dispositivo de teor inteiramente diverso, tendo passado ao *caput* do art. 40 (redigido em termos mais genéricos) a qualificação do caráter contributivo do regime.

- Penso, por esse motivo, que, não comportando contemplação apenas parcial a avaliação da constitucionalidade dos dispositivos impugnados na ação, e não sendo possível completar-lhe o exame mediante o confronto com norma constitucional, ulterior à sua edição, não se torna viável conhecer do pedido".

(RELATOR: MIN. OCTÁVIO GALLOTTI. DJ 26.03.99. TRIBUNAL PLENO)

É proveitoso, sob esse aspecto, uma visão do direito comparado.

em relação ao Direito Constitucional Austríaco e Alemão. O preclaro Paulo Bonavides, em sua obra "Curso de Direito Constitucional", nos oportuniza esse cotejo ao se reportar a René Marcic, teorista do Estado social e filósofo do Direito, para quem:

"...o Tribunal Constitucional austríaco se coloca na posição de somente afastar do sistema jurídico as leis declaradas nulas, de maneira *ex nunc*; segundo a ordem constitucional austríaca as leis inconstitucionais não são pois atos nulos *ex tunc*. Chega mesmo o Tribunal Constitucional vienense a deixar ficar como está, ou seja, com eficácia, por um determinado espaço de tempo uma lei reconhecida por inconstitucional - isto em virtude da segurança jurídica e a fim de oferecer ao Governo a oportunidade de preparar durante este espaço de tempo, uma lei que seja constitucional".

No supracitado livro, Paulo Bonavides, referindo-se aos ensinamentos de Erwin Melichar, juiz da Corte Constitucional e professor da Universidade de Graz, afirma que, segundo este, em contribuição ao Colóquio de Heidelberg sobre Jurisdição Constitucional, promovido em 1961, na Áustria:

"A sentença do Tribunal Constitucional, mediante a qual se reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, invalida essa lei. A anulação das leis tem por conseguinte, como no controle abstrato de normas, eficácia tão-somente *ex nunc*... Até a entrada em vigor da invalidação todos os demais atos de execução produzidos pela administração e pelos tribunais não serão atingidos pela anulação".

Acolhendo tal vertente, consoante a sapiência de Paulo Bonavides e sua obra retromencionada, encontra-se um dos mestres do Direito Público alemão, o Professor Klaus Stern, da Universidade de Colônia, acentuando que a tese ortodoxa de que as normas jurídicas inconstitucionais são providas, desde o início (*ex tunc*), de nulidade *ipso iure*, tem sido alvo de redobrados ataques, por parte de grandes juristas constitucionais, tais como C. Moench e Chr. Pestalozza.

Acerca de tal posicionamento, que incide e se prolifera, a cada dia, nas sociedades mais desenvolvidas do mundo, esclarece-nos, ainda, o susomencionado constitucionalista:

"Não tem sido unicamente na esfera doutrinária que aquele entendimento vem sendo abalado ou questionado. Em verdade, já deixou ele de prevalecer em alguns acórdãos da Corte de Karlsruhe, onde se observam manifestas tendências para um desvio de rumo quanto à nulidade *ipso iure* das normas jurídicas inconstitucionais. Chega aquele Tribunal a admitir que os efeitos da invalidade podem padecer limitações no interesse da segurança jurídica".
(grifo nosso)

Remetendo-nos à obra "Curso de Direito Constitucional", de Celso Ribeiro Bastos, e ao vigor expositivo que lhe é peculiar, temos que:

"Outra razão que entende com a segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora inconstitucionais, possam existir ou ter eficácia durante um prazo de transição, levando-se em conta que a invalidade das prescrições das Constituições, ou seja, a supressão da norma por declaração de nulidade, produziria uma situação que aos julgadores se afigura mais 'inconstitucional' do que aquela provocada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas 'incompatível' com a Constituição".

Ainda com base nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos:

"Temos como certo que a ninguém é permitido afrontar, derrubando-a, uma barreira colocada pelo Poder Público na estrada, em cumprimento a uma existente lei proibitiva, não importando em nada a opinião que o autor da desobediência faça a respeito da constitucionalidade da dita lei. À Administração será facultado tomar todas as medidas de caráter executório para tornar efetiva a sua pretensão, antes mesmo que o órgão encarregado do controle da constitucionalidade tenha se manifestado sobre a questão".
(grifo nosso)

Determina o art. 12 da EC nº 20/98 que as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social são exigíveis de acordo com as leis já estabelecidas. Isto posto, considerando que emendas constitucionais têm a

mesma hierarquia das demais disposições da Constituição, e atendo-se à superioridade de tais emendas (princípio da supremacia constitucional) em relação às leis complementares, a obediência e subordinação à retromencionada emenda constitucional e, conseqüentemente, à Lei nº 9.718/98 tornam-se irrefutáveis e indispensáveis, sob pena de infringir a Lex Maior.

V - EFEITOS DA LEI Nº 9.718/98 ANTE O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

Considerando, pois, a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, cumpre verificar os efeitos produzidos por ela. Com fulcro no art. 195, § 6º, CF, as contribuições sociais que forem instituídas ou modificadas por lei só poderão ser exigidas decorridos 90 (noventa) dias da data de sua publicação.

Com arrimo no dispositivo supra, poder-se-ia alegar contrariedade ao princípio da anterioridade nonagesimal, pois os efeitos de tal lei só poderiam ser produzidos a partir de 26 de fevereiro de 1999 (já que a lei foi publicada no DOU em 28 de novembro de 1998), e não a partir de 1º de fevereiro de 1999, como é o que nela vem determinado.

Ora, tanto a COFINS quanto o PIS têm fato gerador complexo, ou seja, necessita de um determinado lapso temporal, estabelecido em lei, para se concretizar, para se perfazer. O tempo exigido para tal, em ambos os tributos (COFINS E PIS), é o mês-calendário, sendo perfeitamente válida a sua aplicação em relação aos fatos geradores ocorridos a partir do mês-calendário fevereiro/99.

VI - COMPENSAÇÃO DA COFINS COM A CSLL.

Apesar do exposto, e da constitucionalidade e validade da Lei nº 9.718/98, é de uma clareza ímpar a desobediência ao princípio da isonomia no que tange à compensação do adicional da COFINS com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, pois tal operação implica em diminuição da carga tributária das empresas mais lucrativas em detrimento das empresas menos lucrativas ou com prejuízos fiscais. É o que dispõe o art. 150, II, CF:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao

Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

(...)"

Dada a violação ao princípio da isonomia, compete-nos analisar a extensão do vício constatado face ao conjunto normativo do referido dispositivo legal. É de se notar que a exclusão de tal vício não infere qualquer alteração à finalidade a que se detém a Lei nº 9.718/98. Desta feita, não se deve declarar a inconstitucionalidade desta lei no seu todo; deve-se, isto sim, rejeitar, apenas, a parte inválida, que diz respeito à compensação da COFINS com a CSLL, atribuindo-se, assim, validade e efeito às demais.

Ao que se refere à validade de compensação da COFINS com a CSLL, tem, assim, decidido o STJ:

"PROCESSUAL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS - PIS, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, COFINS, CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E IRPJ - IMPOSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA SUPERADA.

I - A Primeira Seção do STJ, seguindo nova orientação, decidiu que PIS, CSLL, a CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, a COFINS e o IRPJ não são tributos de mesma espécie e não podem ser compensados entre si.

(...)

III - Indefiro os embargos (RISTJ - Art. 266, § 3º)."

(RELATOR: HUMBERTO GOMES DE BARROS. DATA DA DECISÃO: 29/06/99. PRIMEIRA SEÇÃO. DJ 25/08/99)

Sobre tal matéria, esclarece-nos o Douto Elival da Silva Ramos, em "A inconstitucionalidade das Leis":

"O *punctum pruriens* da questão, portanto, está na dependência (inseparabilidade) ou autonomia (separabilidade) das partes na configuração da inconstitucionalidade parcial, pois, consoante adverte Marcelo Neves, 'caso haja uma relação de dependência

lógica ou teleológica das partes, de modo que não se possa conceber isoladamente a parte conforme à Constituição, impõe-se a decretação da inconstitucionalidade'.

A autonomia das normas reputadas constitucionais em relação às viciadas exige, do ponto de vista lógico, que sejam elas inteligíveis por si sós, capazes de impor sua força imperativa de modo conseqüente, a despeito da invalidade que contamina as demais normas do mesmo ato legislativo.

Já a dimensão teleológica dessa autonomia implica a manutenção dos fins colimados pelo legislador. 'Quanto a esse aspecto', ensina Marcelo Neves, 'caso a exclusão da parte inconstitucional signifique o desvirtuamento das finalidades da lei, ou a impossibilidade da realização delas, impõe-se a inconstitucionalidade total' ".

Ademais, vale ressaltar a inadequação do termo "compensação", no caso em comento, pois, segundo o que preleciona Luciano Amaro, em "Direito Tributário Brasileiro", tal extinção de obrigação tributária só ocorre "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra", extinguindo-se as duas obrigações até onde se compensarem (v. CC, art. 1009). O contribuinte, em tais casos, não é credor, mas tão-somente devedor do Fisco, sendo, portanto, inapropriada a utilização de tal termo.

VII - DISSIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Tratando, pormenorizadamente, tal matéria, verifica-se que a Lei nº 9.718/98, no art. 3º, elevou de 2% para 3% a alíquota da COFINS, determinando a compensação do adicional de 1% com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Constitui-se, com isso, em empréstimo compulsório dissimulado o adicional de 1% da alíquota da COFINS, vez que o contribuinte deverá recolher aos cofres da Fazenda Nacional o valor estabelecido, que, ao final de cada período de apuração da Contribuição Social sobre o Lucro, deverá ser restituído às pessoas jurídicas.

É de se notar, sem embargo, que em caso de pessoa jurídica não auferidora de lucro, mas, tão-somente, de prejuízos, não haverá restituição dos recursos emprestados ao Poder Público.

Dispõe a Carta Magna, em seu art. 148:

"Art. 148 – A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b".

Dessarte, ao instituir o empréstimo compulsório disfarçado de contribuição social, a Lei nº 9.718/98 infringiu a CF, art. 148, em 3 aspectos:

a) Ainda que admitíssemos, absurdamente, que o adicional de 1% da COFINS é um empréstimo compulsório respaldado em investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, qual seja, o financiamento da seguridade social, não poderíamos olvidar que a seguridade social, apesar de ser de interesse nacional, é uma das funções primordiais do Estado, não podendo ser considerado um investimento;

b) Por outro lado, tal empréstimo compulsório foi instituído mediante lei ordinária, quando a Constituição é expressa ao limitar tal instituição à lei complementar;

c) Além disso, apesar do empréstimo compulsório ser uma espécie tributária, pelas suas características peculiares, o valor arrecadado deverá ser restituído ao final de determinado período. Todavia, segundo o disposto na Lei nº 9.718/98, e conforme o explicitado anteriormente, no caso de empresas que não auferirem lucro em determinado período, não terão Contribuição Social sobre o Lucro a pagar, não podendo, pois, ser ressarcidas pela COFINS paga, caracterizando-se, assim, o confisco. Configura-se, destarte, a violação a mais um dispositivo constitucional, qual seja, o art. 150, IV, que veda tributos com efeito de confisco, tendo em vista a não devolução do empréstimo compulsório.

VIII – CONCLUSÃO

Ante o exposto, entendemos ser forçoso atribuir imperatividade e eficácia à Lei nº 9.718/98, desde o dia 01 de fevereiro de 1999, haja vista tratar-se de fato gerador complexo, o compreendido tanto pela COFINS quanto pelo PIS.

Entrementes, no que tange, especificamente, à admissão da compensação de um terço da COFINS paga, com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tal dispositivo implica, em última análise, violação aos princípios constitucionais da Justiça, da igualdade, do não confisco, da capacidade contributiva e da equidade na participação do custeio da Seguridade Social, pois, *in casu*, somente as empresas menos lucrativas ou com prejuízos fiscais terão aumento da carga tributária, haja vista não poderem efetuar tal compensação.

Dessarte, torna-se imprescindível a exclusão do vício acoimado na Lei nº 9.718/98, salientando, todavia, que tal procedimento não operará qualquer alteração à finalidade a que se detém a aludida lei.

Outrossim, como já dantes dito, não se deve declarar a inconstitucionalidade desta lei no seu todo; deve-se, isto sim, rejeitar, apenas, a parte inválida, que diz respeito à compensação da COFINS com a CSLL, atribuindo-se validade e efeito às demais.

IX – BIBLIOGRAFIA

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1994.

POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

PARECER Nº 0061/2000-PP-PGM.**PROCESSO Nº 23692/2000.
INTERESSADO: FRANCISCA MARIA DE SOUSA COSTA.**

PROPOSTA DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL ORIUNDO DE INVENTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO EXIGIR PERCENTUAL DE ÁREAS PÚBLICAS DEFINIDAS PARA OS LOTEAMENTOS, TENDO POR BASE ÁREA ORIGINÁRIA DA PARTILHA. POSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO IMÓVEL OBJETO DA MATRÍCULA 51.030 DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA 1ª ZONA, DESDE QUE EXIGIDO O PERCENTUAL DE ÁREAS PÚBLICAS RELATIVAS A ESSE INSTITUTO, POIS A GLEBA, POR SUAS CARACTERÍSTICAS, NÃO GOZA DO BENEFÍCIO DA ISENÇÃO DE QUE TRATA O ART. 12. § 2º DA Lei 5122-A/79.

Ilma. Sra. Procuradora-Chefe da Procuradoria Patrimonial,

É submetido a apreciação dessa Procuradoria para exame e parecer, o processo em epígrafe, sobre desmembramento de área não loteada, de 7.385,00m², situada em Messejana, objeto da matrícula nº 51.030 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona desta Capital.

DOS FATOS

01. Trata-se de imóvel não parcelado, adquirido de Bárbara Sousa Costa, através de um formal de partilha, como se depreende da matrícula Nº 21.541 do Cartório de Imóveis da 1ª Zona, datada de 30 de dezembro de 1980.

02. Posteriormente, conforme se infere da matrícula Nº 51.030 do mesmo Cartório, foi registrada uma doação feita da antiga proprietária para a atual, interessada no presente processo, registro esse datado de 1991.

DO DIREITO

03. Para compreensão do tema em análise, é imperioso que se faça uma digressão sobre alguns institutos jurídicos ao mesmo pertinente. Inicialmente vale ressaltar que a legislação faz grande confusão entre as definições do que seja desmembramento e desdobro, quase sempre colocando-as como sinônimas. É o caso da Lei Municipal N.º 5532, de 18 de Dezembro de 1981, que define:

"Art.1º - (omissis)

VIII- Desmembramento ou desdobro de lotes é 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 no prolongamento, modificação ou ampliação das já existentes, observado o disposto nesta lei."

04. Como se depreende do texto supra transcrito, a definição aplica-se a gleba e não a lote, passando esse último a existir, a partir da subdivisão da gleba, seja pelo loteamento ou pelo desmembramento.

05. É o entendimento de Toshio Mukai, Alaôr Café Alves e Paulo José Vilela Lomar: "Há que se deixar claro que o desmembramento não se confunde com o desdobro de lote" "Conceitua - se gleba, nos termos da lei, como sendo, a porção de terra, que não tendo sofrido nenhum parcelamento anterior de caráter urbano (loteamento ou desmembramento) é subdividida em outras porções (lotes) destinados à edificação" (in Loteamentos e Desmembramentos Urbanos, Sugestões Literárias, 1980, pg. 11).

06. Segundo a lei 6766, de 19 de dezembro de 1979, lei essa que define as diretrizes gerais sobre a matéria, o loteamento caracteriza-se a teor de seu art. 2º, § 1º, como a "subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias já existentes".

07. Já o desmembramento pode ocorrer apenas em área não loteada, cujo terreno não seja superior à quadra máxima permitida pela lei municipal, pois se assim ocorrer, se fará necessário a abertura de uma rua, configurando por conseguinte o loteamento com todas as suas consequências.

08. O elemento distintivo das duas situações (loteamento e desmembramento) está basicamente em que, na primeira, a divisão da gleba (área que não foi objeto de parcelamento do solo) se dá com abertura de vias de circulação, a na segunda a divisão da gleba se dá sem abertura de tais vias, com o aproveitamento das existentes.

09. A definição de quando se faz exigível o loteamento nem sempre é opção do parcelador, uma vez que a imposição do loteamento, se observa, a partir da definição legal, a nível municipal, da quadra máxima permitida, que a teor da lei 5122-A/79 é de 250x250m, ou seja 62.500m² (sessenta e dois mil e quinhentos metros quadrados). Quando portanto, o particular pretende vender parte de uma área não loteada, e a sua gleba tem área inferior a 62.500m², poderá desmembrar, nos termos da legislação, com os efeitos que lhe são inerentes. Entretanto, se a gleba não loteada que pretende parcelar, tiver área superior à quadra máxima permitida (62.500m²), o parcelamento só poderá ocorrer com abertura de ruas, as quais definirão as quadras, configurando assim o loteamento, a teor da lei 6766/79 c/c a lei 5122-A/79.

10. Portanto, ante a apreciação de área não loteada superior a 62.500 m², independentemente do projeto de parcelamento apresentado, impõe-se ao Município a avaliação sobre a situação fática do imóvel e se a pretensão do interessado em utilizá-la preenche a figura do loteamento ou do desmembramento, conforme previsão do art. 2º da Lei 6766/79 c/c com o art. 14 da Lei 5122-A/79.

11. Dificuldades ocorrem na medida em que lei 6766/79, não esgota os problemas suscitados quanto ao parcelamento. Entretanto, como norma geral que é, embora tenha o Município competência para legislar sobre ordenamento do uso do solo urbano, oferece o referido diploma legal, definições com as quais procuram os Municípios ter orientação.

12. No caso vertente, para viabilização da ocupação da gleba objeto da partilha realizada, a qual tinha originalmente 7.480,00 ha (sete mil quatrocentos e oitenta hectares), fazia-se necessário o loteamento, caso houvesse a proposta voluntária de ocupação. Como foi feito a partilha, o imóvel foi fragmentado, impossibilitando o loteamento com sérios prejuízos para o Município e a comunidade, pois ficou sem as áreas públicas exigíveis pela legislação. A partilha por sua vez, não constituiu lotes, mas continuam as áreas individualizadas e partilhadas, consideradas glebas (áreas não loteadas) e ainda que se admita o desmembramento das mesmas (isoladamente) e se exija as respectivas áreas públicas, o Município irá perder, pois os percentuais de áreas públicas no desmembramento são inferiores aos exigidos para o loteamento, não sendo previstas para esse último

inclusive, as áreas destinadas ao sistema viário. Os prejuízos são tanto de natureza patrimonial como de ordenamento do solo, pois em áreas de dimensões tais, forçosa se faz a abertura de vias, as quais em situações como a que ora se analisa, são implantadas pelos próprios proprietários, de acordo com a necessidade de acesso de cada um, clandestinamente, sem a observância de traçado, largura das vias ou mesmo continuidade do sistema viário local.

13. Observa-se assim, que diante do critério definido pela 6766/79 c/c a lei municipal 5122-A/79 retro referidas, a partilha que originou o imóvel objeto do presente processo, impossibilitou o loteamento, uma vez que a partir de tal partilha foi o mesmo fragmentado, inviabilizando a doação de áreas públicas correspondentes, necessárias a futura ocupação que se instalará naquele local.

14. A doutrina não é unânime quanto ao desmembramento e seus efeitos, bem como quanto a partilha de imóveis. Hely Lopes Meirelles ao tratar do tema afirma: " O loteamento e o desmembramento constituem modalidades de parcelamento do solo, mas apresentam características diversas: o loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas a espaços livres ao Município e alienação dos lotes aos interessados; o desmembramento é apenas repartição de gleba, sem atos de urbanização, a tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação etc) como por imposição judicial (arrematação, partilha etc.), em ambos os casos sem qualquer transferência de área ao domínio público." *In Direito Municipal Brasileiro*, Editora Malheiros, 8ª Edição, p. 400).

15. A propósito do desmembramento, em citação de Toshio Mukai, Alaôr Café Alves a Paulo José Villela Lomar, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, assim se pronunciou: "Devem ser considerados como desmembramentos, para os efeitos da nova lei, os atos de divisão amigável ou judicial destinados a extinguir o estado de comunhão?" A resposta foi a seguinte: "Não. O desmembramento visa permitir a transferência de partes reais do todo a terceiros. A divisão, amigável ou judicial, diferentemente, envolve os condôminos e visa a partilha de coisa comum, sem transmissão de propriedade (art. 631 do Código Civil)."

E ainda: "Cumpre, entretanto, observar que, se a área a ser

partilhada, judicial ou amigavelmente, se caracterizar como gleba, não há como, nos termos da presente Lei, evitar-se a incidência de suas disposições, qualificando o referido ato como desmembramento. Estaria fora da incidência das disposições da lei, se se tratar de partilha de lote, caso em que temos o desdobro. Em ambos os casos, há necessidade da manifestação do poder Público. (Na obra retro citada, pg. 14).

16. Como podemos inferir, não há um consenso quanto a constituir a partilha desmembramento e ainda, poder o Município exigir as áreas públicas em casos tais.

17. Compartilhamos do entendimento citado por último, embora este só contemple a figura do desmembramento, pois na transmissão causa *mortis*, havendo imóveis, sucede uma partilha seja, ela amigável ou judicial, de forma que a não observância das normas relativas aos loteamentos ou desmembramentos, vai resultar na ocupação sem a devida infra-estrutura física e os necessários equipamentos públicos, que teriam o espaço físico assegurado com a doação de áreas públicas, caso tivessem passado pelo parcelamento urbano através de aprovação do município. Ressalte-se que a ocupação ocorrida sem a aprovação referida, gerará a mesma demanda por tais espaços e equipamentos, sem entretanto, a reserva de terrenos necessários para satisfazê-los, exigíveis conforme a legislação de parcelamento do solo. Observe-se que não se trata aqui de perquirir se o imóvel originário objeto da partilha, era passível de loteamento, pois inexistente legislação regulando tal hipótese, qual seja loteamento prévio à partilha, com a respectiva doação de áreas públicas. No caso, embora tenha ocorrido a fragmentação da gleba originária com a partilha, continua a área não parcelada para fins urbanos, devendo o registro imobiliário ser precedido da aprovação do Município, segundo a legislação pertinente.

19. É o entendimento que se extrai da Lei 5122-A/79 em seu art. 12, § 2º, ao tratar desmembramentos decorrentes de inventário, *in verbis*:

"Art.12....."

§ 2º- Desmembramento resultante de inventário, desde que não implique em abertura de vias ou na ocupação de gleba, é isento de doação de área à Prefeitura."

22. Portanto, tivesse a transmissão se dado *inter vivos*, necessariamente se teria um loteamento, com vias abertas segundo os percentuais exigidos, traçado e largura das vias definidas segundo a malha viária planejada para a cidade, bem como os demais percentuais de áreas

públicas compatíveis com a ocupação possível segundo a legislação para o local. Entretanto, como a transmissão se deu causa mortis sobrevivendo a partilha, restou a fragmentação da gleba, sem os benefícios que o loteamento traria, como já comentado.

23. É forçoso admitir, que a legislação não oferece dispositivos que preencham o vácuo retro apontado, qual seja, determinação de reserva de áreas públicas para glebas objeto de partilha, passíveis de loteamento, nem tampouco acha-se previsto no CPC um momento para a manifestação do Município em processo de inventário, para fins de resguardo de seus direitos patrimoniais em áreas não loteadas, mas apenas para manifestação quanto a débitos fiscais do espólio, como se infere da legislação infra apontada:

24. O art. 999 do CPC ao tratar das citações e impugnações no processo de inventário, assim dispõe:

"Art. 999 - Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente e o testamenteiro, se o finado deixou testamento. (grifos não constantes do original).

.....(omissis)

§4º - Incumbe ao escrivão remeter cópias à Fazenda Pública, ao Ministério Público, ao testamento se houver, e ao advogado, se a parte já estiver representada nos autos."

25. Comentando o parágrafo citado, afirma Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: "§ 4º: 5. Intimações. A lei fala de citações, que não parecem bem ter essa natureza jurídica. Na verdade deve ser providenciadas a intimação da Fazenda Pública para o exercício de seus direitos fiscais (CPC 1002) e de credora, bem como para a fiscalização da correta transmissão dos bens aos herdeiros existentes; a intimação do MP, se houver interesse público (CPC 82 II), que se fará pessoalmente (CPC 236§ 2º). (In Código de processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pg. 1231).

26. Dispõe ainda o Código de Processo Civil sobre a ação anulatória de partilha amigável, que esta só pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz a teor do art. 1029 do CPC. A rescindibilidade da sentença que julga partilha por sua vez, tem por

fundamento além das causas retro referidas no art. 1029, se feita com preterição de formalidades legais ou se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja. O CPC por sua vez em seu art. 1017, conceitua credor do espólio aquele que tenha dívidas vencidas e exigíveis.

27. Portanto, não há na sistemática do CPC ou do CC ou ainda na legislação pátria, como se considerar o Município credor na partilha no tocante às áreas públicas de terrenos não loteados, com dimensões superiores à quadra máxima permitida, pois antes do loteamento, a referida doação ao município, constitui-se mera expectativa de direito, que só se efetiva com o loteamento o qual só se viabiliza, por proposta voluntária do loteador, segundo a legislação vigente.

28. Falta assim, no ordenamento jurídico, norma tanto de direito civil como processual - cuja competência foge à esfera municipal - que regule a reserva de áreas públicas, de imóveis objeto de partilha que sejam passíveis de loteamento, ou seja, no caso do Município de Fortaleza (superior a 62.500m²), - ou outra metragem a critério das leis municipais- possibilitando a doação ou reserva de áreas públicas, segundo os percentuais exigíveis em loteamentos, sob pena de continuarem sendo os mesmos inviabilizados em extensas áreas urbanas, em função de partilhas como a que ora se analisa.

29. Atente-se que embora a partilha não tenha o objetivo imediato de desmembrar para fins de ocupação, mas apenas pôr fim a comunhão dos condôminos, se não for procedida da reserva de áreas exigíveis para fins de loteamento, ficará o Município, diante da fragmentação da área, impossibilitado de vir a adquiri-las, com sérios prejuízos para a comunidade. Outras normas complementares deveriam acompanhar as normas sugeridas de modo a modificar os procedimentos de aprovação previstos para os loteamentos, com vistas a adequar o instituto à partilha de imóveis.

30. Por conseguinte, apesar de considerar, que a área originária da gleba sob análise, era passível de loteamento, falta o devido respaldo legal para exigir os percentuais de áreas públicas relativos a tal instituto, pois a lei não contempla tal hipótese, uma vez que a previsão refere-se a ato voluntário, de "vender ou prometer vender lotes", "efetuar loteamentos sem autorização do órgão público competente", etc., nos termos do art. 50 da lei 6766/79, não contemplando a partilha de imóveis decorrente de sucessão causa *mortis*.

31. No caso sob exame, o imóvel no qual é proposto desmembramento, tem 7.385,00m² (sete mil trezentos e oitenta e cinco metros quadrados) e nenhuma de suas dimensões ultrapassa 250,00m (duzentos e

cinquenta metros) a teor da definição da quadra máxima constante do art. 14 da Lei 5122-A, de 13 de Março de 1979. Entretanto, trata-se de área não loteada, oriunda de um formal de partilha, a qual tem como título aquisitivo a matrícula N° 21.541 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, cuja área era de 7.480 ha (sete mil quatrocentos e oitenta hectares) e que foi subdividida em 14 outras glebas, em 30 de dezembro de 1980, tendo sido transferidas para 14 matrículas pré existentes.

32. Diante da impossibilidade de se exigir áreas públicas tendo por base a área originária sobre a qual se deu a partilha, como demonstrado, poderá o Município no entanto, aprovar o desmembramento em apreço, considerando apenas a gleba constante da matrícula n° 51.030 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, exigindo entretanto, o percentual de áreas públicas relativo a esse instituto, conforme a legislação municipal determina, pois o imóvel em apreço não goza do benefício referido no art. 12, § 2º da Lei 5122-A/79.

É o que temos a submeter à douda consideração de V. Sa.

Fortaleza, 28 de Novembro de 2000.

MARIA DE FÁTIMA NÓBREGA DE ARAÚJO
PROCURADORA DO MUNICÍPIO.

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PROCURADORA-CHEFE DA
PROCURADORIA PATRIMONIAL**

PARECER Nº /PP-PGM.

**REFERENTE AO PROCESSO Nº 7707/97- SPLAN.
INTERESSADO: NELSON OTOCH E MALAKI OTOCH.**

RESCISÃO DO TERMO DE COMPROMISSO PARA REALIZAÇÃO DE PERMUTA DE TERRENOS ENTRE O MUNICÍPIO E O PARTICULAR, OBJETIVANDO A CONSTRUÇÃO DO PARQUE PAPICU. URBANIZAÇÃO DA LAGOA LEVADA A EFEITO PELO GOVERNO DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO VIR A CUMPRIR O TERMO. SENDO NECESSÁRIA NOVA LEI REVOGANDO A LEI ANTERIOR QUE AUTORIZOU O AJUSTE. RESCISÃO UNILATERAL OU EM COMUM ACORDO DO TERMO DE COMPROMISSO FACE AO PRINCÍPIO ÍNSITO NA TEORIA DA IMPREVISÃO.

NELSON OTOCH E MALAKI OTOCH solicitam, na qualidade de proprietários dos lotes 06,07,08 e 16 do loteamento Gleba 10-M, conforme matrículas Nº 21.559, 21.810.21.560, todas do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, rescindir o Termo de Permuta firmado entre o Município de Fortaleza e os interessados.

O Município elaborou projeto de preservação da Lagoa do Papicu e propôs a permuta de lotes situados no entorno da lagoa de propriedade dos interessados com outros imóveis pertencentes ao Município, os quais foram desafetados para tal fim, objetivando a urbanização da Lagoa do Papicu.

Foi elaborada a Lei nº 5525, de 14 de Dezembro de 1981, a qual foi publicada em 04 de janeiro de 1982, autorizando o Município a permutar parte dos lotes 7 e 8, parte do lote 15 e lote 16 da Quadra 01 do loteamento Gleba 10-M, com os terrenos indicados no art. 1º da mencionada lei, objetivando a construção do Parque Papicu.

O projeto não foi implementado pelo Município, sendo o Estado do Ceará quem empreendeu a urbanização da lagoa do Papicu, inclusive com a implantação do prolongamento da Av. Dolor Barreira.

Segundo informação do extinto IPLAM datada de 02 de fevereiro de 1999 os terrenos do Sr. Nelson Otoch descritos no Termo de Compromisso não se encontram murados .

Informa, ainda, em 16 de junho de 1999, que os terrenos referidos não se encontram ocupados, nem tampouco houve qualquer registro em cartório de notas do Termo de Compromisso em tela.

Ao contrário do que afirmam os interessados no requerimento que adormece às fls. 02 dos autos, o contrato não prevê pagamento em pecúnia de projetos e obras já realizadas (segundo informações dos interessados), mas trata da permuta, simplesmente.

Inexiste no contrato cláusula penal para o inadimplemento contratual para o Município, mas somente em relação ao particular.

Assumiu o Município compromisso irrevogável segundo o Termo de compromisso, de permutar os terrenos nele referidos?

DO DIREITO

O Termo de Permuta firmado, de que ora se cuida, apresenta características de contrato público, embora atípico, tendo entretanto, cláusulas típicas de direito privado, a teor da doutrina e legislação pátrias, como passarei a demonstrar.

Entretanto, no âmbito do direito administrativo, como no do Direito Privado poderá o Município rescindir, unilateral ou bilateralmente, o acordo firmado no mencionado Termo de Compromisso.

Os contratos administrativos têm por regras gerais, as normas constantes da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em especial o seu art. 1º, que assim dispõe:

"ART. 1º - ESTA LEI ESTABELECE NORMAS GERAIS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PERTINENTES A OBRAS, SERVIÇOS, INCLUSIVE DE PUBLICIDADE, COMPRAS, ALIENAÇÕES E LOCAÇÕES NO ÂMBITO DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS."

Já o art. 17 inclui a permuta como espécie de alienação tal qual o faz o direito civil, caracterizando-a como de direito público desde que se faça presente o interesse público.

"ART- 17- A ALIENAÇÃO DE BENS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SUBORDINADA À EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO, SERÁ PRECEDIDA DE AVALIAÇÃO E OBEDECERÁ ÀS SEGUINTE NORMAS:

.....
C) PERMUTA, POR OUTRO IMÓVEL QUE ATENDA AOS REQUISITOS CONSTANTES DO INC. X DO ART. 24 DESTA LEI;

Ressalte-se que a inexigibilidade de licitação, no caso, deu-se em face da impossibilidade de competição quanto ao objeto do contrato.

É o que se depreende do art. 25:

"ART. 25 - É INEXIGÍVEL A LICITAÇÃO QUANDO HOUVER INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, EM ESPECIAL:

....."
Segundo elucida Hely Lopes Meireles "Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do direito privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da administração, derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público, que tipifica o contrato administrativo. (In Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 24ª Edição, 1999, p. 194).

E ainda: "A administração pode realizar contratos sob normas predominantes de direito privado - frequentemente os realiza - em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do poder público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas no primeiro caso o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já o conceituou o extinto TFR, e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. (Na obra retro citada, p. 194/195).

No caso vertente, a inexecução contratual se deu por absoluta impossibilidade do Município empreender a urbanização a que a permuta acha-se vinculada, face à iniciativa do Governo do Estado em urbanizar a área de entorno da Lagoa do Papicu. Aplica-se a tal contrato portanto a teoria da imprevisão.

José dos Santos Carvalho Filho define com peculiar maestria a mencionada teoria, a qual rege os contratos em geral, ao afirmar: "O

fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente. (*In Manual de Direito Administrativo*, Editora Lumen Juris, 5ª Edição, 1999, p. 156).

Aplica-se supletivamente aos contratos administrativos, no que couber, as disposições relativas aos contratos em geral, como se denota das disposições constantes do art. 1080 do Código Civil:

"ART. 1.080 - A PROPOSTA DE CONTRATO OBRIGA O PROPONENTE, SE O CONTRÁRIO NÃO RESULTAR DOS TERMOS DELA, DA NATUREZA DO NEGÓCIO, OU DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO."

O caso sob exame adequa-se justamente às exceções constantes do supra transcrito artigo, uma vez que o Termo de Permuta foi firmado segundo a finalidade pública, qual seja a previsão de urbanização da Lagoa do Papicu, com a construção do Parque Papicu.

Em face de tal condicionante de natureza eminentemente pública acha-se atrelado o contrato em referência, o qual foi determinado segundo a Lei nº 5225, de 14.12.81. Não mais subsistindo o objetivo da urbanização pelo Município, pois a mesma já foi empreendida pelo Governo do Estado, automaticamente acha-se desautorizado o Município a efetuar a permuta a qual, tinha por finalidade única segundo a mencionada lei a referida urbanização. Esta é portanto, a circunstância liberatória do contrato de que trata o art. 1080 do Código Civil.

O ajuste firmado pelo Município com o particular tem cláusula de irretratabilidade, a dar a impressão de tratar-se de um contrato de natureza privada. Observa-se, entretanto, que com tal cláusula, pretendeu-se embora erroneamente, impedir a rescisão unilateral do contrato por parte do particular, uma vez que a única cláusula relativa ao inadimplemento refere-se exclusivamente aos particulares, não havendo previsão de qualquer penalidade em caso de inadimplemento por parte do Município. A rescisão unilateral pelo Município além de prevista em lei, não encontra óbice em cláusulas contratuais.

Como preleciona Hely Lopes Meireles, "No direito privado a

liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no direito público a administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas em contrapartida, dispõe sempre de privilégios administrativos para fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para por fim ao contrato em meio de sua execução".

Em face da permuta ter sido proposta em vista a realização de um projeto de urbanização para a Lagoa do Papicu, e como a referida urbanização foi efetivada pelo Estado do Ceará, não mais subsiste a finalidade que respaldou o ajuste em tela, impondo-se a sua desconstituição.

A proposta de extinção do ajuste não gerará prejuízos ao Município e liberará o particular para requerer a indenização pela expropriação sofrida em seu terreno, uma vez que este foi utilizado na urbanização da Lagoa do Papicu, pelo Governo do Estado, ente público que promoveu a desapropriação referida.

Ressalte-se que o Termo de Permuta em análise, embora tenha força probante do ato negocial, não se constitui em ato translativo de direito real, vale dizer, equivale a uma carta de intenções quanto à permuta que seria futuramente realizada; constitui-se de um contrato preliminar cujo objeto é o contrato futuro de permuta que seria o contrato principal, funcionando no mundo jurídico portanto, o Termo de Compromisso em apreço, como um pré-contrato.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, "diferencia-se o contrato preliminar do principal pelo objeto, que no preliminar é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto que o do definitivo é uma prestação substancial". (*In Instituições de Direito Civil*, Editora Forense, 10ª Edição, 1998, vol III, p. 48).

Face ao exposto pode o Município rescindir unilateralmente ou por acordo mútuo o Termo de Compromisso sob análise, não cabendo aos particulares qualquer indenização ou reparação, pois os Imóveis, objetos da permuta, não saíram da posse e da propriedade dos interessados, nem há qualquer previsão contratual que penalize o Município por não firmar o contrato principal, qual seja o contrato de permuta.

Quanto à Lei nº 5225, de 14.12.81 que prevê a urbanização da Lagoa do Papicu pelo Município que ora se analisa, trata-se quanto a tal aspecto, de uma lei de natureza programática, não impositiva portanto, não obriga, mas apenas autoriza o Executivo a fazer a urbanização, não importando o

seu descumprimento nenhum desvio da legalidade, podendo este realizá-la ou não conforme se apresentar a conveniência administrativa.

Entretanto, vincula a destinação dos bens por ela desafetados, e a sua destinação aos objetivos por ela definidos (construção do Parque Papicu). Impõe-se em face da impossibilidade prática do Município realizar a urbanização referida, a revogação da referida lei, afetando-se os bens municipais indicados na mesma para a permuta, os quais foram desafetados de sua primitiva finalidade pública, passando por conseguinte ao patrimônio disponível do Município, à sua afetação e destinação originária, por não mais subsistir, a finalidade de sua desafetação.

Como a permuta foi autorizada por lei, a rescisão da mesma há de ser procedida por lei que a revogue com as características retro apontadas, para o que sugerimos após aprovação do presente parecer, retorne o processo ao signatário para elaboração do Projeto de Lei referido.

Face ao exposto, somos pela rescisão do Termo de Compromisso em referência.

À superior consideração.

Fortaleza, 17 de julho de 2000.

FCO. DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO

Procurador do Município
Matrícula 24.797.1-0

PARECER Nº 012/2000**PROCESSO Nº 02239/2000 - PGM-PF****INTERESSADO – CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PARATI E OUTROS
ASSUNTO – O MOMENTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI
NO CONTRATO DE CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE
ADMINISTRAÇÃO DA LEI 4.591/64.**

Ementa: ITBI. Edificações em condomínio sob o regime de administração da Lei 4.591/64. É legítima a incidência do ITBI sobre o valor venal de cada unidade autônoma construída (artigo 11) nas hipóteses em que os condôminos integrantes da convenção institucional do condomínio: 1º) não recolheram o imposto ao tempo da alienação do terreno no qual o prédio foi construído; 2º) se alienaram as suas unidades antes de averbada a edificação na matrícula do terreno.

II – As decisões do contencioso administrativo tributário não prevalecem sobre o princípio da legalidade, consequência da indisponibilidade do interesse público. Antes, se sujeitam ao crivo do poder judiciário, mormente quando se constata grave lesão aos cofres públicos.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. Encaminha-nos a Secretaria de Finanças do Município, através do Ofício GS nº 865, de 07.08.2000, o processo em epígrafe, solicitando desta PGM a adoção de medidas administrativas e/ou judiciais, em face à decisão da 1ª Câmara de Julgamento de Recurso do Contencioso Administrativo Tributário no Processo de Recurso nº 7.559/99 (vide fls. 8/13), por haver entendido que o Imposto de Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis – ITBI incide apenas sobre a área do terreno e não sobre a área edificada do prédio denominado Ed. Condomínio Parati.

2. A referida decisão se fundamentou no fato de que a base de cálculo do imposto deve se limitar ao valor pelo qual o terreno foi alienado, retroagindo a incidência à data de 18.07.1995, ocasião em que foi firmado o Contrato de Permuta de Imóvel entre a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste – CAPEF, então proprietária do terreno, e o referido Condomínio, este representado pela REATA ARQUITETURA & ENGENHARIA LTDA., a quem se atribuiu, no mesmo instrumento particular de permuta do imóvel, a responsabilidade pela construção do prédio, sob o regime de administração, na forma da Lei 4591/64 (fls. 37/41).

3. Contra a decisão da 1ª Câmara de Julgamento de Recurso a SEFIN se insurge, através dos pareceres de fls. 43/44 e 46/47, este último fazendo menção ao parecer 65/99 lançado pela Procuradoria do Município em sede do julgamento da 1ª instância administrativa no processo 7.559/99 (*vide* fls. 48/50), dizendo objetivamente que o ITBI é devido em dois momentos distintos, a saber: o primeiro quando da transferência do terreno ao Condomínio, deduzido da base de cálculo o valor correspondente aos seis (6) apartamentos da CAPEF; e o segundo, quando da transferência dos apartamentos aos condôminos, pelo Condomínio, tomando como base de cálculo o valor venal de todos os apartamentos, inclusive os da CAPEF.

4. A REATA Arquitetura & Engenharia Ltda., com o intuito de robustecer a decisão do órgão fazendário, atravessa aos autos a correspondência datada de 14.08.2000, dirigida à eminente Chefe da Procuradoria Fiscal, Drª Yandra Ribeiro Mendes, que ora se junta, alegando em síntese, tratar-se de um justo pleito "a tese da incidência do ITBI sobre o terreno, uma vez que uma pessoa não pode transmitir para si uma acessão feita por ela própria." Alega mais, em suma, que:

- "... os próprios condôminos que, através da construção, estavam pagando a permuta imobiliária contratada, dispondo-se o antigo proprietário a assinar a escritura e a efetuar a transmissão das frações ideais do terreno somente ao término da construção do edifício."

- "... depois que surgiu esse problema, os novos condomínios passaram a recolher o ITBI no início da construção, a fim de evitar qualquer polêmica futura."

- "Amplia-se a base tributária futura, uma vez que vários desses apartamentos foram vendidos, e só não foram transferidos por que ainda não foram averbados no nome dos antigos proprietários, postergando a SEFIN a arrecadação do ITBI que incidirá sobre um grande número de unidades." (Grifou-se).

5. Requer, ao fim e ao cabo das suas exposições, que a Secretaria de Finanças emita as guias de ITBI em conformidade com os valores citados na planilha que identifica os oito condomínios construídos, indicando ali o total a ser recolhido a título de ITBI.

Chega-nos, assim, nesses termos, o presente processo, solicitando-nos a eminente Procuradora Chefe da Procuradoria Fiscal a análise do assunto, para fins de parecer. É o que se passa a fazer.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS AJUSTES PARTICULARES - CONTRATO DE INCORPORAÇÃO

6. Versa a matéria objeto deste parecer sobre o momento temporal de incidência do Imposto de Transmissão Inter Vivos de Imóveis e de Direitos Reais Sobre Imóveis – ITBI no caso de construção de imóveis sob o regime de administração da Lei 4591, de 16.12.1964, decorrente na espécie de um Contrato de Permuta de Imóvel firmado entre a Caixa de Previdência Privada dos Funcionários do Banco do Nordeste – CAPEF e o Condomínio Edifício Parati, tendo a REATA Arquitetura & Engenharia Ltda. como procuradora deste último e responsável pela construção do prédio, nos termos das cláusulas e condições ajustadas em fls. 37/41.

7. O aludido negócio, em verdade, trata de um Contrato de Incorporação para o qual a REATA Engenharia foi eleita como incorporadora do empreendimento imobiliário denominado Edifício Condomínio Parati. Verifica-se do contrato firmado que nele se enfeixam diversos atos jurídicos que poderiam ter sido objeto de ajustes distintos, a saber: 1) de compra e venda do terreno comum a todos os condôminos; 2) de construção do Edifício Parati; e 3) o de instituição do condomínio, este previamente constituído para a aquisição do terreno e futura construção do prédio em unidades autônomas (*vide* fls. 31/36).

8. De passagem, convém assinalar que não consta nos autos a prova de que a referida Convenção de Condomínio tenha sido registrada no Cartório de Registro de Imóveis, como mandam, obrigatoriamente, os artigos 7º e § 1º, e 9º, da Lei 4591/64, constituindo-se isso numa das obrigações do incorporador, conforme artigo 32, letra j da referida Lei.

O registro da convenção de condomínio no registro imobiliário competente é uma exigência do artigo 167, item 17, da Lei 6015/73, requisito necessário para a formação válida do ato, para que opere efeitos perante terceiros e a futuros condôminos que não tenham tomado parte na convenção institucional do condomínio, de acordo com Hely Lopes Meirelles (in *Direito de Construir*, 7ª ed., Malheiros, pág. 211). Na precisa lição do Professor Caio Mário da Silva Pereira, nem condomínio existe se a convenção não tiver sido registrada no CRI, conforme escreve:

"Mas não é o bastante. O legislador quis mais, porque este *complexus* não pode, em nenhuma hipótese, permanecer na penumbra das cogitações particulares dos componentes. É necessário que se projete *erga omnes*, e, para isto, o mesmo art. 7º determina seja obrigatoriamente inscrito no Registro de Imóveis. Bastaria, por certo, falar na inscrição. Mas a lei foi enfática no advérbio *obrigatoriamente*, como a proclamar

mais alto que os interessados não têm a faculdade de se conservar inertes nem proceder clandestinamente.

Ao mesmo tempo que lhes impõe um dever, a lei faz sentir que o registro é requisito formal *ad substantiam*, e que sem ele não há condomínio por unidades autônomas." (in Condomínio e Incorporações, 5ª ed., Forense, 1985, p. 120).

9. Pressupondo a existência jurídica do Condomínio, certo é que a REATA foi contratada por este para, sob o regime rateado das despesas entre os condôminos do custo global da obra, administrar e construir o prédio em obediência aos termos do artigo 39, da Lei 4591/64, responsabilizando-se pela conclusão, num prazo certo, e a proceder a sua entrega definitiva mediante o pagamento de todas as despesas que venham a recair sobre o imóvel, a exemplo dos impostos devidos, consoante os termos da cláusula IV, do contrato de permuta.

10. A construção do Edifício Parati portanto, em meio aos diversos ajustes contemplados pelo contrato de incorporação, manifestou-se no caso *sub examine* através do contrato de permuta de imóvel como um ato consequente que só pôde ser viabilizado mediante a consumação de um ato antecedente, consistente na aquisição do terreno pelo Condomínio, com o fito de nele proceder-se ao lançamento imobiliário. Nesse sentido, as partes contratantes se utilizaram da previsão do artigo 39, inciso II, da Lei 4591/64, que reza:

"Nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste:

...
II - a cota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metro quadrados."

11. Assim, em 18.07.1995, restou consumado o negócio da transmissão do terreno que viabilizou o lançamento do empreendimento imobiliário "Condomínio Ed. Parati", consubstanciado no contrato de permuta de imóvel, que muito se assemelha ao de Compra e Venda, nos termos do *caput* do artigo 1164 Código Civil ("aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, ..."). Tratou-se de um ajuste estabelecido em caráter irrevogável e irretroatável, assentados no pacto de confiança, de segurança e seriedade, declarando a CAPEF que:

"...na medida que recebermos as unidades imobiliárias que nos foram prometidas em troca, estaremos procedendo a transferência definitiva da fração ideal do terreno para o referido condomínio." (fls. 30)

DO FATO GERADOR E RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO DO CONTRATO DE PERMUTA DO IMÓVEL

12. Infere-se, sem dificuldades, que o caso vertente versou, à época, sobre uma situação jurídica pendente de consumação em torno da entrega futura de um empreendimento imobiliário em troca de um terreno no qual iria ser construído o Condomínio Ed. Parati. O artigo 116, inciso II, do Código Tributário Nacional, tratando de situação jurídica de fatos geradores futuros ou pendentes de concretização, dispõe que considera ocorridos e existentes os seus efeitos desde o momento em que esta situação esteja definitivamente constituída através da formalização do negócio, aplicando-se a lei tributária, imediatamente, a esses fatos geradores. Em seu artigo 117, inciso II, o CTN determina:

"Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

...
II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio." (Sublinhan-se).

Assim, consumado o contrato de permuta resultou transferida para o Condomínio a posse do terreno, passando este a exercer, de forma plena, os poderes inerentes à propriedade e ao domínio útil do imóvel, com a sua detenção física, como se dono dele fosse, na forma do artigos 485 ("Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou a propriedade") e 493, inciso II (" Adquire-se a posse pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito") do Código Civil Brasileiro, momento a partir do qual concretizou-se o fato gerador do ITBI, na forma do artigo 194, inciso I, da Consolidação da Legislação Tributária do Município, aprovada pelo Decreto nº 9757, de 23.11.1995, *in verbis*:

"Art. 194 - O imposto Sobre Transmissão Onerosa de Bens Imóveis Por Ato 'Inter Vivos', tem como fato gerador (art. 1º, da Lei 6421/89):

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil"; (Sublinhan-se).

13. Há quem se contraponha à concretização do fato gerador com a mera formalização do negócio jurídico, havendo mesmo jurisprudência defendendo que o fato gerador do ITBI só surge a partir do registro do título aquisitivo no competente cartório de registro de imóveis (REsp 1066/RJ e REsp 12546-0/RJ). Todavia, a discussão da matéria não é pacífica e ganha

foro de amplitude constitucional, já tendo o Supremo Tribunal Federal firmado o entendimento contrário, até mesmo mediante a edição da Súmula 108, conforme se lê, respectivamente, *in verbis*:

"O imposto de transmissão de bem imóvel deve ser pago na consideração do valor que tenha o imóvel no momento do negócio jurídico pelo qual ele foi transferido (RE 75.124-DF, RE 72.488-RJ in RTJ 69/783 e RE 70.815 in RTJ 74/399)."

"É legítima a incidência do Imposto de Transmissão Inter Vivos sobre o valor do imóvel ao tempo da alienação, e não da promessa, na conformidade da legislação local."

Há, ainda, doutrina autorizada que não discrepa desse posicionamento da Suprema Corte, convindo transcrever:

"Juridicamente, tem por fato imponente, ou 'fato gerador' da obrigação fiscal a transferência de domínio, isto é, o contrato de compra e venda, a doação, o ato de arrematação, etc., a transmissão por óbito - e não a transcrição do instrumento no Registro Público (C.C., arts. 530 e 1572).

É o negócio jurídico da transmissão que dá nascimento à obrigação fiscal e não o instrumento: '*non quod scriptum sed quod gestum inspicitur*'..." (Aliomar Baleeiro, in Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., pág. 163).

ainda:

"Não se pode confundir o negócio jurídico com a sua formalização, o ato com o seu instrumento. É certo que, no Direito Civil, a transmissão da propriedade imóvel, no caso da compra e venda, por exemplo, somente se verifica pela inscrição, no competente Registro de Imóveis, do título respectivo. Entretanto, desde o momento em que o comprador e vendedor convencionaram a compra e venda, já se admite que produza efeitos, mesmo antes de convenientemente formalizada." (Grifou-se) (Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 5ª ed., 1992, pág. 300).

E assim deve ser, porque a exigência do imposto, que independe de qualquer atuação estatal (artigo 3º do CTN), não está condicionado ao ato de registrar, ou seja, na precisa lição de Roberto Sampaio Dória "um ato voluntário não pode se constituir em fonte de obrigações tributárias. Pois não está na vontade das partes determinar se do ato praticado há de nascer uma consequência necessária (pagamento de um tributo) ou não."

14. Nem se alegue que o contrato de permuta é fato gerador criado pelo artigo 1º, inciso II, da Lei 8232, de 29.12.1998, que alterou a lei 6421/89, sob pena de se recair num equívoco manifesto. Pois, a regra do artigo 197, da Consolidação Tributária do Município, já previa a "transmissão, a qualquer

título..." , podendo esta ocorrer conforme as mais diversas modalidades legais de alienação de imóveis. Ademais, acrescente-se: é no ato da alienação em que se verifica a transferência da riqueza, sendo essa, de fato, a realidade que interessa ao direito tributário (Vide a propósito, a doutrina de: Amílcar de Araújo Falcão, in Fato Gerador da Obrigação Tributária, RT, 4ª ed., 1977, pág. 69; Zelmo Denari, in Curso de Direito Tributário, Forense, 6ª ed., 1996, pág. 168).

15. Infere-se, portanto, que no momento da formalização do contrato de permuta entre a CAPEF e o Condomínio do Edifício Parati, através do qual a posse do terreno foi transmitida para a construção da edificação prometida, concretizou-se, ali, o fato gerador de incidência do ITBI, a saber, a partir de 18/07/1995, pelo que, naquela oportunidade, a Fazenda Pública Municipal se investiu no direito de obter o recolhimento do imposto, caso o Condomínio tivesse declarado espontaneamente a sua obrigação tributária (Vide CLTM, artigos 200, 297, III,).

16. Por sua vez, a única base de cálculo possível de ser aferida, naquele instante, teria sido a do valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), com base no artigo 197, da CLTM, e tendo em vista o preço estipulado entre as partes contratantes na permuta entre as seis (6) unidades imobiliárias com as frações ideais do terreno objeto do contrato. Neste ponto, vale ressaltar a lição do Prof. Hugo Machado consoante a qual:

"A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (CTN, art. 38). Não é o preço de venda, mas o valor venal. A diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições de mercado. Em princípio, pela lei da oferta e da procura.

Em se tratando de imposto que incide sobre a transmissão por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para determinação de sua base de cálculo na hipótese mais geral, que é a compra e venda, o preço. Este funciona, no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do artigo 148 do CTN." (Grifou-se) (in Curso de Direito Tributário, 17ª edição de 02/2000, p. 316)

17. Tem-se, pois, como certo, que o primeiro momento de incidência do ITBI consumou-se com a alienação do terreno, e naquela ocasião, cabia ao Condomínio, sujeito passivo tributário, ter recolhido o imposto na forma e nos termos dos itens 15 e 16 precedentes. Não o fez, e assim, transferiu para momento posterior de conclusão da edificação a incidência do imposto, a ser cobrado na forma do artigo 11, da Lei 4591/64, combinado com os artigos 198 e parágrafo único, 199, inciso IV, da Consolidação Tributária do Município.

**O FATO GERADOR DO ITBI SOBRE A TRANSMISSÃO DA
EDIFICAÇÃO DO IMÓVEL E A BASE DE CÁLCULO
SOBRE CADA UNIDADE AUTÔNOMA.**

18. O que traz o Condomínio a confronto como razão para se insurgir contra a exigência do Fisco municipal sustenta-se na colocação segundo a qual:

“... uma pessoa não pode transmitir para si uma acessão feita por ela própria”, porquanto o “prédio estava sendo construído pelos próprios condôminos.” (Vide o teor da missiva endereçada à Chefia da Procuradoria Fiscal).

19. De fato, a construção de prédios em condomínios sob o regime de administração nos termos em que previstos na Lei 4591/64, através do qual a obra é construída com os recursos desembolsados pelos próprios condôminos integrantes da instituição do Condomínio, e em cujo nome averbar-se-á o registro de cada unidade imobiliária na matrícula do terreno, não resulta em direito para o Fisco exercer a cobrança do ITBI, desde que o contribuinte tivesse atentado para o cumprimento das exigências da Lei tributária, a tempo e modo sincronizados com a ocorrência de cada fato gerador do ITBI.

Não é esta porém, a hipótese de que se cuida. Em verdade, na prática sói ocorrer de modo diferente, com manifesta ofensa à Lei tributária, e, portanto, em prejuízo aos cofres da Fazenda Municipal. Explica-se.

20. O que existe de fato é que há um descompasso - certamente proposital, porquanto a ninguém é dado o direito de escusar-se ao cumprimento da lei, alegando que não a conhece -, entre a dinâmica dos fatos e o momento correto de aplicação do direito, ou seja, de incidência do Imposto de Transmissão.

21. A aquisição de um imóvel, através de mera formalização do negócio, como no caso da espécie, independente da realização de benfeitorias futuras ou não, faz surgir o fato gerador do ITBI, momento preciso de incidência do imposto, na forma do artigo 194, e incisos, da Consolidação Tributária do Município.

22. O estado de natureza do terreno deixa de existir quando o imóvel se transforma numa acessão física (v.g. prédio de apartamentos, lojas, salas etc.), alterando-se, em consequência a base de cálculo do Imposto de Transmissão, tendo em vista o próprio valor que se agregou ao terreno. Antes,

com a só existência do terreno, a base de cálculo era uma. Porém, em seu lugar, existindo uma edificação com vinte e seis (26) unidades imobiliárias, a base de cálculo não pode ser considerada em face de um terreno que já não mais existe. A lei tributária só pode considerar o que realisticamente existe, pelo que, na forma do artigo 11, da Lei 4591/64, cada unidade imobiliária construída responde em separado pelo Imposto de Transmissão, conforme se lê:

“Para efeitos tributários, cada unidade autônoma será tratada como prédio isolado, contribuindo o respectivo condômino, diretamente, com as importâncias relativas aos impostos e taxas federais, estaduais e municipais, na forma dos respectivos lançamentos.”

E os artigos 198 e 199, § único, inciso IV, da Consolidação Tributária do Município, também determinam, respectivamente, que:

“Art. 198 - 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 (Art. 6º, da Lei 6421/89).

Art. 199 - Nos casos seguintes a base de cálculo é:

IV - nas permutas, o valor venal de cada imóvel permutado;

23. Para melhor compreensão da questão, imagine-se o cenário ilustrativo mediante o confronto entre duas realidades idênticas em que se tem, por hipótese, um mesmo terreno, a saber: a 1ª) pela qual tem-se o contribuinte que adquire o terreno; constrói com os recursos próprios, e, ao final da obra, averba a edificação na matrícula do imóvel que já era de sua propriedade, e assim recolhera o ITBI apenas sobre a área do terreno; e a 2ª) outra situação - de regra a comum -, pela qual o contribuinte adquire o imóvel pronto e acabado e, na transmissão do mesmo, recolhe o ITBI sobre o seu valor venal (v.g., um apartamento, uma sala, etc.) .

Quem pagará mais ITBI ?

- É visível que a tributação recairá mais elevada sobre o contribuinte da 2ª situação, porque ele adquiriu o próprio apartamento já acabado, isto é, simultaneamente - se é que assim se pode falar - terreno e obra edificada.

- O contribuinte da 1ª situação, por outro lado, se ao ter adquirido o terreno já transferira a propriedade para o seu nome, recolhera o ITBI somente sobre a referida área, como de direito, o que finda a obra, só cuida

de fazer a averbação do prédio na matrícula do terreno (que já é seu), resultando nessa hipótese menor imposto. PORÉM, se não transferira a propriedade do terreno e construiu o apartamento, por exemplo, não pode, concluídas essas duas etapas de circulação da riqueza, pretender recolher o ITBI somente sobre a área do terreno. Impõe-se, neste caso, recolher pelo que de fato existe - a edificação.

E por quê? Para evitar a quebra do princípio da isonomia tributária, e a fraude fiscal.

24 A propósito de fraude fiscal, o Condomínio interessado afirma que "vários desses apartamentos foram vendidos, e só não foram transferidos por que ainda não foram averbados no nome dos antigos proprietários, postergando a SEFIN a arrecadação do ITBI que incidirá sobre um grande número de unidades." (Grifou-se)

Ora, a fraude fiscal já é manifesta, na medida em que um número não preciso de condôminos, instituidores da Convenção de Condomínio, vêm alienando as suas unidades a terceiros, mediante contratos de gaveta, com repercussão prejudicial ao Fisco que: 1) não recolheu o ITBI do condômino por ocasião da alienação do terreno, e ainda agora o terceiro adquirente se insurge contra o pagamento do imposto sobre área edificada; 2) a fraude beneficia ao terceiro adquirente da unidade imobiliária que não tendo tomado assento na instituição do Condomínio, pretende recolher o ITBI sobre área do terreno de cujo negócio de alienação ele sequer participou; 3) beneficia, também, o condômino que se desfez da sua unidade, vendendo-a certamente com lucro, sem ter recolhido o imposto na alienação do terreno, e que não mais se responsabilizará pelo recolhimento do imposto sobre a unidade transmitida.

DA DECISÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

25. Neste passo, convém esclarecer que a decisão da 1ª Câmara de Julgamento de Recurso do Contencioso Administrativo Tributário, extraída do processo nº 7.559/99, prolatada favoravelmente aos interesses do Condomínio Ed. Parati, não tem a força de obrigar a Administração Pública a cumprir o que ofende a finalidade pública, vulnerando-se o princípio da legalidade que confere proteção ao interesse público, que é indisponível. A definitividade das decisões do Contencioso Administrativo Tributário é relativa, e mesmo gerando preclusão administrativa no âmbito interno do processo, nem por isso deixa de ser atacável por via judicial, sobretudo

quando há manifesta ofensa à lei que rege o direito em discussão, com grave repercussão às finanças públicas, sujeitando-se assim, tais decisões, ao princípio da inafastabilidade de apreciação judicial, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Por essa razão, é que a própria Administração pode anular os seus atos, nos termos da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal.

26. DIANTE DO EXPOSTO: a) considerando não mais existir terreno, mas em seu lugar a construção do Condomínio do Edifício Parati, não mais há que se falar em incidência de ITBI sobre a área de terreno; b) considerando que o Imposto de Transmissão não foi recolhido ao tempo da alienação do terreno - o que, hoje, estariam os condôminos identificados na Convenção de Condomínio eximidos de recolherem o imposto, ao ensejo da averbação do prédio e de cada unidade imobiliária em seus nomes, por força da construção sob regime de administração; c) considerando a existência de uma edificação de condomínio sem que tenha havido o respectivo recolhimento do ITBI sobre a área do terreno antes alienado, é que outra alternativa legal não resta ao Condomínio do Ed. Parati, através de cada condômino ou do terceiro adquirente do apartamento, recolher o ITBI, de acordo com o valor venal de cada unidade imobiliária permutada, conforme art. 11, da Lei 4591/64, cuja avaliação será levada a efeito pela Administração tributária, consoante a determinação dos artigos 198 e 199, inciso IV, da Consolidação Tributária do Município.

Ressalte-se, que a incidência do imposto de transmissão recairá, também, sobre as unidades da CAPEF, as quais lhe serão transferidas, na condição de condômina.

É como penso, salvo melhor juízo.

Fortaleza, 10 de Outubro de 2000

EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA

Procurador do Município

Matrícula 11694.1

OAB-CE nº 4.804

PROCESSO Nº 00027/2000-PGM

INTERESSADO: REGINA CÉLIA NASCIMENTO DE OLIVEIRA
ASSUNTO: CONSULTA À PGM SOBRE A SITUAÇÃO DA
ACIDENTADA

PARECER Nº 298/00 - CST

EMENTA: Situação jurídica do contratado temporário - Agente Público, inserido nos termos jurídicos da CLL.
Direito à Saúde.
Direito ao Auxílio Acidente - vitalício - decorrente de acidente de trabalho.

REGINA CÉLIA NASCIMENTO DE OLIVEIRA, é objeto da consulta do Processo 00027/2000-PGM. Recebemos os autos, pela primeira vez em 02.02.2000 e desde então tem sido preocupação nossa o que fazer com esse ser humano, contratado temporário, vítima de um acidente de viação? A empregada é sujeito ativo do Direito à Saúde, de que hoje os Municípios estão no polo ativo de atendimento prioritário.

I. Em 04.02.2000 começamos os questionamentos para se entender a situação peculiar da contratada temporária, como auxiliar de serviços diversos. É triste verificar que só agora quando a própria pediu a juntada dos documentos das fls. 58, 59 e verso e 60, ficamos em condições de elaborar o parecer. O caso é felizmente, inédito. A desgraça já é muita, para ainda por cima, ser corriqueira. E, como é normal, mas nem por isso se tornou socialmente defensável ou humano, a interessada nem sequer recebeu ainda, do causador do acidente uma indenização decente. Um acidente de automóvel nessas circunstâncias (sem culpa e no trabalho) é sempre altamente traumático, se há pouca compensação, por todos os abalos causados, ainda pior. Quando se trata de alguém que está a pé, trabalhando e atropelado por um veículo, será com certeza, péssimo.

II. A situação da acidentada é alheia ao Direito Administrativo, por ter sido admitida na administração pública municipal, por via de um contrato temporário. Acontece que, numa situação nacional, que beira as raias do

absurdo quanto a despreparo para o trabalho e muitas vezes de desemprego efetivo, do ponto de vista do interessado em trabalhar, pode ser interessante assinar estes contratos. Se a Administração, Municipal ou não, deve estimular esta contratação temporária, já são outras considerações, e entendemos que nenhum constitucionalista rigoroso as defende nas condições em que esta se realizou. Por isso questionamos: em qual inciso do art. 2º da Lei Complementar nº 0011/98 entendeu a Secretaria que se inseriu esta contratação – nº 1 da nossa consulta de 04.02.2000. (fl. 12 – PGM). A resposta, que francamente não nos convenceu, foi a de que seriam os arts. 2º e 3º, IV – fl. 29.

O fato é que o inciso IV, do art. 3º da Lei Complementar nº 0011, ao mencionar admissão de professor e pessoal de apoio, exclusivamente para o atendimento da demanda do ensino infantil e fundamental, deixa neste caso, muitas dúvidas de aplicação. O que é pessoal de apoio, torna-se uma noção muito vaga – fl. 28, que essa escola se encontre nas condições da parte final desse inciso não está demonstrado. Veja-se o derradeiro ponto de informação na fl. 30. Se dúvidas havia, mais ficaram. Agora é que Ruy Barbosa tem razão: a República fica reduzida a cabide de empregos. O que aliás, em nosso entender, não seria o pior dos defeitos neo-liberais, mas é decerto uma incoerência lógica e provavelmente uma inconstitucionalidade.

Por outro lado, eis um temporário mudando-se, em definitivo. O art. 5º da Lei ora mencionada, já demonstra que ainda houve algum cuidado em aparentar seguir-se os princípios da Administração Pública. Mas as noções de temporariedade e de excepcional interesse público estão francamente a perder-se de vista.

O art. 9º é sintomático – essas pessoas não são servidores públicos municipais. Estão contratados, regidos pela legislação trabalhista e previdenciária. Então, seus direitos não se agasalham no Regime Jurídico Único da Administração Pública brasileira, à época ainda único e de pé em seus princípios básicos. Hoje nem isso!

O contrato da fl. 07 refere apenas, além do fundamento constitucional que nos parece ter sido deturpado, os arts. 1º a 4º da Lei Complementar nº 003/90, ora juntada. A.L.C. nº 0011 que embasou o possível 3º contrato – fl. 09, está nos autos na fl. 28 e verso, a base do 2º e do 4º se existiram, não se sabe qual foi, pois apenas um deles se menciona na fl. 29 – seta. Calcula-se portanto que, como se diz – “tendo sido renovado no ...” houve termo de renovação ou algo que o valesse. Aliás nem conhecemos se de Dezembro de 1998 a Agosto de 1999 esteve trabalhando. Como ninguém documentou, fica extremamente difícil entender como uma pessoa na triste

situação de deficiência em que essa senhora se encontrava, poderia renovar contratos. É evidente que também não poderia ser despedida pois este caso particular deveria logo ter sido tratado ao abrigo da Lei nº 8.213/91 e não por renovação de contratos que óbvia e tristemente não poderiam traduzir-se em trabalho. Que poderia ela fazer em tal situação de deficiência? Serviços de limpeza, não seguramente.

III. Regina Célia Nascimento de Oliveira foi encaminhada a Centro de Reabilitação, em que possa melhorar suas condições e talvez trabalhar em algo que possa fazer sentada? Reportamo-nos ao art. 37, inciso VIII da C.F/88.

IV. Depois de 26.06.2000 qual é a situação da acidentada? Nada se disse. Se desde antes já deveria ser a prevista na Lei nº 8213/91, agora é que nem haverá dúvidas.

A resposta seguinte, da folha 29, induz ao que concluímos. Pelo que sabíamos, teria incapacidade permanente do pé direito (fl. 17). A resposta da fl. 29 indica que ficou prejudicada nos dois membros inferiores. O que é vago quanto a prejudicação e demasiada abrangente quanto ao nº de pés. Nem vale a pena bater mais nesta tecla. Pelas fl. 59 verso e 60 é patente que não pode mais varrer, carregar algo, sobre seus pés.

V. A menção ao contrato das fls. 09 e 10 serviria mais como alerta, não indicava a ninguém que fizesse rasuras. Pelo contrário, alertava para a falta de assinaturas. Esperamos que alguém providencie o que falta. Ou tomaram a decisão de não precisar mais de testemunhas? Não é isso que o texto contratual sugere e muito menos a lei.

O início da fl. 30 justifica que remetamos ao art. 37, IX da Constituição Federal, aliás base na qual se encontrou a motivação para os contratos de 1998 em relação a pessoal de apoio (?) de educação e ao que já manifestamos sobre a temporalidade e a excepcionalidade motivadora – pela crise utilizada verifica-se que seria única. Ainda para mais, tratando-se apenas de Escola Conveniada. Talvez possa, no entanto, encaminhar-se a interessada a alguma instituição que pode até ser ligada ao IPM, para a proteger e ajudar em nome de sua deficiência. Estaria aí a oportunidade de se escrever DIREITO, de forma correta e ao abrigo da Lei nº 8213/91 também. O 1º contrato teria valido desde 01.09.98, época em que era vigente a L.C nº 003/90 (é conveniente verificarem-se os zeros na numeração destas leis).

As leis que estabeleceram no Município de Fortaleza estes contratos,

designaram os contratantes como **servidores contratados**, o que nos parece erro de designação. Anexamos artigo em que a doutrinadora Vera Regina Loureiro Winter deixa clara a opinião de que são **agentes públicos**, seguindo a posição do justamente elogiado, Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. Recentemente em aula do Curso de Especialização em Direito Público, na UNIFOR, a Prof^a. Maria Lírida C. de Mendonça externou a mesma posição, embasada na doutrina constitucionalista de Ivo Dantas. Concordamos com a tríplice opinião. Na mesma categoria encontram-se os ocupantes de cargo comissionado, em qualquer nível ou área de atuação na federação brasileira. Igualmente nela se inserem ocupantes de funções especiais eletivas, como as dos Conselheiros Tutelares. Só que em ambos estes casos, enquanto exercentes de tais cargos, essas pessoas são tratadas como **servidoras**, a vítima mencionada nesses autos é **Empregada Pública** e seu contrato temporário, o que afasta a aplicação direta das disposições estatutárias, mas faz dela também um **agente público**, como ainda os **Agentes Políticos**.

A Administração brasileira respaldou tais contratos nos tempos neo-liberais e incluiu essas categorias na designação genérica de **agentes públicos**. O que obviamente **repudiará uma interpretação leonina dos contratos**. De outro modo, haveria apenas, como entendemos que deveria ter sido feito, que reciclar, responsabilizar, ensinar a ser ágil e devotado o **servidor público**, transformado agora em bode expiatório de todas as mazelas da Administração Pública. E dizemos ensinar, por que a realidade mostra que um grande número de servidores, ostenta esse título, mas ainda não aprendeu a servir com agilidade e devoção de cidadão. Poderia ao menos lembrar-se que é com o dinheiro dos tributos que paga, que o Estado/gerente **lhe paga a ele**.

VI. Em parecer sobre caso parecido, elaborado em 21.11.97 manifestamos que o direito à saúde, consagrado no art. 196 da C.F./88 não tem sido levado tão a sério como deveria. Neste caso, de certa forma, reproduzem-se as considerações, por que entendemos que a acidentada deveria ter sido imediata e continuamente assistida, em seu direito à saúde, que é geral e tem como **sujeito ativo universal, qualquer cidadão**. A acidentada desconta para o IPM e por ele é assistida previdenciariamente (fls. 36 e 38 - PGM) e em termos de saúde (fl. 38). Sobre a divergência nas datas, advertimos a Administração, já que não deverá prejudicar a acidentada. Veja-se n.ºs. 1 e 2 da informação de Julho de 2000, do IPM. Se é segurada, deve manter-se em tratamento, sem o que, seria violado o princípio do **NÃO locupletamento à custa alheia e o direito à saúde**. Quem paga a previdência ou a saúde, (neste caso os dois) obviamente deve ser atendido nos dois quando a desgraça, involuntária, **lhe bate à porta**. No exercício do trabalho

público, mais ainda. E deve sê-lo enquanto precisar, como foi a opinião do Dr. Pedro Martins, no caso de Haroldo Lima Campos. Nesse, como no do Conselheiro Tutelar, a qualificação jurídica dos interessados, era como a do caso em tela, **agente público**. Anexamos os pareceres e os despachos. O Município de Fortaleza nos três casos, beneficiou-se do trabalho e como deve, reconheceu o direito à saúde.

De qualquer modo, a vítima será amparada nos termos da Lei nº 8.213/91, por que houve acidente de trabalho e esse deplorável fato dá-lhe até **respaldo vitalício**. Vejam-se os arts. 19; 21, I; 22; 59; 60; 63; 86; §§ 1º, 2º e 3º desta Lei.

CONCLUINDO: Esta vítima de acidente de trânsito, enquanto fornecia serviços e no local de trabalho, mesmo que a prestação dessa atividade laboral decorra de contrato temporário, deverá ser **amparada vitaliciamente** em relação a sua saúde e remuneração, por força das disposições legais de contratação temporária, pela natureza celetista dessa relação e em decorrência de acidente de trabalho, mesmo que a vítima ou a administração, por este **NÃO** possam ser responsabilizadas.

Nas condições destes autos, verificamos e é mais uma vez nosso dever sugerir, que tais contratos não existam para substituir, ainda que temporariamente **servidores e concurso público**.

É o parecer nos termos da ementa e da conclusão. s.m.j.

Fortaleza, 23 de Outubro de 2000.

MANUELA LOURENÇO F. TORQUATO
Procurador do Município
Matrícula nº 06116-1

PARECER Nº 062/-00-PA
PROCESSO Nº. 1550/00-PGM
ASSUNTO: PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO.

EMENTA: Pedido de reconsideração: ampla defesa administrativa. Prorrogação aditivada fora do prazo em contrato para entrega de obra. Interesse da Administração Pública. Vinculação ao contrato e a seu objeto. Imposição legal. Entendimento inicial modificado.

I.

1. A Construtora Ltda. requer reconsideração de pareceres produzidos pelas Assessoria Jurídica da Secretaria executiva Regional I – SER I, doravante – e Procuradoria Geral do Município, os quais se manifestaram contrariamente ao pagamento de obras realizadas durante vigência de aditivo contratual celebrado, no entender dos pareceres, fora do prazo estabelecido pelo contrato original.

2. A Requerente, alega, resumidamente, que a prorrogação contratual é possível em função de ter "(...) a solicitação de aditamento – ora em discussão – [sido] feita pela suplicante ainda quando em pleno vigor a avença contratual, posto que prorrogado o seu lapso temporal de validade" (fls. 04). Uma vez solicitada em tempestividade a prorrogação, estaria então consolidado "(...) em favor da postulante o direito adquirido a esse aditivo, impossível de ser olvidado a esta altura" (fls. 04).

Aduz a Requerente, ainda, que a vinculação orçamentária qualificada pelos pareceres como obstáculo à prorrogação não seria, na verdade, impeditiva a aditamento, pelo fato de que o contrato celebrado não é "de execução instantânea, mas, ao reverso, de contrato que importa atividade diferida no tempo, ou seja, a ser desenvolvida ao longo de determinada quadra temporal" (fls. 04). Neste sentido, o que é estipulado pela legislação, assim a Requerente, é que não se realize certame licitatório sem a devida previsão orçamentária, "Mas isso não importa dizer que a execução de um contrato de obras – como é o caso – não possa alargar-se de um exercício orçamentário para o outro" (fls. 04/05).

3. Instruem o processo:

- a) o pedido de reconsideração da Requerente;
- b) cópia do Contrato de Empreitada nº 001/99, celebrado entre o Município de Fortaleza, com a intervenção da SER I, e a Requerente (a última folha do contrato não se acha anexada);
- c) cópias dos primeiro e segundo aditivos ao contrato acima referido;
- d) solicitação da Requerente ao Titular da SER I no sentido de se analisar a possibilidade de aditamento ao contrato;
- e) ofício do GAMA da SER I.

A Sra. Procuradora Geral despachou o processo a 29.05.2000 para mim.

É o relatório.

II.

4. Num primeiro instante cumpre ressaltar que assiste a mais inteira razão à Requerente quando formula pedido de reconsideração de parecer administrativo que lhe foi desfavorável. Entendo ser o pedido aqui explicitado a materialização do que qualifica o texto constitucional como ampla defesa no âmbito da Administração Pública.

Assim, e para tornar o mais transparente possível qualquer decisão definitiva que venha a autoridade administrativa competente tomar, é que anexo cópias do processo original, uma vez que também nesse processo se acham os dois pareceres desfavoráveis ao pleito da Requerente.

5. A meu ver, dois pontos principais precisam ser enfrentados para que se chegue a uma solução jurídica razoavelmente segura, seja para a Requerente, seja para a Administração Pública. O primeiro deles é o limite da vinculação da Administração Pública ao contrato, o qual é produto de um edital para realização de certame licitatório deflagrado em obediência aos preceitos legais. O exame de tal vinculação conduz necessariamente à observação do caráter da legalidade e sua compreensão numa sociedade como a brasileira, que se caracteriza pela convivência entre, de um lado, a existência de disposições constitucionais bem estruturadas, as quais se constituem em autênticas advertências sobre o que ainda devem Estado e sociedade realizar, e de outro, as limitações práticas e lições da história a insinuarem uma constante prudência quando da veiculação de alterações

substanciais.

Derivando de tal observação, torna-se imprescindível esclarecer se a legalidade democrática protege a tese de que solicitação realizada perante a Administração Pública gera direito adquirido, no caso, à prorrogação contratual, e, seja em caso positivo ou negativo da resposta, qual o impacto de tal compreensão no que diz respeito ao detalhe da dotação orçamentária.

6. O primeiro ponto, ou seja, a conciliação da legalidade com aquela vontade específica em agir do Administrador num ambiente que convive com distância entre o legal e o real, e com claras imposições para que tal distância seja pelo menos reduzida – como determina a imposição do texto constitucional brasileiro – foi observado, dentre outros, pelo Prof. Julio Prat, da *Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay*, *verbis*:

"Outro elemento que limita a discricionariedade é o da finalidade, determinante para a vontade do administrador atuante. Também é anterior ao momento da emissão do ato, mas de caráter objetivo. A existência da finalidade provém da lei, que atribui os poderes jurídicos para que cada um dos órgãos da administração tome suas decisões. É um elemento essencial do ato e deve ser entendida como uma aceção não ampla ou genérica, mas sim concretamente, porque é uma finalidade certa, determinada, precisa, para a qual se outorgam poderes ao administrador público. (...) Assim, a finalidade deve ser apreciada como o resultado do ato administrativo editado ao interesse geral, não como algo abstratamente considerado. A finalidade é algo concreto que surge do texto legal que atribui competência e pelas diretrizes recebidas pela própria administração" (Insistindo sobre um antigo tema: o poder discricionário da administração, *in*: *Genesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado*, ano 2, nº. 5, junho 1995, Curitiba, pp. 331-333, p. 331/332).

7. Aceito que pode, sim, a Administração Pública adotar devida postura que, apesar de não constar expressamente na legalidade, se ache dentro do âmbito do que lhe é lícito em função da atividade interpretativa do direito. Apenas faço recurso a esta argumentação para robustecer a hipótese de que mesmo que um caso que envolva a vontade de realização de um ato administrativo se localize somente no âmbito da licitude, se encontra este caso protegido pelos princípios constitucionais. Se esta mesma vontade se localiza inequivocamente no âmbito da legalidade, tem-se então a absoluta certeza de sua validade.

8. Ratificando este entendimento e exatamente no âmbito do Direito Administrativo, na sub-área de licitação, admite o Superior Tribunal de Justiça, dadas determinadas circunstâncias, desvinculação do edital, desde que como produto desta desvinculação se tenha valor mais significativo a se

proteger, mais legitimador do certame, como por exemplo, a pluralidade de licitantes, o que, sem dúvida, tanto fortalece a concorrência, como evita favoritismos:

"(...) Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação do edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração. (...) O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas evadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes" (...). (in: AGA 277197/RJ, DJ 08.05.2000, p. 0087, Rel. Min. Nancy Andrighi).

9. Somente é possível alcançar tal conclusão interpretativa quando se parte de um pressuposto inevitável defendido por formulações hermenêuticas modernas, ou seja, o da existência e imposição ao Estado e à sociedade de uma legalidade que é aberta, plural. E essa legalidade pode ser assim qualificada por ser não somente no seu mérito democrática, mas por ser produto de um processo democrático. Não se trata, portanto, de uma legalidade qualquer.

A República Federativa do Brasil dispõe de uma legalidade que é produto de exemplo único na história do constitucionalismo moderno, qual seja, a experiência de uma ampla e participativa assembléia nacional constituinte. Tão importante quanto seu conteúdo social e democrático é ainda a Constituição Federal produto de um processo democrático.

10. Não é suficiente, para os parâmetros de uma teoria da democracia, que se chegue a resultados democráticos em si, embora tal iniciativa deva sempre ser bem recebida. O fundamental é que os processos, por meio dos quais se alcançou resultados democráticos, tenham sido eles próprios essencialmente democráticos. Assim é a Constituição Federal de 1988.

Referida definição conceitual remete a Constituição Brasileira para um patamar invulgar no estudo das constituições modernas. Na verdade o motivo maior de obediência é respeito que se deve manter pela Constituição Federal repousa precisamente nesse ponto: o de se ter uma legalidade democrática.

A realização da democracia se impõe como pressuposto do Estado de Direito. Sem democracia é impossível a existência de direito, posto que o

poder que não se deixa vincular à legalidade não é direito mas sim realização da vontade absolutista - imprevisível, portanto - de quem governa.

Esta formulação inicial nada tem de etérea, ingênua ou utopista. O Supremo Tribunal federal em alguns de seus acórdãos já se pronunciou tanto sobre esta compreensão, como ainda sobre os resultados a que deve alcançar o aplicador do direito ante a tarefa de interpretar todo o texto constitucional. Deixo as palavras do Min. Marco Aurélio proferidas recentemente (07.07.1999) na ADIN nº 2.012-9-SP falarem por si próprias, e que, liminarmente, se posicionam em favor da eleição por todos os juízes vitalícios do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"com a Carta da República de 1988, decorrente do poder originário constitucional, tendo em conta a mudança substancial de regime, passou-se a contar com ênfase maior aos princípios democráticos (...). Mais do que isso, misonéismo, em apego ao que se encontra estabelecido, sem refletir-se sobre o alcance da mudança, no que se mostra em perfeita correlação com os ditames maiores inerentes a um estado democrático de direito" (ADIN nº 2.012-9-SP, voto sobre pedido de liminar do relator, p.05).

11. Eis, portanto, a pressuposição que determinará todo o entendimento aqui explicado: a existência de uma legalidade democrática, de um direito positivo democrático, que é o único direito posto possível.

O positivismo jurídico, na sua formulação mais bem elaborada, é produto, sobretudo do gênio de Hans Kelsen. Kelsen era, antes de mais nada, um "defensor apaixonado" da democracia social, possuindo convergência estrutural com o programa do partido socialdemocrata austríaco e reconhecendo mais tarde a incapacidade do liberalismo em solucionar o problema da péssima qualidade de vida dos trabalhadores. Isso se encontra descrito numa das boas biografias de Hans Kelsen, qual seja a oferecida por Aladár Metall (*Hans Kelsen - Leben und Werk, Vrl. Franz Deutscher, Viena, 1969, pp.33-110*). Será necessariamente neste contexto que sua obra - da qual a Teoria Pura do Direito é apenas um exemplo de vigor intelectual - há de ser compreendida.

Se a recepção do positivismo jurídico no Brasil limita-se apenas à aceitação da radicalidade jurídico-dogmática, incorre esta recepção em grande injustiça com o pensamento de Kelsen. Juntamente com Hermann Heller - outro ardoroso defensor do Estado democrático e social - é que Kelsen e os positivistas vão desenvolver trabalhos acadêmicos onde se posicionam pela relatividade dos direitos individuais limitados estes pelos interesses coletivos, o que significa atribuição de poder intervencionista ao Estado. Referida afirmação se sustenta quando se observa a quantidade dos trabalhos

de Kelsen onde o papel do estado e a materialização da democracia são temas centrais das indagações, como por exemplo: Estado de Direito e Direito do Estado (Tübingen, 1920); A Teoria dos Três Poderes ou as Funções do Estado (1924); O Problema do Parlamentarismo (Viena/Leipzig, 1925); Elementos da Teoria Geral do Estado (Viena, 1926); Os Conceitos Jurídico e Sociológico do Direito (Tübingen, 1928); A Idéia do Direito Natural (-, 1928); A Paz Pelo Direito (-, 1944). Não é casual o fato de Kelsen ver-se obrigado a abandonar a Alemanha nazista. Muito antes de sua origem judia, Kelsen era um defensor do Estado de Democrático de Direito, idéia ontologicamente oposta ao totalitarismo.

12. Em resumo, sustento o entendimento sobre a necessidade de uma compreensão e interpretação abertas de Direito, onde se reconhece, como bem ensina Paulo Bonavides, a multiplicidade de atores e fatores para uma eventual menos imprecisa aplicação do Direito a partir do

"espelho público e da realidade que é a Constituição", (in: Bonavides, Paulo: Curso de Direito constitucional, 8ª edição, Malheiros, 1998, pp. 466-469).

Cumpra, assim, observar como esta compreensão pode solucionar o caso que se examina.

III.

13. Se há possibilidade racional de ampliação do conceito da vinculação ao edital por parte da Administração Pública, não é menos verdade que esta ampliação deve se localizar no âmbito do que ainda é lícito, sob pena de se ter a queda do Estado Democrático de Direito. Repito: não de um Estado qualquer, mas de um Democrático de Direito, o qual, segundo a Constituição Brasileira é princípio de todos os outros princípios constitucionais.

14. O contrato originalmente celebrado, com duração prevista de cento e vinte dias, se deu a 12 de março de 1999. O aditivo foi assinado a 26 de julho de 1999. Tem-se no cômputo dos dias que o centésimo vigésimo dia recaiu sobre o dia 10 de julho de 1999, donde se conclui: o aditivo foi realmente celebrado fora do prazo da vigência do contrato. Nesse ponto, os pareceres anteriormente produzidos não se equivocaram.

15. No limite da perspectiva de interpretação aberta não me parece existir obstáculos para que se aceite, porém, que o contrato possa vir a ser aditado em virtude de sua natureza: o que interessa ao Município de

Fortaleza, no caso, é a conclusão da obra. Esse foi o fundamento do processo licitatório. Esta natureza diverge daquela dos contratos por tempo determinado. Da distinção entre tais modalidades tem se ocupado suficientemente a doutrina chegando a resultados razoavelmente satisfatórios, o que justifica apenas uma breve menção sobre o assunto.

16. É verdade que o primeiro aditivo foi celebrado já quando o prazo do contrato original se achava corrido. Repito: o prazo estava terminado, mas o contrato e o seu objeto, qual seja a obra, não se achavam concluídos. Tampouco se afigura como aceitável que o Município, após desprendimento de esforços, abandonasse a obra apenas por cega obediência à legalidade. Tal conduta é a que não é autorizada, como se viu da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, de resto, como sugere a boa razão das coisas.

Foi este, precisamente o detalhe que escapou à minha atenção e que me conduz à mudança de opinião que aqui manifesto.

17. Igualmente entendo ser possível que se inclua no âmbito da licitude o aditamento do contrato original, em virtude do interesse da Administração Pública. Não vejo, por outro lado, com a devida vênia perante a opinião dos representantes da Requerente, como caracterizar de direito adquirido o "direito ao aditamento" do contrato reclamado pela Requerente.

Contrato celebrado com a Administração Pública é, como bem afirma Marçal Justen Filho, distinto do contrato de direito privado sobretudo pelo caráter estático deste: somente em raros instantes e circunstâncias podem os contratos de natureza privada sofrer alterações. O mesmo não se dá com os contratos em que a Administração Pública figura como um dos pólos.

Referida possibilidade permanentemente aberta de alteração contratual (seja de prazo, valor, qualidade do que se contratou) possui sua previsão normativa, em especial, quando do art. 65 da Lei nº 8.666/93, com suas alterações.

18. Na verdade, parecer ser possível cogitar da existência de um direito por parte do contratado pela Administração Pública em direito, por exemplo, à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Mesmo assim, a alteração se sujeita a determinadas prescrições, não sendo possível sua realização apenas por simples alegativa de direito adquirido, baseada na abstrata previsão normativa. A realização do caso concreto se faz aqui

imprescindível à aplicação da norma jurídica.

19. No caso que se examina, existiu o interesse da Administração Pública na conclusão da obra. Pelo que se lê, esta conclusão não se deu por força de aspectos imprevisíveis, como a existência de pluviosidade, o que legitima tanto para a Administração Pública quanto para a Requerente o aditamento do contrato. Por esta razão, parece-me autorizado que se conclua pela possibilidade do aditamento realizado no final do ano de 1999, como deseja a Requerente.

O que, a meu ver, torna viável este aditamento é a racionalidade de que são dotados tanto o ordenamento jurídico como o funcionamento da Administração Pública. Não haveria sentido em se dispor de instrumento normativo legal o qual, ao invés de facilitar a vida em sociedade moderna, detivesse o propósito de servir de parâmetro para uma sociedade de alienígenas e não de seres humanos que convivem com a imprevisibilidade de muitos dos fatores da natureza.

Ordenamento jurídico algum esgota todas as previsões normativas inerentes à conduta humana. Por isso a multiplicidade de condutas possíveis fazem da atividade de interpretação um aspecto importante para a aplicação do Direito. É que no caso de imprecisão ou mesmo ausência de legalidade diante de um fato, será o hermeneuta quem, a partir de uma sistemática de todo o ordenamento (e esta visão sistemática inclui necessariamente a observação de todos os detalhes que determinaram este ordenamento), poderá indicar o caminho menos inseguro tanto para uma apreciação meramente administrativa da ação do Administrador, como também àquela eventual apreciação judicial desse ato levado a cabo por este administrador.

20. Se não se aceita que as determinações legais sejam absurdas, não há como se conceber poder sê-lo as ações da Administração Pública que desta legalidade derivam. Assim é que a legalidade - tendo em vista a impossibilidade de se esgotar todas as condutas do ser humano e elencá-las no texto normativo - pontua os casos gerais em que pode a Administração Pública ir além - ou aquém - daquilo que se acha estritamente previsto. A vinculação constitucional ao princípio da legalidade não se confunde com literalidade. E demais, legalidade é espécie do gênero lícito. Se a legalidade decorre também da licitude - que é aberta, plural e exige o olhar interdisciplinar - a interpretação também o será: aberta e plural, como se sustentou anteriormente. E os resultados dessa interpretação também devem convergir no sentido de tornar viável a boa, eficiente, transparente, impessoal, legal administração da coisa pública.

Pelo que aqui exposto foi, revejo meu posicionamento originalmente expressado no parecer nr. 46/00-PA, para opinar pela possibilidade do aditamento requerido, configurado o interesse da Administração Pública e cálculo do que realmente é devido.

É como entendo, Sra. Procuradora Geral, submetendo este parecer à sua apreciação.

Fortaleza, 12 de junho de 2000.

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
Procurador Assistente.

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 249.785/CE (99/0058277-2)

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
(FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL)

AGRAVADA: UNIMED DE FORTALEZA -
COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA (FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL), já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, com o devido respeito, à presença desse Colendo órgão jurisdicional, com fulcro no art. 545 CPC, e art. 317 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, apresentar AGRAVO REGIMENTAL contra a decisão do eminente Relator do Agravo de Instrumento em epígrafe, a fim de, reconsiderá-la ou submetê-la ao órgão responsável pelo julgamento desse recurso, o que faz pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

DO CABIMENTO DO PRESENTE AGRAVO REGIMENTAL

O presente recurso, a teor do art. 545 CPC, é cabível contra decisão de Relator que rejeita Agravo de Instrumento interposto em vista da não-aceitação de Recurso Especial por Corte Superior, "in verbis":

"Art. 545. Da decisão do Relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§2º e 3º do art. 557."

De idêntica forma, o Regimento Interno dessa Corte Federal Máxima, em seu art. 258 e §1º dispõe que: "Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de Relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em

mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. §1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso”.

DA DECISÃO OBJETO DE RECURSO

A decisão ora recorrida foi proferida pelo eminente Ministro Relator do Agravo de Instrumento nº 249785/CE (99/0058277-2) que, negando provimento ao mesmo, não entendeu presentes os requisitos para o encaminhamento e regular processamento do Recurso Especial promovido pela Fazenda Pública Municipal.

Recusou o seguimento do Recurso Especial afirmando a inexistência de prequestionamento da matéria no Tribunal “a quo”, em vista da ausência de menção expressa no acórdão aos artigos de lei federal compreendidos como violados, o que inviabilizaria o recurso à instância ad quem, e que o recurso, para sua viabilidade, exigiria exame da prova dos autos, sendo pedido a vênua de transcrever trechos do Voto do Relator, “ad verbis”:

“É o prequestionamento condição prévia ensejadora da própria existência do recurso excepcional, pois o inconformismo do recorrente deve ser ligado ao que, pelo pronunciamento final do Tribunal a quo, ficou decidido contra o seu interesse. Portanto, sendo condição de admissibilidade, quando insatisfeito, torna incabível o apelo especial, atraindo das súmulas 282 e 356, do Colendo Supremo Tribunal Federal”.

“Ainda com relação ao assunto, cito o recurso especial relatado pelo em. Ministro Demócrito Reinaldo:

“O prequestionamento para viabilizar o conhecimento do Especial, exige que o acórdão julgador de 2º Grau haja adotado entendimento explícito sobre o preceito legal que constitui o fundamento do recurso nobre. Inexiste prequestionamento quando o Acórdão recorrido faz simples menção ao preceito legal indicado como violado (no especial), sem que, sobre ele, se tenha manifestado de forma precisa, esclarecendo-lhe o sentido e a compreensão” (Resp 91869, DJU 03/03/97)

DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

O ilustre Humberto Theodoro Júnior já se manifestou em sua

clássica obra “Curso de Direito Processual Civil” sobre o prequestionamento implícito, “in verbis”:

“Após algum tempo de funcionamento do STJ, a experiência nos revela que algumas exigências traçadas com rigor pela antiga jurisprudência do STF foram, de certa forma, abrandadas pelo novo Tribunal. Assim, por exemplo, o prequestionamento não foi dispensado, mas teve sua configuração admitida em termos muito mais flexíveis” (Ob. cit., 1ª Volume, 18ª ed., São Paulo, Forense, 1996, p. 600).

Transcreve de igual conteúdo decisão do STJ acerca de sua tese, que ora transcrevemos, “ad verbis”:

“Para que a matéria tenha-se como prequestionada, não é indispensável que a decisão recorrida haja mencionado os dispositivos legais que se apontam como contrariados. Importa que a questão jurídica, que se pretende por eles regulada, tenha sido versada” (STJ, Resp 1.871-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. de 17.04.90, DJU 23.04.90.)”

Como já se expôs, a questão federal foi tratada claramente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, conforme o texto do Relator, sendo atendido o requisito do prequestionamento, vez que a mesma foi tratada em toda aquela decisão, estando a questão *sub judice* impregnada e fulcrada basicamente sobre essa premissa, quando não, ao menos implicitamente o acórdão ora recorrido filiou-se claramente a uma das teses que se revela flagrantemente infratora da lei federal.

No acórdão a matéria foi abordada e enfrentada, apenas não sendo aposta no texto da mesma a menção expressa aos artigos respectivos, restando plenamente caracterizado o prequestionamento implícito, expediente aceito e acatado por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante o julgado supra.

Essa mesma Corte Máxima Federal já se manifestou, consoante acórdão publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 102/170, “ad verbis”:

“Para que o requisito do prequestionamento esteja satisfeito, é dispensável a menção expressa, por parte do tribunal ‘a quo’ do dispositivo legal tido como violado pelo recorrente especial. Basta que a Corte de Apelação tenha apreciado e solucionado a questão federal agitada e solucionado a questão federal agitada no recurso excepcional”

Da mesma forma, o Recurso Especial 106.671-SE, re. Min. Eduardo

Ribeiro, j. 10.03.97, deram provimento, v.u., DJU 14.4.97, p. 12.742, "in verbis":

"Não obsta o conhecimento do recurso a falta de menção, pelo acórdão, de determinando dispositivo legal, se a questão jurídica foi enfrentada"

Finalmente, o eminente **SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA** nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 162608/SP, anexado a esse recurso.

Caracteriza-se o Recurso Especial pela premência de questionamento, conforme a Jurisprudência predominante no Pretório Excelso, destacadamente através de suas Súmulas, ou seja, o órgão cuja decisão se vergasta deve ter enfrentado a matéria atinente à lei federal em seu aresto, sob pena de não conhecimento do Recurso Especial.

DO TRATAMENTO CONFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ À LEI FEDERAL Nº 5764/71, E À AO DECRETO - LEI Nº 406/98, COM A REDAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 839/69.

Na leitura do voto do Relator da Apelação no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, é claro o tratamento dado ao artigo da lei federal respectiva: arts. 97 e 111, da Lei nº 5.764/71 e art. 19, § 3º, do DL 406/68.

Nos autos *sub oculi*, a questão federal palmilha-se a cada argumentação, como se demonstrou acima, donde se infere que tais questões ventilaram-se pela tese do Excelentíssimo Relator da Apelação no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará manifestou-se sobre os dispositivos legais apontados como vulnerados, conforme trecho abaixo transcrito:

"Dessa forma, não sendo a cooperativa "empresa" de que trata o art. 8º, do DL nº 406/68 recepcionado pelo art. 146, III, "a", da CF/88 e, também, não praticando atividade elencada na lista baixada com a Lei Complementar nº 5.687, e, ainda mais, não realizando serviço de conteúdo econômico, esta excluída a sua atuação da incidência do ISS."

PLANO DE SAÚDE-SEGURO-SAÚDE- PREMÊNIA DA DISTINÇÃO ENTRE TAIS INSTITUTOS EM VISTA DOS EFEITO JURÍDICOS DAÍ ADVINDOS- EXTENSÃO DE TAL CONJUNTURA À CONFIGURAÇÃO FÁTICA MANIFESTADA NOS AUTOS DO PROCESSO EM LIÇA

A empresa *in casu*, através de clara e evidente tergiversação, confundir conceitos claros e despidos de controvérsia, atribuindo-lhes conceitos claramente favoráveis a seus interesses particulares, ou seja, buscando unificar os conceitos de Seguro-saúde e Planos de Saúde.

É contrário a essa argumentação o seu próprio Contrato Social anexado aos presentes autos.

O Seguro- saúde existe entre nós e está regulado através do Decreto- lei nº 73 de 21 de Novembro de 1966. Este diploma legal impõe uma série de requisitos para o reconhecimento dessa qualidade por parte das empresas que a tanto se proponham.

Segundo o saudoso Fran Martins, "O seguro é um contrato comercial, só que, nos dias atuais, só podem ser seguradoras empresas constituídas por sociedades anônimas (Decreto-lei nº 73, de 21.11.66, art. 240. Para certas modalidades de seguros (seguros agrícolas e de acidente de trabalho) a lei faculta que a seguradora seja uma sociedade cooperativa" (In Contratos e Obrigações Comerciais, 14ª ed. Forense, pg. 354).

É de notar que a agravada, no afã de criar para si um tratamento tributário diferenciado e cercado de privilégios frente a outras empresas semelhantes, olvidou de requisitos inarredáveis para ser considerada como prestadora de serviço de Seguro -Saúde. Apenas citaremos os mais claros óbices para que tal caracterização se perfaça, através da leitura dos art. 24 do retromencionado diploma:

"Art.24. Poderão operar em seguros privados APENAS SOCIEDADES ANÔNIMAS OU COOPERATIVAS, DEVIDAMENTE AUTORIZADAS"

Não se pode da mesma forma argüir que tal forma contratual tem ligação direta com o Contrato de Seguro no âmbito do Direito Civil, visto tal raciocínio estar afastado pelo art. 10, § 1º do mesmo regramento: "Não se aplicam a tais seguros as disposições do art. 1433 do Código Civil" (Sic). Prosseguindo na análise deste diploma legal, deparamos com o art. 74 que trata com clareza sobre os requisitos de constituição de tal sociedade:

"A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministério da Indústria e Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP"

Prosseguem o arts. 75 e 76:

"Concedida a autorização para funcionamento, a sociedade terá o prazo de noventa dias para comprovar perante a SUSEP, o cumprimento de todas as formalidades legais ou exigências feitas no ato da autorização. (...) Feita a comprovação referida no artigo anterior, será expedida a carta-potente pelo Ministério da Indústria e do Comércio"

Resta claro que não há o cumprimento destas medidas pela sociedade que pleiteia o tratamento tributário diferenciado em tela, havendo, em realidade, um intuito de fraudar a lei através da fusão de dois conceitos diversos, elidir-se da obrigação a todos imposta de contribuir para o custeio das despesas públicas através do pagamento dos impostos a que está obrigada, no caso o Imposto sobre Serviços.(ISS)

Revela-se ela como uma empresa comercial de venda de planos de saúde, amoldando-se com perfeição ao conceito vazado no item 6 da Lista de serviços anexa ao Dec.- lei 834/69, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, "in verbis":

"Serviços de:

6 - PLANOS DE SAÚDE, prestados através de planos de medicina de grupo e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano".

A empresa acosta aos autos julgados que, segundo ela, favoreceriam seu ponto de vista, merecendo atenção o julgado do Pretório Excelso

Adiante, em análise ao acórdão anexado pela autora, revela-se de vital importância o estudo mais abrangente desse julgado, compreendendo-se a parte transcrita em harmonia com o todo, seguindo-se o Voto do Eminentíssimo Relator Néri da Silveira, cujo trecho merece ser transcrito, "in verbis":

"É DE SE OBSERVAR, POR ÚLTIMO, QUE A LEGISLAÇÃO, RECENTEMENTE, VEIO A SER MODIFICADA. É O QUE RESULTA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 56, DE 15.12.1987, AO DAR NOVA REDAÇÃO À LISTA DE SERVIÇOS A QUE SE REFERE O ART. 8º,

DO DECRETO-LEI Nº 406, DE 31.12.1968, CUJA ENUMERAÇÃO SE TEM CONSIDERADO TAXATIVA, NA JURISPRUDÊNCIA DO STF(...). SOMENTE COM A NOVA LISTA DE SERVIÇOS, INCLUI-SE O ÍTEM 6, COMO SUJEITOS AO ISS, OS SERVIÇOS DE "PLANOS DE SAÚDE", PRESTADOS POR EMPRESA QUE NÃO ESTEJA INCLuíDA NO ÍTEM 5 DESTA LISTA E QUE CUMPRAM ATRAVÉS DE SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIROS, CONTRATADOS PELA EMPRESA OU APENAS PAGOS POR ESTA, MEDIANTE INDICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PLANO

Não sendo a evidência APLICÁVEL À ESPÉCIE, A LEI COMPLEMENTAR Nº 56/1987, SERVE.

ENTRETANTO, COM A NOVA LISTA DE SERVIÇOS A ELA ANEXA, A EVIDENCIAR A NÃO-

INCIDÊNCIA DO ISS NOS EXERCÍCIOS ANTERIORES, QUANTO À ATIVIDADE COMO A DESEMPENHADA PELA RECORRIDA."

Resta isento de qualquer dúvida que o conteúdo do presente acórdão não foi exatamente o que fora alegado na peça inicial, ou seja, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei Complementar nº 56/87 seria aplicável a casos como esse, mas não poderia incidir NO CASO CONCRETO, em vista do fato gerador da obrigação tributária respectiva ter ocorrido antes do advento deste comando normativo específico, não podendo a respectiva lei tributária retroagir.

Servimo-nos da constatação anterior para elucidar que todos os julgados e opiniões doutrinárias sobre esse caso devem ser contextualizados em relação a precitada Lei Complementar que adicionou o item 6 à respectiva lista, e a sua compreensão deve ser realizada em conformidade com ela e em vista da existência ou não da tributação específica quanto a esse serviço a época da sua manifestação.

O ilustre Presidente do Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro e afamado doutrinador Walter Gaspar trata da tributação relativa aos planos de saúde com a competência que lhe é peculiar e logo a seguir transcreve decisão sobre matéria idêntica a de que ora se trata, reflexo dos mesmos argumentos distorcidos de contribuintes que apenas querem se elidir de pagar seus respectivos impostos, "in verbis":

"Os planos de saúde consistem em um contrato onde são partes o usuário ou o beneficiário do plano e a empresa que presta o serviço de pagar a terceiros (médicos, hospitais, ambulatórios, clínicas, etc.), para que atendam aos usuários com serviços de saúde.

A seguir, uma esclarecedora decisão do Conselho de Contribuintes do

Rio de Janeiro (Sessão de 19/3/92 - Acórdão nº 3.077 - Recurso nº 1.752).
A ementa diz:

" PLANOS DE SAÚDE - ISS

Correta a tributação, pelo ISS, dos serviços de planos de saúde, serviços esses previstos no item 6 da lista de serviços instituída pela Lei Complementar 56/87 e adotada pelo Município do Rio de Janeiro através da Lei nº 1.194/87. Recurso Voluntário improvido por maioria. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS".

(...)

A seguir o relator profere seu voto:

"RECURSO VOLUNTÁRIO

Inicialmente devo trazer a este plenário três peças que instruem o pedido do contribuinte e que, pelo valor delas, impõe-se uma pequena contestação.

O primeiro é o parecer do Ministro Leitão de Abreu, que aceitando a classificação de ter a empresa a atividade de seguro-saúde, exclui a possibilidade da cobrança de ISS. É certo também que na impugnação apresentada o contribuinte se considera como seguro-saúde. DENTRO DA MINHA HUMILDE INTELECTUALIDADE NÃO POSSO ACEITAR ESSE ENTENDIMENTO DE SEGURO SAÚDE POSTULADO PELA EMPRESA E RATIFICADO PELO EMINENTE MINISTRO LEITÃO DE ABREU. PORQUE O SEGURO PRIVADO É REGULAMENTADO POR LEI ESPECIAL, CUJO EXERCÍCIO DEPENDE DE AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL QUE, CUMPRINDO A EMPRESA TODOS OS REQUISITOS LEGAIS, RECEBE DO MINISTRO O DIPLOMA PARA FUNCIONAR. O SEU NÚMERO É LIMITADO. SUJEITO À FISCALIZAÇÃO DO ÓRGÃO DIRETOR, NASCENDO COMO OS BANCOS, COMPANHIAS DE INVESTIMENTOS E OUTROS SUJEITOS A ORIENTAÇÃO GOVERNAMENTAL. NENHUMA COMPANHIA DE SEGURO FUNCIONA SEM A LICENÇA OU CONSENTIMENTO GOVERNAMENTAL POR SUA VEZ O ART. 1433 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO QUE PODERIA FUNDAMENTAR UM CONTRATO PARALELO FOI EXPRESSAMENTE REVOGADO PELO DECRETO-LEI Nº 73/66, CUJAS OBRIGAÇÕES E DEVERES AF EXIGIDOS, NENHUM DELES É SEGUIDO PELA RECORRENTE."

(...)

O julgado transcrito pelo eminente doutrinador trata exatamente do acórdão mencionado pela agravada na presente Ação Ordinária, em trecho agora transcrito, "ad verbis":

"QUANTO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CONSIDERANDO OS SERVIÇOS TAXATIVAMENTE SÓ OS ENUMERADOS, ACEITOU O NÃO PAGAMENTO DO IMPOSTO NO PERÍODO EM QUE O PLANO DE SAÚDE AINDA NÃO CONSTAVA DA ENUMERAÇÃO LEGAL, O

EMINENTE MINISTRO NERY DA SILVEIRA FRISOU EM SEU VOTO QUE A SITUAÇÃO SERIA DIFERENTE APÓS A CONCEITUAÇÃO DESSES SERVIÇOS DETERMINADOS PELA LEI

COMPLEMENTAR Nº 56/87. A PARTIR DESTA LEI OS PLANOS DE SAÚDE SÃO TRIBUTÁVEIS PELO ISS.

SOU DOS QUE ENTENDEM QUE TODOS OS SERVIÇOS SÃO PASSÍVEIS DE TRIBUTOS, SENDO A MATÉRIA LEGAL EXEMPLIFICATIVA, COMO DETERMINA A LEI 691/84 EM SEU ART. 8º, ÍTEM 101. NO ENTANTO, MESMO SENDO TAXATIVA A ENUMERAÇÃO, A PARTIR DA LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 FOI O PLANO DE SAÚDE INCLUÍDO ENTRE OS OBRIGATORIAMENTE TAXADOS EXPRESSAMENTE PELO ISS."

O Excelentíssimo Senhor Desembargador João de Deus Barros Bringel expôs em seu tirocínio abalizado parecer percuciente sobre a questão, que pedimos a vênia de transcrever, "in verbis":

"...Algumas indagações vêm-me de logo à mente, em torno do tema, em busca da chamada fumaça do bom direito a que estaria acobertada a pretensão da recorrente HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.. Em que consiste o seu objeto? Um plano de saúde ou um Seguro-saúde? para usar a linguagem de seus documentos constitucionais, a agravante comercializa serviços hospitalares, exames auxiliares, diagnósticos de tratamento e serviços médicos, através de planos de saúde, como consta no aditivo ao seu Contrato Social, a que se refere a Xerox de fls. 25, modalidade diferente do seguro-saúde, cuja exploração somente pode ser feita por sociedades seguradoras devidamente autorizadas por Portaria do Ministério da Indústria e Comércio, não tendo a agravante feito a menor prova dessa exigência. O contribuinte da agravante além de não poder contar com toda a assistência médica, como, por exemplo, a hemodiálise e tratamento de câncer, não pode escolher livremente o médico e o hospital de sua conveniência, devendo sujeitar-se aos médicos e hospitais credenciados pela suplicante, restrições que, a mim me parece descaracterizadoras de seguro-saúde. São aspectos que devem ser examinados com maior profundidade para identificação da agravante como simples prestadora de Planos de Saúde, ou como exploradora de seguro-saúde, modalidades diversas não apenas no que diz respeito à sua concretização, mas no tocante às conseqüências no campo tributário, notadamente quando a recorrente procura se isentar do ISS, da competência municipal, sob a alegativa de carecer ao Agravado poderes para tributar o seguro-saúde, por ser da exclusiva alçada da União"

A fim de expurgar qualquer dúvida ainda restante, concluímos com a sábia doutrina de Sérgio Pinto Martins, em sua obra "Manual do ISS", "in verbis":

"O plano de saúde não vem a ser exatamente um seguro, pois não estão as empresas que exploram essa atividade adstritas ao Decreto-Lei nº 73/66, que trata dos seguros privados, nem se subordinam à SUSEP ou ao IRB. Os planos de saúde são escolhidos livremente pelo interessado dentre os oferecidos pela empresa especializada. A pessoa, para entrar no plano pode pagar uma jóia ou não, devendo pagar a mensalidade do plano de acordo com os tipos de plano possíveis, que dão mais ou menos direitos de internação, de exames médicos, etc. O serviço está à disposição do associado, que pode efetivamente usá-lo ou não. No item em comentário, a empresa que explora a atividade de Plano de saúde não é empresa de assistência médica, muitas vezes nem tem hospitais ou médicos, apenas contrata médicos e hospitais para prestar os serviços necessitados por seus associados. Estes, por pagarem o plano de saúde, tem direito de usar dos serviços prestados pelos médicos ou hospitais credenciados pela empresa do Plano de Saúde. O próprio item da lista menciona a necessidade de que os serviços sejam prestados por terceiros, e não pela própria empresa, que são contratados pela empresa do Plano de Saúde ou são apenas por ela pagos, de acordo com a preferência do beneficiário do plano. (ob. cit., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 75)

Quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei complementar nº 56/87 em face à Constituição Federal, a razão parece estar com o eminente Ministro Neri da Siveira, quando diz que: *"a verdade é que a Lei Complementar n 56/87 está em plena vigência há muitos anos. A sua inconstitucionalidade deveria ter sido requerida na forma do art. 103 da Constituição Federal, onde a propositura é um privilégio das pessoas ali enumeradas. (citado por Walter Gaspar, in ISS Teoria e Prática, p. 229)"*.

A parte autora, como se expôs, busca obnubilar a compreensão de matéria tributária por demais clara e evidente com o único anelo de elidir-se ao custeio das despesas públicas através do recolhimento do ISS (Imposto Sobre Serviços) legalmente incidente sobre os serviços de Plano de Saúde, conforme o item 6º da Lista de Serviços Anexa ao Dec.-Lei nº 406/68.

DO PEDIDO

Em vista de todo o exposto, fática e juridicamente, a Agravante pede, nos termos do art. 545 CPC e 259 do Regimento Interno desse Superior Tribunal de Justiça, a submissão do presente agravo regimental ao prolator da decisão, a fim de que ele a reconsidere, ou, caso não o faça, que submeta esse recurso ao órgão competente para o julgamento do Agravo de Instrumento.

Nestes termos,
pede deferimento.

Fortaleza, 20 de outubro de 1999

Marcelo Melo Malta

Procurador do Município
Matrícula nº 15.070-1
OAB/Ce nº 6044

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

**Agravo de Instrumento
com Pedido de Efeito Suspensivo
nos autos da ação cautelar
nº 2000.81.00.008366-1**

Requerente: Município de Fortaleza
Requerido: Ministério Público Federal

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, ente de direito público interno, por seus procuradores signatários, comparece à presença de Vossa Excelência, nos autos da Ação Cautelar manejada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a fim de interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO em face de decisão liminar positiva, o que faz com fundamento nos artigos 520 e seguintes do Código de Processo Civil, aduzindo, para tanto, as relevantes razões fáticas e jurídicas a seguir perfiladas.

**1. - DOS FATOS
- DA DECISÃO RECORRIDA**

1.1. Para compreensão do procedimento ocorrido quanto ao licenciamento do Projeto de Recuperação da Praia de Iracema, passa-se a detalhar as fases, por que este passou, ressaltando-se desde já, que os procedimentos ensejadores do licenciamento foram efetuados a maior, desnecessariamente, uma vez que feitos antes da apreciação técnica do IBAMA, quanto ao tipo de empreendimento.

1.2. Mesmo não sendo necessário o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), o mesmo foi apresentado ao IBAMA pelo empreendedor. O IBAMA numa análise preliminar e atento aos exíguos prazos exigidos pela legislação para cada fase do procedimento de licenciamento, solicitou as complementações que entendeu cabíveis.

1.3. Houve audiência pública a respeito da obra, tendo sido publicado o edital respectivo. Somente após estes procedimentos efetuados, foi redirecionado o sistema de licenciamento, em face da análise técnica procedida pelo IBAMA, com esteio na Lei 6.938/81.

1.4. Optou então o IBAMA, pela expedição da Licença de Instalação- LI e não pela Licença Prévia - LP, com a consequente dispensa do EIA/RIMA, por reconhecer que as obras objetivam a recuperação do ambiente natural na área e consequentemente que não são passíveis de causar significativa degradação, nos exatos termos definidos pela Constituição.

1.5. Atente-se que risco algum de dano ambiental foi vislumbrado pelo IBAMA e embasado nessa convicção é que concedeu a Licença de Instalação Nº 089/2000.

1.6. Ainda no exercício de sua função controladora, previu o IBAMA na referida licença, como condição geral, o respectivo cancelamento, caso ocorresse grave risco ambiental e de saúde no desenvolver do empreendimento.

1.7. O MM Juiz Titular da 2ª Vara assim posicionou-se, ao acatar o pedido liminar do Ministério Público:

"(...) concedo a liminar requestada para determinar a imediata paralisação das obras de construção do aterro hidráulico da Praia de Iracema, bem como da construção do espigão com 45 (quarenta e cinco) metros de extensão, na mesma Praia, ora em execução pelo Município de Fortaleza. Da mesma forma, concedo o provimento liminar pretendido no sentido de determinar ao IBAMA, por sua Superintendência Regional no Ceará, que proceda à reabertura do procedimento de licenciamento ambiental do referido projeto, com a publicação, em Diário Oficial e em jornais de grande circulação, do edital relativo ao pedido de licença com exigência de apresentação do EIA/RIMA, bem como abertura do prazo de 45 dias para solicitação de audiência pública."

2. - DO DIREITO - DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

2.1. Cumpre, em princípio, ressaltar as condições gerais da licença de Instalação Nº 089/2000, notadamente, as que se reportam a seu cancelamento pelo IBAMA:

Condições Gerais:

1.1.....

"1.2- O IBAMA mediante decisão motivada, poderá modificar as condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar esta licença, caso ocorra:

-
- . Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;
- . Omissão ou falsa descrição de informações que subsidiaram a expedição da licença;
- . Graves riscos ambientais e de saúde." (grifos não constantes do original).

2.2. Portanto, foi a licença de Instalação-LI, além de expedida em cumprimento aos dispositivos legais aplicáveis, sujeita a um controle a posteriori, podendo ser cancelada a qualquer tempo desde que descumpridas as condições nela previstas, notadamente havendo risco de dano ambiental, quando a critério do IBAMA, será a mesma imediatamente cancelada.

2.3. Hely Lopes Meireles ao comentar o controle judicial dos atos administrativos preleciona: (...) "Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

2.4. O r. despacho requestado traduz justamente o pronunciamento sobre o mérito administrativo, insito na avaliação técnica do IBAMA, o qual, no âmbito da competência conferida pela Lei 6938/81, considerou que o projeto de recuperação da Praia de Iracema não era efetiva ou potencialmente poluidor nem tampouco capaz de causar degradação ambiental, e consequentemente, não seria submetido ao licenciamento prévio, com os procedimentos que lhe são próprios (apresentação de EIA/RIMA, audiências públicas, etc..), pois o adequado seria expedir a Licença de Instalação, como o fez.

2.5. A exigibilidade do licenciamento prévio e do EIA/RIMA já era exigido pela Carta Magna "para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental" como determina o Art. 225, § 1º, inc. IV, *in verbis* :

"Art. 225- OMISSIS

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

.....
 IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;"

2.6. O art. 10 da Lei 6.938/81, a qual o MM. Juiz se refere, contém uma expressão que traduz a discricionariedade (e não arbitrariedade) do IBAMA, na avaliação do projeto a ser licenciado, segundo o qual o empreendimento será ou não sujeito ao licenciamento prévio. A expressão em referência é

"...considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como as capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental,..."

2.7. Quem considera o empreendimento poluidor ou passível ou não de degradação ambiental? A resposta encontra-se no mesmo artigo - o IBAMA.

2.8. Vale ressaltar, que a competência do órgão supra, através de sua Diretoria Ambiental, o qual analisou e licenciou o empreendimento em foco, é inconteste, competindo às suas representações regionais apenas conceder autorizações.

2.9. O licenciamento do empreendimento de recuperação da Praia de Iracema foi expedido em consonância com a competência do IBAMA, através da Diretoria mencionada, conforme preceitua o art. 16 do Decreto Federal nº 3.059, de 14 de maio de 1999, o qual aprova o seu Regimento Interno.

2.10. Considerando pois o IBAMA que o empreendimento ou atividade é efetiva ou potencialmente poluidor ou capaz de causar degradação ambiental, sujeita tal projeto ao licenciamento prévio. Ao

contrário, expede a licença de Instalação, como o fez no caso em tela.

2.11. Para melhor compreensão do tema, cumpre esclarecer o que seja Licença de Instalação e Licença prévia.

2.12. Define as referidas licenças a Resolução Nº 237, de 19 de Dezembro de 1997, em seus arts. 3º e Parágrafo único e art. 8º, *in verbis* :

"Art. 3º - A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA) ao qual dar-se-á publicidade, garantia e realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo Único- O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento."

2.13. Regulamentando ainda, o Decreto Nº 99.274, de 06 de junho de 1990, a Resolução Nº 237, dispõe sobre as licenças ambientais, *in litteris*:

"Art. 8º- O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I- Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implantação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante :

.....
 Parágrafo Único- As licenças ambientais poderão ser expedidas isoladas ou sucessivamente de acordo com a natureza, características e fases do empreendimento ou atividade.

2.14. Atente-se que o Parágrafo único do art. 3º da Resolução Nº 237/97 revoga implicitamente a Resolução Nº 001/86 - pois dispõe contrária e posteriormente - no tocante a exigibilidade do EIA/RIMA, pois como retro transcrito, o referido parágrafo único, seguindo desiderato constitucional insito no art. 225, § 1º, inc. IV, igualmente acompanhado pelo art. 10 da lei 6.938/81, reafirma que o IBAMA considerando que o empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação, não determinará a apresentação do EIA/RIMA, acrescentando "definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento."

2.15. Ressalte-se ainda, que inerente ao licenciamento prévio, está a questão da concepção do projeto. Uma licença prévia "é concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação" (Resolução CONAMA nº 237/97, ART. 8º, I).

2.16. No caso, por ser por demais conhecida a localização da obra e sendo a concepção do projeto igualmente conhecida na área, uma vez existir obras iguais a que ora se pretende realizar - há 13 (treze) espigões encravados na costa do Município - considerou o IBAMA também por esse aspecto, despidiêdo, sem nenhuma função, a expedição de uma Licença Prévia para o projeto.

2.17. Tal avaliação decorreu das funções de controle que detém o IBAMA sobre esse tipo de empreendimento, conferido pela legislação como exaustivamente demonstrado, o qual, considerou além dos demais aspectos retro apontados, que não havia concepção desconhecida do projeto, nem tampouco desconhecida era sua localização, considerando viável o empreendimento e optando por expedir a Licença de Instalação-LI.

2.18. Tampouco ocorreu descumprimento da Lei 7.661/88, art. 6º, mas ao contrário, pois a exigência do EIA/RIMA constantes da referida lei, refere-se a empreendimentos que alterem as características naturais da Zona Costeira - e o projeto de recuperação da Praia de Iracema como a denominação já expressa, longe de desnaturar as características naturais da Zona Costeira - vem isto sim, reverter o processo de erosão - que se instalou no local.

2.19. É o teor do citado artigo:

"Art. 6º- O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro. (grifos não constantes do original).

2.20. O empreendimento em pauta, portanto, objetiva não modificar as condições naturais da zona costeira, mas exatamente restaurar suas condições naturais, no trecho da Praia de Iracema, cujo comprometimento pela erosão é público e notório.

2.21. Está portanto, o Município com tal iniciativa, cumprindo mais uma vez, desígnio constitucional, inserto no art. 23, inc. VI, ao empreender projeto que visa justamente a proteção ao meio ambiente.

2.22. É o teor do citado dispositivo:

"Art. 23- É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....

VI- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;"

2.23. A licença de Instalação portanto, foi balizada pelos ditames legais mencionados, a partir de critérios técnicos, utilizados na esfera de liberdade concedida pela Constituição e demais diplomas legais retro referidos.

2.24. Para análise de tal aspecto da *questio*, cumpre comentar o controle judicial dos atos administrativos e seus limites, o qual contempla forçosamente a distinção sobre a vinculação e discricionariedade de tais atos, no âmbito fixado pela lei.

2.25. Sobre a vinculação e discricionariedade dos atos administrativos, preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo: "No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa. A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto

que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter, uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem - as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham -, é preciso que o agente possa, *em consideração a fisionomia própria de cada qual*, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda. (*In Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 10ª Edição, 1998, p. 586/587).

2.26. Como bem esclarece Maria Silvia Zanella di Pietro, "Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto." (*In Direito Administrativo*, Editora Atlas, 10ª Edição, 1998, p. 180/181).

2.27. Eis as razões de pedir da reforma da decisão agravada.

3. - DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO DE AGRAVO

3.1. O art. 558 do Código de Processo Civil exige a coexistência de dois requisitos autorizadores da atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a saber, relevância da fundamentação e possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

3.2. De clareza solar o preenchimento dos dois requisitos. A relevância da fundamentação verifica-se na observância de todas as exigências legais que autorizariam a expedição da Licença Ambiental, como restou demonstrado no tópico 2 supra.

3.3. Em verdade, o empreendedor, ora agravante, observou não só as exigências legais como foi além, pois mesmo não sendo necessário o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), o mesmo foi apresentado ao IBAMA, numa demonstração de excesso de zelo com a coisa pública e meio ambiente.

3.4. O Ministério Público, ao invés de preocupar-se com o bem estar da população e principalmente das pessoas que habitam próximo à área, prefere, de forma precipitada, pleitear a suspensão das obras por prazo indeterminado.

3.5. A possibilidade de dano de difícil reparação é consubstanciada nos prejuízos que a alta das marés pode causar à área em questão.

3.6. Em perigo comprovado encontra-se a comunidade e a própria cidade ante a erosão crescente ali verificada, a degradação e destruição não só do calçadão da Praia de Iracema, mas da própria via e demais equipamentos públicos instalados naquela área, bem como dos próprios imóveis particulares que margeiam a via, pela violência e intensidade crescente das ressacas ali observadas, a avançar cada vez mais sobre os espaços públicos e privados naquele trecho da praia, como é de público e notório conhecimento de todos.

3.7. Tem-se no presente caso, curiosamente, uma inversão do *periculum in mora*: o MP considera-o a manutenção da obra - que, como foi demonstrado não causa impacto ambiental - o Município de Fortaleza, ao seu turno, entende e comprova a imperiosa necessidade de reconstituição da área e a paralisação da obra faz nascer o verdadeiro *periculum in mora*.

3.8. Assim, resta clarividente a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso de agravo de instrumento, eis que presentes os requisitos autorizadores da medida.

4. DO PEDIDO

a) Atribuir efeito suspensivo ao presente recurso de agravo e suspender a liminar concedida pelo Meritíssimo Juiz Federal Titular da 2ª Vara no Estado do Ceará, tendo em conta que presentes os requisitos autorizadores dessa medida, comunicando ao juiz a decisão;

b) intimar o representante do Ministério Público Federal, na pessoa do Excelentíssimo Procurador da República, para apresentarem resposta ao presente recurso, no prazo de dez dias;

c) acolher, ao final, as razões ora apresentadas e dar provimento ao agravo de instrumento ora proposto.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Fortaleza, 23 de maio de 2000

RÔMULO GUILHERME LEITÃO
Procurador Geral Adjunto

MARIA DE FÁTIMA NÓBREGA DE ARAÚJO
Procuradora do Município

JOSÉ SOARES DE SOUZA NETO
Procurador do Município

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 30.132 - CE (2000.05.00.025361-5)
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DE FORTALEZA - CE
ADV : RÔMULO GUILHERME LEITÃO E OUTROS
AGRAVADO(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA
RELATOR : O SR. JUIZ ARAKEN MARIZ

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Município de Fortaleza, irresignado com a decisão do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, em sede de Ação Cautelar Inominada, preparatória de Ação Cível Pública, promovida pelo Ministério Público Federal em face dos réus Instituto Brasileiro do Meio Ambiente dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o ora agravante, deferira medida liminar para "determinar a imediata paralisação das obras de construção do aterro hidráulico da Praia de Iracema, bem como da construção do espigão com 45 (quarenta e cinco) metros de extensão, na mesma Praia", em execução pelo Município, bem assim para "determinar ao IBAMA, por sua Superintendência Regional no Ceará, que proceda à reabertura do procedimento de licenciamento ambiental do referido projeto, com a publicação, em Diário Oficial e em jornais de grande circulação, do edital relativo ao pedido de licença com exigência de apresentação do EIA/RIMA, bem como abertura do prazo de 45 dias para solicitação de audiência pública" (fls. 26).

A ação civil pública a ser manejada pelo "parquet" colimará a decretação da nulidade da licença de Instalação nº 089/2000, concedida pelo IBAMA, bem como a condenação do Município de Fortaleza a cumprir obrigação de não fazer, consistente na não execução das obras públicas referenciadas, visto que, no entender do ora agravado, somente seriam possíveis após a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, publicação de editais, realização de audiências públicas e concessão da licença de instalação.

O agravante vergasta o ato judicial asseverando estarem ausentes os requisitos indispensáveis à concessão da liminar, mormente se caracterizando o periculum in rnorra inverso, em face da imperiosa necessidade de implementação do Projeto de Reconstrução da área, a qual padece de um processo crescente de erosão que vem atingindo o trecho compreendido entre o Espigão da Praia de Iracema e o da Praia dos Diários, na altura da Av. Barão de Studart.

É certo que se deduz da Lei nº 6938/81, art. 14, § 1º a exigência de licenciamento prévio para os empreendimentos considerados efetiva e potencialmente poluidores a que possam vir a causar degradação ambiental. Não se olvide, outrossim, que a Lei nº 7.661/88, que cuida do Gerenciamento Costeiro, estabelece que para o licenciamento, órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração EIA/RIMA.

Entretanto, a obra de recuperação da Praia de Iracema, conquanto não seja considerada de pequeno porte, não restara desprovida do referido estudo. Ao contrario, como timbra a municipalidade recorrente, fora apresentado ao IBAMA, pelo empreendedor, o Estudo de Impacto Ambiental. Por seu turno, o IBAMA solicitara as complementações que entendera cabíveis, realizando-se, ainda, audiência pública acerca da obra, tendo sido inclusive publicado o edital respectivo. Somente após estes procedimentos, fora redirecionado o sistema de licenciamento, visto que o IBAMA assim entendera, determinando a expedição da Licença de Instalação, justamente por reconhecer que as obras objetivam a recuperação do ambiente natural na área, não sendo passíveis de causar significativa degradação,

Esse o norte definido em sede constitucional (art. 225, § 1º, IV): o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado impõe ao Poder Público o Estudo prévio de impacto ambiental nos casos de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. No caso de que se cuida, realizado o estudo submetido ao órgão competente para sua apreciação, o IBAMA se manifestara pela inexistência de risco de dano ambiental, e em função disso determinara a expedição da licença de instalação,

Com essas breves considerações, reputo presente o requisito da relevante fundamentação, pelo que recebo o agravo nos efeitos

DEVOLUTIVO e SUSPENSIVO.

Comunique-se ao MM. Juiz "a quo". ,

Intime-se o agravado para responder no prazo legal, facultando-lhe a juntada das peças que estimar conveniente.

Publique-se. Intime-se . ,

Recife, 01 de junho de 2000.

JUIZ ARAKEN MARIZ
Relator