

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

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

**Fortaleza (CE) - 1999  
Ano 7 - Volume 7**

SUMÁRIO

1 - APRESENTAÇÃO .....	13
2 - ARTIGOS .....	15
2.1 - OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL Adilson Abreu Dallari .....	17
2.2 - PROGRESSIVIDADE COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA FISCAL Lucíola Maria de Aquino Cabral .....	33
2.3 - LIMITE DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO - UMA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO Valmir Pontes Filho .....	77
2.4 - A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PENSAMENTO RACIONALISTA Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz .....	91
2.5 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS Evanna Soares .....	103
2.6 - A MODERNA TEORIA DEMOCRÁTICA E O VOTO OBRIGATÓRIO Fábio Túlio Correia Ribeiro .....	133
2.7 - FEDERALISMO BRASILEIRO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz Martônio Mont'Alverne Barreto Lima .....	173
2.8 - VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO - CAMINHO RUMO A UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MAIS EFICIENTE Fátima Nunes Memória de Andrade .....	197

2.9 - DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E O DIREITO DE CONSTRUIR Maria Lindáuria de Lima Nascimento .....	205
2.10 - A TEOLOGIA DE PLATÃO Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz .....	215
2.11 - DIFICULDADES OPERACIONAIS EM PROCEDIMENTOS DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Manuela Lourenço Pires Torquato .....	253
2.12 - DA CAPACIDADE PROCESSUAL DA REPRESENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA DOS INCAPAZES José Helvesley Alves .....	257
<b>3 - PARECERES .....</b>	<b>261</b>
3.1 - DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI FACE AO CRITÉRIO TEMPORAL DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL Lilian Bezerra Paz .....	263
3.2 - AUTUAÇÃO FISCAL POR VENDAS DE LOTES DE LOTEAMENTO CLANDESTINO Francisco Edonizete Tavares .....	267
3.3 - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO DO MUNÍCIPIO Francisco Jacinês Gurgel Luz .....	273
3.4 - MOMENTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI E A LEI MUNICIPAL 8231 DE 29.12.98 Edvaldo Assunção e Silva .....	281
3.5 - OMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES DO LOTEADOR, LEI Nº 4486/75, APLICAÇÃO DA LEI ANTERIOR José Soares de Souza Neto .....	287

3.6- EXERCÍCIO REGULAR DO PODER-DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS Marcelo Melo Malta .....	293
<b>4 - TRABALHOS FORENSES .....</b>	<b>305</b>
4.1- MANDADO DE SEGURANÇA Martonio Mont'Alverne Barreto Lima .....	307
4.2- ATIVIDADE JUDICIÁRIA Stefenson Pinheiro Silva .....	317
4.3- PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR José Soares de Souza Neto .....	319
4.4- RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO RECURSO ESPECIAL Francisco de Assis Mesquita Pinheiro .....	327



**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

## APRESENTAÇÃO

Vem a lume mais um número desta revista da PGM, tradicionalmente destinada à divulgação de trabalhos doutrinários, peças judiciais e pareceres da lavra dos Procuradores do Município e de juristas cujo prestígio no meio jurídico é inquestionável. É por isto me confesso gratificada, na medida em que tenho o privilégio de dirigir uma instituição sólida, respeitada e formada por profissionais de elevadíssima capacidade e espírito público.

De parabéns está, de modo muito especial, o Centro de Estudos e Treinamento – CETREI. Não só por levar adiante a publicação periódica da Revista, mas por desenvolver suas outras atribuições com tamanho zelo e dedicação, quer no que diz respeito à capacitação profissional e intelectual dos procuradores como dos servidores administrativos desta casa.

Num momento em que se revela importantíssimo e constante renovar dos estudos jurídicos, a PGM se sente orgulhosa de contribuir, de forma decisiva, para o aprimoramento de quantos se dedicam à labuta diária com o Direito, precioso e imprescindível instrumento de controle da vida social e de fortalecimento da democracia.

**LUCIOLA MARIA DE AQUINO CABRAL**  
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO

## OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL

**ADILSON ABREU DALLARI**

Professor Titular de Direito Administrativo da  
Faculdade de Direito da PUC/SP

### I - COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O Ministério Público, assim como, por exemplo, o Tribunal de Contas, é uma instituição de nível constitucional. Suas relevantíssimas finalidades estão expressas no art. 127 da Constituição Federal, de cujo texto nada consta a indicar que ele possa ser havido ou como um Poder acima de todos os poderes ou como um substituto perfeito do cidadão:

*"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".*

Ou seja, o Ministério Público é uma instituição legal, no sentido de que está inserido na ordem jurídica nacional, sendo dotada de poderes e responsabilidades. Como toda e qualquer entidade ou instituição pública, tem um caráter eminentemente instrumental, destinando-se, no campo de suas atribuições, a atuar no sentido da realização do interesse público.

Os interesses próprios e específicos da instituição Ministério Público e de seus integrantes são interesses secundários em relação ao interesse público, entendido como o interesse comum de toda a coletividade.

Por exemplo: não pode o Ministério Público valer-se de provas obtidas por meios ilícitos nem para defender a ordem jurídica, pois isso seria até mesmo uma contradição. Enfim, o Ministério Público é dotado de poderes jurídicos necessariamente limitados, como é elementar à ordem jurídica, pois direito é sempre limitação; todo direito é limitado.

Voltando ao texto constitucional, cabe destacar o disposto no parágrafo primeiro desse mesmo artigo acima transcrito, onde estão enumerados os princípios fundamentais do Ministério Público:

*"§1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional".*

Esta independência funcional deve ser entendida como liberdade de atuação dentro dos quadrantes da ordem jurídica, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis em geral. Independência não significa liberdade absoluta.

Para que o Ministério Público, único, indivisível e independente, possa atingir suas finalidades de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com independência, o próprio texto constitucional já lhe define as funções:

*"Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:*

*III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"*

Cabe, portanto, ao Ministério Público promover a ação civil pública e instaurar o inquérito civil, figura esta que representa uma novidade, algo que não tem tradição no ambiente jurídico nacional, mas que, pelo que indica a denominação, deve ter uma natureza e uma finalidade análogas às do inquérito policial, já tradicional no direito brasileiro.

O problema está em que, enquanto a ação civil pública é suficientemente disciplinada na legislação específica, complementada pela legislação processual civil, o inquérito civil não tem disciplina legal.

O art. 8º da Lei nº 7.347, de 24/07/85 (Lei da Ação Civil Pública), apenas afirma, em seu § 1º, que "O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil...", sem indicar qualquer parâmetro a respeito de quando essa providência é necessária ou de quando ela é dispensável.

Alguns, menos avisados, menos afeitos à interpretação sistemática das normas jurídicas, atendo-se exclusivamente à literalidade do texto isolado, vislumbram nessa falta de parâmetros expressos uma total liberdade, uma discricionariedade absoluta, para instaurar ou não o inquérito civil, ao puro arbítrio da autoridade ministerial competente, no exercício de sua independência funcional.

Não é isso, entretanto, o que emana de uma análise do assunto,

quando feita no contexto da ordem jurídica, segundo os mais prestigiados métodos interpretativos.

## II - INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Interpretar um texto normativo é algo mais do que ler a seqüência de palavras que o integram. Por certo, qualquer pessoa alfabetizada é capaz de ler um texto normativo, mas somente alguém dotado de conhecimentos técnicos científicos em Direito é capaz de apreender todo o seu conteúdo, retirando daí ilações de ordem prática.

Antes de se aplicar qualquer disposição normativa a um caso concreto é preciso interpretá-la, até para se saber se ela se aplica efetivamente ao específico caso em pauta.

O que é interpretar um dispositivo legal? Quem responde com excepcional clareza a essa pergunta é EROS ROBERTO GRAU, na parte inicial de seu "Licitação e Contrato Administrativo" (Malheiros Editores, 1995, págs. 5 e 6):

*"A interpretação do direito é atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (disposições, textos) — o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete "produz a norma". Atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. A interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo".*

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contradições são apenas aparentes.

Nunca se pode apreender a totalidade do conteúdo normativo de um dispositivo legal isolado, sem relacioná-lo com outros dispositivos e, muito especialmente com princípios contidos no ordenamento jurídico do qual ele é apenas uma parte. A correta elaboração desse relacionamento exige conhecimentos científicos específicos. A ciência que cuida da interpretação das normas jurídicas é a hermenêutica.

Entre os cultores dessa ciência destaca-se a figura exponencial de CARLOS MAXIMILIANO, de cuja obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Ed. Forense, Rio, 1984, págs. 128 e 129), foi extraída a seguinte passagem:

*"O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.*

*Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.*

*Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se que o nexos entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.*

*O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial*

*Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira*

*apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere — "é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma".*

A hermenêutica cuida do estudo dos diversos métodos interpretativos, tais como o literal, o lógico-gramatical, o histórico, o teleológico etc. Não é o caso de se proceder aqui a um estudo de cada um desses métodos, destacando suas respectivas características. Basta assinalar a opção feita pelo uso do método sistemático, cujas características e virtudes são salientadas por JUAREZ FREITAS ("A Interpretação sistemática do Direito", Malheiros Editores, 1995, pág. 54) nos seguintes termos:

*"Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos".*

Além da opção pelo método sistemático, cabe também destacar uma segunda opção metodológica, qual seja aquela que dá maior relevância aos princípios jurídicos em relação às simples regras específicas de conduta.

Porém, no contexto da Constituição Federal, são, afirmados vários princípios jurídicos, de maior ou menor amplitude e hierarquia, sendo que alguns deles recebem do próprio texto constitucional a qualificação de fundamentais, enquanto outros, ainda que sejam apenas implícitos, têm sua importância decorrente do fato de se relacionarem a pontos estruturais da conformação do Estado Brasileiro.

Tudo isso deve ser sopesado, conforme ensina ROQUE CARRAZZA, na parte introdutória de seu "Curso de Direito Constitucional Tributário" (Malheiros, São Paulo, 6ª edição, 1994, pág. 30):

*"Resulta do exposto que um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele — até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) — se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância.*

*O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, ma medida do possível, do conhecido para o desconhecido.*

*Realmente, mesmo sem detenções maiores, nota-se que o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É precisamente sob este imenso arcabouço, onde sobrelevam os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas".*

O princípio, por sua importância, serve exatamente para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma. Na ausência de norma específica, o princípio condiciona ou determina, diretamente, a atuação do agente da administração.

Seja permitido transcrever aqui alguns apontamentos feitos por GERALDO ATALIBA, em sua notável monografia sobre "República e Constituição" (RT, São Paulo, 1985, págs. 5 e segs.) a respeito do valor da noção de princípio:

*"Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).*

*Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.*

*A relevância dos princípios constitucionais e sua supremacia, sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais foi*

*admiravelmente apreendida e exposta por Agustin Gordillo, com as seguintes luminaras palavras: "Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido: pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio, exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus limites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan" (Introducción al Derecho Administrativo, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1966, pp. 176 e 177).*

*Dai o sublinhar Celso Antônio (RDP 15/283) que "qualquer disposição, qualquer regra jurídica... para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio... realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".*



Nem mesmo o legislador pode criar, extinguir ou modificar direitos (por lei) contrariando um princípio. Com muito maior razão os agentes públicos, no momento da aplicação da lei, mediante a produção de específicos atos administrativos, devem estar atentos para os valores contidos e, especialmente, para as finalidades apontadas nos princípios.

Isto também se aplica, obviamente, ao Ministério Público, no tocante à prerrogativa de instaurar o inquérito civil.

### III - DEVERES E LIMITES INERENTES À COMPETÊNCIA

Toda regra de competência estabelece poderes/deveres, mas, ao mesmo tempo, fixa limites. O inciso III, do art. 129 da Constituição Federal, supra transcrito, deixa claro que o Ministério Público tem o poder/dever de defender interesses difusos e coletivos, significando, também, que não lhe compete substituir-se ao cidadão defendendo interesses individuais disponíveis.

Igualmente, por força do princípio federativo e da imanente autonomia administrativa das pessoas jurídicas de capacidade política, não compete ao Ministério Público defender interesses patrimoniais da União, da Fazenda Nacional, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois, para isso existe a advocacia pública, que também tem "status" constitucional.

A defesa dos interesses patrimoniais da Administração Pública pelo Ministério Público, entretanto, pode e deve ser feita exatamente junto aos Tribunais de Contas, dentro dos quais a instituição (una e indivisível) tem seus representantes, cuja presença é assegurada pela própria Constituição Federal:

*"Art. 130 - Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura".*

O conjunto dos dispositivos constitucionais acima transcritos circunscreve as atribuições do Ministério Público no tocante aos interesses patrimoniais da Administração Pública e às contas públicas. Nenhuma ampliação a esse extenso universo pode ser feita por lei ordinária, pois isso acarretaria invasão do espaço constitucionalmente reservado a outros órgãos ou entidades, quebrando a harmonia institucional.

Todavia, interpretações "data venia" indigentemente literais de fragmentos da legislação ordinária têm levado a conclusões inaceitáveis, no tocante à competência do Ministério Público com relação às atribuições mencionadas no acima transcrito inciso III do art. 129 da Constituição Federal.

O primeiro desses deslizes interpretativos diz respeito a uma suposta liberdade absoluta para a instauração, ou não, de inquérito civil, ao puro e insindicável arbítrio de qualquer membro do Ministério Público.

Conforme o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ("Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 11ª edição, 1999, pág. 31 a 39), por força do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, toda competência conferida à Administração Pública acarreta sempre, necessariamente, o dever de exercê-la. Para isso, para exercitar suas competências em favor da coletividade, para satisfazer um interesse qualificado como público é que a Administração desfruta de prerrogativas:

*"Quem exerce "função administrativa" está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.*

*Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos — e não da pessoa exercente do poder —, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como "poderes" ou como "poderes-deveres". Antes se qualificam e melhor se designam como "deveres-poderes", pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações".*

*"Em suma, o necessário — parece-nos — é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela".*

*"O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de "dever" em que se encontra a Administração — direta ou indireta — em face da lei.*

*O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um "problema pessoal" da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível".*

Em síntese, dado o caráter instrumental da Administração Pública, em seu sentido mais amplo (excluídas apenas as atividades de natureza política; de formação da vontade do Poder Público), pode-se dizer que no exercício da função pública não existem prerrogativas puras.

Ressalvadas as decisões tipicamente políticas, toda e qualquer decisão de agente público deve ser devidamente motivada. Obviamente, o motivo não se confunde com a pura vontade do agente. O motivo sempre haverá de ser algo de ordem pública, algo ditado pelo dever de atender ao interesse público, algo concreto, sindicável, aferível, controlável.

#### IV - O DEVER DE INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL

Aplicando-se tais ensinamentos à competência para a instauração de inquérito civil, fica espantosamente claro que isso não pode ser tomado como uma prerrogativa pura, como mera faculdade, como questão de foro íntimo, como matéria totalmente submetida ao puro arbítrio do membro do Ministério Público.

Felizmente, já existem insuspeitas e respeitáveis opiniões doutrinárias mais lúcidas a esse respeito:

*"O inquérito civil não é em si uma função, e sim um instrumento, que legitima, implicitamente, o exercício da função investigatória.*

*Note-se que quando prevê o inquérito civil, para, em seguida, tratar de valores essenciais para a sociedade, ligando aquele à proteção desses valores, a Constituição Federal deixa claro que o inquérito civil é um instrumento para aquele fim, mesmo porque quem quer os fins quer, explícita ou implicitamente, os meios.*

*Então, claro está que a Carta Federal confere ao Ministério Público um poder investigatório voltado para a apuração de lesões ou ameaças de lesões àqueles valores.*

*Esse poder investigatório constitui função exclusiva do Ministério Público, pois a Constituição Federal ressaltou a legitimação concorrente apenas para a ação civil pública (art. 129, § 1º), não o fazendo relativamente ao inquérito civil. Além disso, a própria Lei 7.347/85, estabelece, como visto inicialmente, a exclusividade do inquérito civil para o Ministério Público, reafirmando a impossibilidade da competência concorrente para a função investigatória na matéria, por meio do inquérito civil.*

*Como todo poder, é um poder-dever e assim não pode deixar de ser exercido. Todavia, como é óbvio, em nome e na defesa desses mesmos valores, esse poder não deve transformar-se em instrumento de devassa, porém em instrumento para a investigação e a apuração de elementos e fatos necessários para a promoção de ação pública, civil ou penal, para a proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos".*

JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, "Principais aspectos do inquérito civil, como função institucional do Ministério Público" in "Ação Civil Pública", coordenador: Édis Milaré, RT, 1995, pág. 321 e 322.

HELÝ LOPES MEIRELLES, ao discorrer sobre a prioritária legitimação do Ministério Público para a propositura da Ação Civil, faz uma importantíssima ressalva:

*"Mas esses poderes atribuídos ao Ministério Público para, a propositura da ação civil pública não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares regularmente aprovados pelos órgãos técnicos e administrativos competentes, sob a simples alegação de dano ao meio ambiente".*

Hely Lopes Meirelles, "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", 16ª edição, RT, p. 126.

Em abono de sua posição HELÝ LOPES MEIRELLES reproduz esta expressiva manifestação do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO emitida quando no exercício do cargo de

Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República:

*"O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias".*

(Apud, Hely Lopes Meirelles, "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", 16ª edição, RT, p. 125, nota "3").

Não se pretende sustentar que a realização do inquérito civil seja condição indispensável para a propositura de toda e qualquer ação civil pública. O bom-senso não briga com o direito. Quando houver informações firmes e seguras no sentido da provável ocorrência de determinado dano a interesse supra-individual (coletivo ou difuso), é de admitir-se a propositura direta da ação judicial.

Quando, porém, as informações forem insuficientes para indicar a ocorrência de determinado dano ou de sua autoria, é de rigor a instauração do inquérito civil.

Fazendo-se uma comparação, no campo do direito administrativo, pode-se dizer que o inquérito civil está para a ação civil pública, assim como a sindicância está para o processo administrativo. Não é possível instaurar-se um processo administrativo disciplinar genérico, para que, no seu curso se apure se, eventualmente, alguém cometeu alguma falta funcional.

Não é dado à Administração Pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão, por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado.

Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário e na medida do necessário.

Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade.

Não há razão alguma para que se deixe de aplicar, em relação ao Ministério Público, o preceito contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade patrimonial da Administração Pública por danos causados por seus agentes. Da mesma forma, conforme já tem reconhecido (timidamente) a jurisprudência, o Ministério Público enquanto atuar como parte na relação processual civil, deve suportar os ônus da sucumbência, pois o sistema republicano (conforme a magnífica lição de GERALDO ATALIBA) é incompatível com a irresponsabilidade de quem exerce prerrogativas públicas.

A realização ou não do inquérito civil, como providência preliminar à promoção da ação civil pública, pode ser um importantíssimo indicador do nível de correção da conduta do agente do Ministério Público, da sua maior ou menor diligência no exercício de suas funções.

A experiência prática tem revelado a ocorrência desagradavelmente freqüente de ações civis públicas totalmente despropositadas, que poderiam ter sido perfeitamente evitadas se o promotor público tivesse tido a mais mínima e elementar das cautelas, que é simplesmente ouvir o suposto infrator.

Por outro lado, é fora de qualquer dúvida que um inquérito civil pode fornecer elementos concretos e sólidos, levando à propositura de uma ação civil pública cuidadosamente estruturada e rigorosamente fundamentada, assegurando a efetiva punição dos causadores de danos a interesses difusos e coletivos.

## V - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A interpretação constitucional não pode ser avarenta. Não é correto extrair-se, especialmente das garantias constitucionais, apenas aquilo que aflora à superfície.

Por exemplo, quando a Constituição assegura o direito de petição, isso não pode ser entendido apenas como o direito de protocolar um pedido em uma repartição pública. Evidentemente, o direito de petição abrange, também, necessariamente, o direito a uma resposta conclusiva emitida em tempo razoável, devidamente fundamentada e motivada.

Da mesma forma, a garantia do devido processo legal deve ser entendida como protetora da liberdade em seu sentido mais amplo e dos

bens não apenas materiais, mas também do patrimônio jurídico e do patrimônio moral das pessoas, que inclui o seu bem estar, sua tranqüilidade. Constranger alguém a figurar como réu em uma ação civil pública, sem um mínimo de plausibilidade, sem a menor preocupação em verificar se existe ou não motivo para tanto, sem se valer de cautela constitucionalmente prevista para evitar que isso ocorra, ofende, sim, a garantia do devido processo legal.

De maneira alguma se pode entender que qualquer pessoa pode ser acusada sem qualquer motivo ou propósito, desde que se lhe assegure o direito à ampla defesa. Ter que invocar, em juízo, essa garantia, imotivadamente, como resultado de uma acusação gratuita e desprovida de plausibilidade já é um constrangimento ilícito.

São coisas totalmente distintas uma acusação plausível, com relação à qual o acusado se revele, ao final, inocente, e uma acusação despropositada, fruto do puro descuido, da simples negligência no exercício de função pública, para não falar até mesmo de dolo.

O simples fato de figurar como réu em uma ação civil pública já produz efeitos deletérios para o acusado, podendo até mesmo corroer e destruir uma boa reputação, ofendendo seu direito à inviolabilidade da honra e da imagem, prescrita pelo inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

Desgraçadamente, é um dado da realidade o desvirtuamento da Ação Popular, que tem servido, acima de tudo, para alimentar desavenças políticas. O mesmo pode acontecer com a ação civil pública, se não se estabelecer uma diferença entre seu uso e seu abuso.

Não está expresso, mas está implícito no preceito contido no referido art. 129, III, da Constituição Federal, ao mencionar o inquérito civil e a ação civil pública, que o Ministério Público deve valer-se do meio menos gravoso para atingir seu objetivo de proteger o patrimônio da coletividade.

Convém não esquecer que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal afirma que a enumeração de determinados direitos e garantias não significa a exclusão de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Entre esses princípios, figuram, com o qualificativo de fundamentais, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Tais princípios não podem ser espezinhados, para sustentar a existência de uma prerrogativa absurda, incompatível com o próprio conceito de direito e com

características elementares do exercício da função pública.

Pode-se, portanto, afirmar, com segurança, que, em princípio, é obrigatória a realização de inquérito civil como procedimento preliminar à propositura de ação civil pública de responsabilidade. A instauração do inquérito civil pode ser dispensada se e quando da existência de elementos probatórios que indiquem, com segurança, a efetiva ocorrência de atos deletérios a interesses difusos ou coletivos, assim como de sua autoria, permitindo o exercício responsável do poder/dever de promover a ação civil pública.

São Paulo, fevereiro de 1999.

## PROGRESSIVIDADE COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA FISCAL

LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL (\*)

Especialista em Direito Público (UFC-CE); Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA); Procuradora do Município; Procuradora Geral do Município de Fortaleza.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.
- 2 A JUSTIÇA E O DIREITO.
  - 2.1. Existe Direito injusto?
  - 2.2. A Propriedade: evolução e conceito.
  - 2.3. A Magistratura: evolução e atribuições.
  - 2.4. A Jurisprudência: sua função social (prevenção e resolução de conflitos de interesse público).
3. OS TRIBUTOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL.
  - 3.1. A Progressividade Como Critério de Justiça Fiscal.
  - 3.2. Fixação do Tema na Constituição Federal.
  - 3.3. A Progressividade e o Princípio da Igualdade.
  - 3.4. A Progressividade e o Princípio da Capacidade Contributiva.
4. A JUSTIÇA DA DECISÃO JUDICIAL (?).
  - 4.1. A Decisão do STF e a Posição da Doutrina Brasileira.
  - 4.2. Os Princípios Gerais Tributários e a Progressividade.
- 5 CONCLUSÃO.
- 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

(\*) Trabalho de conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito. Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Ciências Políticas, Jurídicas e Econômicas. Universidade do Museu Social Argentino. Prof. Dr. Marcelo Sallerno.

## R E S U M O

Este trabalho objetiva colocar, para análise e reflexão, a progressividade como critério de Justiça Fiscal, de acordo com o disciplinamento conferido pela vigente Constituição Federal Brasileira de 1988 ao Sistema Tributário Nacional.

Far-se-á, inicialmente, uma abordagem histórica dos conceitos de Direito e de Justiça, a fim de demonstrar sua evolução no tempo e sedimentar o entendimento de que a Justiça não é apenas um ideal absoluto, ou irracional, mas relativo, como diz Kelsen.

São conceitos de conteúdo variável ou indeterminado, definidos, na prática, pela concretização de um dos ideais da Revolução Francesa: o princípio da igualdade, sem o qual não será possível promover a erradicação das desigualdades sociais ou estabelecer a justiça fiscal.

A análise se fará, a partir de uma decisão oriunda do egrégio Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na qual restou declarada a inconstitucionalidade da progressividade das alíquotas do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, de competência dos Municípios.

## 1 I N T R O D U Ç Ã O

Este trabalho objetiva demonstrar que a progressividade é o critério mais adequado para se estabelecer a justiça fiscal. Para tanto serão feitas algumas ponderações acerca de um dos mais inquietantes temas do Direito: o conflito entre Direito e Justiça, notoriamente perceptível quando se analisa o fenômeno do ato de julgar, momento em que se tem de extrair da decisão judicial seu embasamento científico e ideológico, em face de suas repercussões jurídicas e sociais. Tomou-se como ponto de partida, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, com relação a progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, em face do ordenamento jurídico atual.

Serão abordados conceitos de direito e de justiça, integrando-os e relacionando-os com a atividade jurisdicional, a imparcialidade e a liberdade do julgador no momento de proferir sua decisão. O julgamento do processo o coloca diante de questões de alta complexidade como o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico, a problemática da linguagem jurídica e a indeterminação de alguns de seus conceitos, tais como: justiça, boa fé, discricionariedade judicial etc. no enfrentamento dos *hard cases*.

O ponto central deste trabalho será concentrado na análise de aspectos polêmicos concernentes à progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, reputada como critério de justiça fiscal, e considerada como instrumento utilizado na busca da justiça fiscal e social, embora essa tese não tenha sido acolhida pela Suprema Corte de nosso país, que a declarou inconstitucional, diante da preceituação constante na vigente Constituição Federal Brasileira de 1988.

A progressividade é, reconhecidamente, um importante instrumento posto à disposição do Estado Democrático de Direito, destinado a correção das distorções verificadas nas situações concretas envolvendo contribuintes pertencentes a diferentes camadas sociais, permitindo a

realização de um princípio basilar de toda sociedade democrática: o princípio da isonomia ou da igualdade.

A progressividade do IPTU encontra-se prevista em várias legislações municipais, sua efetivação, porém, resta inviabilizada, em face do entendimento esposado pela Corte Suprema. Não há como negar, entretanto, que a uniformização das alíquotas mais privilegia do que beneficia a sociedade, põe por terra a tão desejada e anunciada igualdade de tratamento consagrada pelo texto constitucional.

A aplicação de alíquotas uniformes para todos os tipos de imóveis, independentemente de suas características e localização, afronta o princípio da isonomia e da capacidade contributiva. No entanto, por força de uma decisão judicial que declarou inconstitucional a lei que estipulou alíquotas diferenciadas, em razão do tipo e da localização do imóvel, colocou-se em relevo o conflito entre a lei e a justiça das decisões, proferidas muitas vezes, em desacordo com o que esta especifica, a pretexto de fazer observar uma norma superior.

O que se quer demonstrar é que a progressividade das alíquotas atende a um ideal democrático: o da justiça fiscal, no qual estão implícitos o princípio da isonomia e o da capacidade contributiva, sendo perfeitamente possível ainda, fixar critério de progressividade de alíquotas, mesmo para os impostos considerados reais. Com isso se busca por em prática o conceito de justiça, o qual não deverá estar distanciado do Direito, como norma reguladora da conduta humana, e, por outro lado, não deverá estar afastado da antiga concepção romana de justo, ou seja, de dar a cada um o que é seu. Transpondo: dar ao fisco o que é do fisco, proporcionalmente, porém, ao montante do que se tem.

## 2 A JUSTIÇA E O DIREITO

### 2.1. EXISTE DIREITO INJUSTO ?

As noções de *direito* e de *justiça* há muito vêm desafiando pesquisadores, legisladores e aplicadores do direito, inexistindo, até o presente momento, um consenso ou unanimidade quanto à sua precisão e conteúdo terminológico. Esses conceitos são o que se pode chamar de conceitos de conteúdo indeterminado. A imensa subjetividade que os caracteriza, é fruto da interseção de diversas ordens e fatores: éticos, psicológicos, sociológicos, econômicos, políticos etc.

É possível, como sugere a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, extrair do direito toda a influência desses fatores e isolá-lo, na interpretação, dentro de uma conceituação exclusivamente juridicizada, deixando, assim, de conferir-lhe um caráter valorativo ou, como defende Hart, inseri-lo no contexto social, reconhecendo-o como instrumento jurídico e social onde a análise linguística e a descrição sociológica interagem mutuamente.

Quanto ao conceito de Justiça, buscamos, desde a Grécia Antiga até os nossos tempos, precisá-lo, entretanto, proliferam na doutrina nacional e estrangeira as mais divergentes opiniões em relação a esse tema. Desde a Antiguidade, as concepções de direito, de justo, de justiça e de igualdade diferiam para gregos e romanos e, ainda hoje, são expressões de conteúdo variável, pela própria dinamicidade da história das sociedades.

Aristóteles entendia, por exemplo, que todas as substâncias são compostas de matéria e de forma e que a forma constitui a essência de determinada coisa e que esta não existe sem aquela. Segundo ele, os gêneros e espécies somente podem ser captados com base em nosso intelecto e, por meio da razão, podemos apreender a essência imutável de todas as coisas. Esse pensamento conduziu à idéia de um direito de validade universal, alheio às contingências de toda experiência histórica, pressupondo que o uso da razão nos coloca frente a uma realidade imutável.

Mas o que se considerava então o Direito? Este encontrava-se ainda ligado à idéia de lei da natureza, de direito divino, eterno e imutável para os gregos.

Recordemos que na Antiguidade, o direito estava todo ele mesclado com a religião, e a justiça era feita pelo próprio Sacerdote, que era também o Chefe da Família. Posteriormente, formaram-se as Cúrias, as Fratias, as Tribos e, por fim, as Cidades. As mudanças sociais e econômicas trazidas pelas guerras constantes, motivadas pela crescente disputa pelo poder e melhoria das condições de vida, alteraram a fisionomia dessas civilizações, modificando seu modo de pensar e sua conduta política. Foi, durante esse período, que surgiram a Monarquia e a Magistratura, de início exercidas por um único homem, o Sacerdote, passando depois a constituir funções separadas.

Por muito tempo, portanto, as noções de direito e de justiça estiveram unificadas e remetiam a uma só compreensão – o direito era o direito justo – porque todo ele emanava dos deuses, era Direito Divino, eterno e imutável para os gregos.

Em Cícero, encontramos, porém, um posicionamento diferente, conforme assinala Martin Laclau:

*El uso de la razón nos coloca frente a una realidad sustancial, invariable, cerrada en sí misma, no sujeta a las determinaciones temporales. Es dentro de este contexto que há de ser entendido el pensamiento de Cicerón y su asimilación entre lex y ratio, que confiere a aquélla una naturaleza independiente de la mutabilidad histórica y, por conseguinte, de la creatividad humana. (Laclau, 1994:18)*

A mente romana caracterizava-se por preservar uma tendência empírica, valorizava o caso concreto, desprezava o mundo das abstrações e não partia de construções puramente teóricas, mas analisava casuística e minuciosamente cada caso, procurando encontrar as possíveis soluções que lhe seriam aplicáveis. Assim, para os romanos, o direito não era obra de um único homem, mas de várias gerações, formando-se e modificando-se ao longo do tempo. Por aí se pode perceber uma sutil diferença entre direito divino e direito humano, embora ambos não estejam desvinculados.

Encontraremos ainda a expressão "aequitas", a qual deriva de uma raiz latina, que significa igualdade/paridade, utilizada por gregos e romanos, porém, com sentido distinto. A origem dessa expressão, freqüentemente

utilizada com uma outra "bonum" (aequitas y bonum), é atribuída aos romanos, traduzindo-se ora como justo, ora como eqüitativo. O direito era o direito justo ou o direito eqüitativo, entendendo-se por justo, algumas vezes, o que era apto, conveniente, segundo os romanos.

Certo é que, afirmar que a aplicação de uma determinada norma configura a realização da justiça ou que tal direito é justo, continua ainda no final deste século, sendo um desafio para os operadores e aplicadores do direito. É necessário que, na análise de cada caso, se vá perquirir os diversos fatores que poderão influenciar nessa definição, sob pena de se proceder ao aprisionamento de conceitos de natureza fluida, como direito, justiça e igualdade.

Nesse passo, revela-se útil fazer uma breve análise histórica de alguns institutos, como o direito de propriedade, a magistratura e a jurisprudência, a fim de sedimentar esses conceitos e trazer à baila a discussão sobre Direito e Justiça, a partir da Antiguidade até aos dias hodiernos, para que se possa demonstrar que definir o que seja direito justo ou justiça continua sendo um dos maiores desafios da Ciência do Direito.

## 2.2. A PROPRIEDADE: EVOLUÇÃO E CONCEITO

No início, a família era em si uma instituição muito rígida e indivisível em função da religião que a orientava tanto em seu relacionamento interno como externo.

A religião criara os deuses e os fixara na casa de cada uma das famílias, ligando-as eternamente àquele lugar. A família era indivisível e os deuses irremovíveis, fixados que estavam ao solo onde estavam enterrados os seus antepassados. O deus da família desejava ter uma morada fixa, por isso tanta importância era atribuída ao sepultamento. A sepultura estabelecia o vínculo indissolúvel da família com a terra. Assim, podemos dizer que o direito de propriedade era um direito inato ao homem e que sua concepção estava implícita na religião.

Além do fogo sagrado e da família, gregos e italianos tinham em comum, o direito de propriedade. O solo sagrado pertencia à família. Ali se encontravam suas raízes históricas, seus antepassados, seus deuses.

A idéia de dividir as terras, conseqüentemente, sequer era cogitada



naquela época. O solo sagrado pertenceria sempre à mesma família, por conseguinte, é correto dizer que a propriedade, desde o seu surgimento, era *inalienável e imprescritível*.

De acordo com a religião, era necessário conservar uma distância de, pelo menos, um metro entre uma casa e outra, e esse espaço era destinado ao *deus da divisa*. Sobre a linha divisória eram colocadas algumas pedras ou troncos de árvores designados por *termos*. Dado o caráter religioso da propriedade, a fixação do termo era precedida de uma cerimônia religiosa, cujo objetivo era fazer desse um representante do culto doméstico da família. *O termo era, pois, um deus e, portanto, inviolável*. Esse costume era comum entre a raça indo-européia.

A idéia de se invadir ou ultrapassar a propriedade de uma família era inconcebível. Para isso, seria necessário deslocar o termo, o que significava praticar grave ofensa contra os deuses.

O direito de propriedade, entretanto, só muito mais tarde é que foi conferido ao indivíduo e, ainda assim, no começo era-lhe facultado apenas o direito ao fruto do seu trabalho, ou seja, sobre a colheita ou o rebanho, divergindo nesse ponto do costume grego, que obrigava os cidadãos a compartilhar sua colheita com a comunidade, usufruindo-a em sociedade.

Observa-se, portanto, que *não foram as leis, mas sim a religião que garantiu o direito de propriedade*, podendo-se dizer, de certo modo, que uma e outra eram a mesma coisa, não sendo possível renunciar a uma sem renunciar a outra.

Durante muito tempo, essa foi a regra: a propriedade era inalienável e quando foi possível aliená-la, tal não aconteceu sem autorização da religião, usualmente precedida de sacrifícios aos deuses.

A propriedade tinha a função de proteger o indivíduo e sua família. A função social da propriedade, entretanto, conforme prevista no texto constitucional brasileiro – art. 182 – não respeita somente ao solo urbano, como ressalta Eros Roberto Grau:

A consagração do princípio da função social da propriedade em si, tomada isoladamente, pouco significa, a par de instrumentar a implementação de uma aspiração autenticamente capitalista: a de preservação da propriedade privada dos bens de produção – à função social está assujeitada porque é privada. Sua maior relevância se manifesta em

sua concreção nas regras do § 2º, do art. 182 – política urbana – e do art. 184 – reforma agrária, esta, seguramente, tão indispensável à realização do fim da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional. (Grau, 1991:252)

### 2.3. A MAGISTRATURA: EVOLUÇÃO E ATRIBUIÇÕES

A magistratura surgiu com a queda da monarquia. As constantes revoluções suplantaram a realeza, instaurando-se então o regime democrático, ainda ligado à religião, sendo o rei substituído pelo magistrado, que era também sacerdote e chefe político, tanto em Roma como na Grécia, diferindo apenas a forma de nomeação.

Convém destacar que, no pensamento dos antigos, qualquer forma de autoridade estaria sempre ligada à religião.

Na Grécia, a escolha do magistrado era feita por sorteio, como se pode depreender através das palavras de Platão, citadas por Fustel de Coulange (1996:146): “O homem que a sorte designou, dizemos ser o mais querido à divindade, e achamos justo que ele governe. Para todas as magistraturas que dizem respeito às coisas sagradas, ao deixarmos à divindade a escolha dos que lhe são agradáveis, entregamo-nos à sorte”.

Em Roma, porém, a escolha cabia aos homens, fazendo-se através de eleição. Ao magistrado em exercício, seriam revelados três nomes pela divindade, para serem submetidos à eleição em assembleia, não podendo o povo indicar outros. Dizia-se por isso, com justa razão, que o presidente da assembleia criava o Cônsul, já que somente ele era capaz de descobrir a vontade divina, indicando o homem que iria dispor da religião e da economia da cidade. Ressalte-se que o magistrado acumulava as funções de Chefe da Religião e do Estado, com nítido caráter de elite.

Arrolaremos, em seguida, algumas características gerais da magistratura, tais como: a) todos os magistrados gozavam de potestade, ou seja, poder para promover a organização, sob o ponto de vista administrativo, porém, só os magistrados maiores – pretores e cônsules – dispunham de poder de império; b) de regra, as magistraturas eram eletivas, deveriam ser aprovadas pelos Comícios; c) as magistraturas eram colegiadas, ou seja, repartidas por dois ou mais magistrados, cada qual com iguais poderes; d) as magistraturas também eram anuais (pretores, cônsules e edis curuis), com exceção dos censores, eleitos por 05 (cinco) anos e os ditadores, eleitos por 06

(seis) meses; e) as magistraturas eram gratuitas, e considerava-se uma honra prestar aquele serviço, entretanto, na maior parte das vezes, só aqueles oriundos de famílias abastadas eram escolhidos; f) os magistrados eram responsáveis por seus atos, podendo ser levados perante os Comícios que os haviam eleito.

O papel desempenhado pelos magistrados foi de fundamental importância para a criação e o desenvolvimento da Ciência do Direito.

O nascimento do direito em si confunde-se um pouco com a própria história do direito romano, cujas instituições jurídicas se conformaram ao longo do tempo, sofrendo influências sociais, econômicas e políticas em suas diversas etapas, podendo ser dividida em três períodos: 1) direito antigo; 2) direito romano clássico e 3) direito romano pós-clássico.

O Direito Antigo alcança desde a fundação de Roma, por volta do ano 754-753 a.C. até o ano de 130 a.C., e era constituído, basicamente, pelos costumes. Todavia, por essa época, falava-se da existência das chamadas *leis reais*, ou seja, das leis que eram ditadas pelos reis e baseadas nos velhos costumes dos antepassados. Seus ritos, em geral, eram solenes.

No início do período republicano, persistindo o conflito entre patrícios e plebeus, foi outorgada a famosa *Lei das XII Tábuas*, nos anos de 451-450 a.C., a qual fundamentaria a vida jurídica do povo romano, em seus aspectos público e privado. A citada lei foi redigida por dez juízes denominados *decenviros*, razão pela qual também é conhecida pelo nome de *lei decenviral*.

A interpretação das leis, entretanto, era tarefa privativa dos Sacerdotes, os únicos que conheciam suas fórmulas e o calendário. Essas leis só podiam ser interpretadas em datas pré-determinadas. Posteriormente, as fórmulas foram publicadas e as interpretações feitas em público, pondo fim ao monopólio do saber jurídico. A partir daí, as leis começaram a figurar como fonte do direito. Havia as chamadas *lex rogata*. Era a lei proposta pelo magistrado e submetida à aprovação do povo, reunido em Comício, e a *lex data* aquela que era ditada diretamente pelo magistrado, sendo ambas de caráter público.

Havia ainda os *plebiscitos*, que, de acordo com a definição de Gaio, é o que a plebe ordena e estabelece. O Conselho de Plebeus era convocado pelo magistrado plebeu, ou seja, o tribuno, para deliberar sobre determinado assunto, podendo tal deliberação ser submetida a aprovação do Senado.

O Direito Romano Clássico, por sua vez, teve seu início no ano 130 a.C. estendendo-se até o ano 230 d.C. e representa, sem dúvida alguma, o período de maior florescimento do Direito. A verdadeira Ciência Jurídica Romana surgiu durante esse período, graças a laboriosa contribuição de ilustres juristas como Gaio, Ulpiano, Papiniano e Paulo.

Outro importante marco desse período foi a *lex Aebutia*, que autorizou os procedimentos escritos, datando de meados do Século II a.C. Havia também os editos dos Pretores, sendo especialmente relevantes aqueles derivados dos magistrados que lidavam com a administração da justiça, chamados Pretores peregrinos e urbanos, os edis curuis, os governadores e os questores.

O surgimento dos procedimentos formais possibilitou ao Pretor atuar mais livremente e ampliar sua jurisdição, posto que suas interpretações traziam inovações ao *ius civile*. Note-se que, nessa época, a aplicação do direito se prendia a regras fixas e a rituais, de maneira que o *ius praetorium*, embasado na obediência a *aequitas*, a par de conviver harmoniosamente com o *ius civile*, proporcionou soluções mais justas, servindo para adequar o direito às freqüentes mudanças sociais.

É indiscutível que a participação desses juristas determinou a formação de uma ciência e uma filosofia do direito, além de ter servido como base da jurisprudência romana.

#### 2.4. A JURISPRUDÊNCIA: SUA FUNÇÃO SOCIAL (PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSE PÚBLICO)

Ainda durante o período em que perdurou o Direito Romano Clássico surgiram aqueles que, por conta própria, interessaram-se por conhecer e pesquisar melhores soluções de justiça, os chamados *prudentes* ou *jurisprudentes*, os quais eram consultados por particulares para emitir parecer sobre determinado caso e com a continuação, passaram a ajudar os Pretores.

O trabalho desses juristas era tão relevante que o Imperador Otávio Augusto, que já havia introduzido grandes mudanças no sistema político do principado, inclusive, tornando obrigatório o uso do procedimento escrito, conferiu-lhes poder para oferecer suas respostas em nome do *Príncipe (ius publice respondendi ex auctoritate Principis)*. Surgiram a partir de então,

as escolas para formação de novos discípulos que dariam continuidade ao trabalho desenvolvido pelos jurisconsultos da época republicana.

O final do período clássico é marcado por acentuada centralização e burocracia do trabalho jurídico, em virtude de algumas medidas tomadas por Adriano, no sentido de criar o *Edicto Perpetuo* e o *Conselho de Juristas*.

O *Edicto Perpetuo* era de observância obrigatória por parte dos magistrados, os quais, em caso de dúvida, deveriam formular suas consultas por escrito diretamente ao Príncipe. Encontrar-se-á ainda, as chamadas *Constituições Imperiais*, que representaram uma nova forma de legislar, consistindo em *edictum, rescriptum, decretum ou mandata*, as quais, embora não fossem consideradas como leis em sentido próprio, tinham força de lei porque eram originárias da vontade do Imperador.

Em meados do Século III, entretanto, verificou-se o declínio da jurisprudência. Os juristas, que haviam se tornado funcionários do Império, perderam seu poder de livre expressão do pensamento, passando a desenvolver trabalhos meramente burocráticos, uma vez que estavam submetidos à vontade do Imperador. Os chamados *rescriptos* haviam esvaziado as consultas normalmente utilizadas, fazendo com que cessassem as interpretações sobre quaisquer textos legais. Impôs-se a vontade do Imperador Deocleciano, o qual havia sido designado *dominus iustitiae aequitatisque rector*, ou seja, *senhor das leis, reitor da justiça e da equidade*.

Ainda no Século IV, o direito romano tornou-se *direito romano vulgar* com fortes tendências simplificadora e moralizante, porém, já sob a influência do Cristianismo, passou a buscar soluções mais justas, mediante a utilização de outros critérios como, por exemplo, a bondade, a humanidade e a equidade. Somente a partir desse momento é que nasce um novo conceito de direito, mais coerente com a idéia dominante de justiça.

Outro importante fato desse período, refere-se ao aparecimento das primeiras Escolas de Direito, onde se fizeram os estudos preliminares da Ciência Jurídica, de forma mais organizada, como anota Alfredo Di Pietro: (1996: 27):

Una circunstancia que hay que destacar es el comienzo de estudios jurídicos organizados. Desde el siglo IV, aparecen escuelas donde si estudia, casi en forma universitaria, la ciencia jurídica. Hubo una escuela en Roma, y otra más importante en Berytus (la actual Beirut), a la qual se agregó en el año 425 la de

Constantinopla. Lo importante que tuvieron estos estudios fue el redescubrimiento de los textos clásicos, a los cuales se le presta especial importancia.

Todavía, um dos maiores problemas dessa época, consistia em demonstrar a autenticidade dos textos jurídicos, fato esse que causava grandes transtornos aos magistrados, até que o Imperador Constantino, na Constituição de 321 declarou autênticas as *Respostas* de Papiniano.

Em 327, foi validada a obra do célebre jurista Paulo, que juntamente com Papiniano, Ulpiano, Modestino e Gaio, formava um seleto grupo de juristas clássicos, com relevante papel a desempenhar na formação da jurisprudência da época. Tão importante era o papel desses juristas que o Código Teodosiano (ano 426), declarava expressamente que os juízes deveriam observar em suas sentenças a opinião do grupo, devendo prevalecer, em caso de conflito, a opinião do grupo em que participasse Papiniano.

Curioso é que esses juristas constituíram o chamado *Tribunal dos Mortos*, posto que, apesar de terem falecido entre os Séculos II e III, suas opiniões continuaram sendo decisivas para a solução dos litígios. A primeira manifestação contrária a sua predominância se daria somente em 1769, em Portugal, quando foi editada a *LEI DA BOA RAZÃO*, cujo executor foi JOSÉ I SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELLO, MARQUÊS DE POMBAL. Seus principais objetivos eram frear abusos quanto aos assentos dos tribunais, racionalizar o Direito subsidiário, a validade do costume e o preenchimento de lacunas do ordenamento, entretanto, sua aplicabilidade exigia que se promovesse também uma profunda mudança de mentalidade. Assim, complementando uma série de medidas preconizadas na estrutura da administração portuguesa, realizou-se em 1772 uma reforma da Universidade de Coimbra com o intuito de permitir às gerações futuras desenvolver uma nova concepção do direito no campo processual civil.

Característico do período pós-clássico é o trabalho de compilação, que consistia na ordenação e depuração de todo material jurídico existente em uma só obra. Na verdade, as compilações traziam implícita a idéia de *codificação* e para que fossem completas deveriam conter as obras da jurisprudência, denominadas *IURA* e as constituições imperiais, então denominadas *LEIS*.

A forte predominância do direito romano levou os povos germânicos que habitavam o ocidente, durante o Século V, a reconhecê-lo

como superior e incorporá-lo às suas leis, as quais ficaram conhecidas como *leis romano-bárbaras*. A influência do direito romano foi decisiva na formação do direito germânico, tanto que, no ano 506, Alarico II, rei dos visigodos, outorgou a *LEX ROMANA WISIGHOTORUM*, que seria conhecida mais tarde como *Breviário de Alarico*, o qual continha *IURA*, *LEGES* e também um resumo das Institutas de Gaio.

O Direito dos povos germânicos, baseado completamente nos costumes, foi profundamente influenciado pelo direito romano e canônico, difundindo-se por toda a Península Ibérica, onde teve grande penetração, ficando conhecido com o nome de *FUERO JUZGO*. Após a reconquista, entretanto, começou a perder terreno para as famosas decisões judiciais conhecidas por *FAZANAS*.

Em 527-565, o Imperador Justiniano efetuou a unificação de várias compilações anteriores, inserindo também as leis, em uma única obra, que ficaria conhecida com o nome de *Corpus Iuris Civilis*. Justiniano, porém, proibiu que se acrescentassem quaisquer comentários a sua obra, para que não fosse alterado o seu sentido originário. Sua compilação é composta por quatro partes: o Código, o Digesto, as Institutas e as Novelas, sendo o Digesto, entretanto, sua parte mais importante, contendo, aproximadamente, 9.000 (nove mil) fragmentos sobre as interpretações de muitos juristas clássicos, dentre os quais Ulpiano, Paulo, Papiniano, Gaio, Marciano, Modestino e Juliano.

Sua obra foi largamente difundida, inclusive, no Oriente, onde por volta do final do Século IX, foi traduzida do latim para o grego, por determinação do Imperador Basílio (o Macedônico), sendo sua publicação concluída por seu filho Leon (o Sábio). A nova versão do *Corpus Iuris Civilis* foi refundida em 60 (sessenta) livros, ordenados e resumidos de outra maneira, para facilitar a consulta. As *Basilicas* como ficaram conhecidas, continham um resumo da extensa obra de Justiniano, dando origem, no Século X às chamadas *Synopsis Basilicorum* e *Synopsis Minor*.

Posteriormente, no Século XIV, foi publicado um outro extrato doutrinário, denominado *HEXABIBLOS*, elaborado por um juiz de Tesalônica, Constantino Hermenópulo, que permaneceu em vigor na Grécia, como lei positiva, mesmo após a queda de Constantinopla, até o ano de 1835.

Depois da morte de Justiniano, o direito romano ainda esteve vigente por mais de 900 (novecentos) anos e, embora houvesse a proibição de se fazer qualquer acréscimo à sua compilação, foram adicionados mais

tarde, índices, glosas e comentários.

No final do Século XI, porém, grandes mudanças se verificaram na Itália, a partir do descobrimento do *Digesto*. Coube a Irnério, um monge e professor de gramática, proceder aos estudos desse manuscrito com o auxílio de seus discípulos, originando na Universidade de Bolonha, um movimento que daria origem a chamada *Escola dos Glosadores*. Irnério foi o responsável pela elaboração da primeira glosa da obra de Justiniano.

Todavia, foi o trabalho de Acúrsio que condensou todo o esforço da Escola. Sua Magna Glosa continha a seleção de todas as glosas importantes e foi reputada como interpretação autêntica da compilação de Justiniano. Seu trabalho permitiu que a obra volumosa e mal sistematizada se tornasse mais conhecida e aplicável, adquirindo assim maior prestígio.

O direito romano, para os glosadores, era considerado como um *presente de Deus*, uma revelação jurídica, a qual se submetiam em obediência ao *princípio de autoridade*. Para eles, o direito canônico havia perdido muito do seu valor. Seu maior mérito, porém, foi ter contribuído com a famosa Magna Glosa ou Glosa Ordinária de Acúrsio, para a vinculação do ensinamento à prática jurídica.

A Escola dos Comentaristas, por sua vez, teve início na Itália, com Cino da Pistoia, acompanhado por seu discípulo Bartolo de Sassoferrato, que seria mais tarde seu maior representante, e por Baldo Ubaldo discípulo deste último. Seus seguidores manifestavam profundo respeito pelo direito romano, entretanto, em seus estudos não partiram da análise das leis de Justiniano, mas do exame dos casos práticos.

Anota o Professor Abelardo Levaggi que:

A los textos romanos, los abordaron con mayor libertad intelectual y no se proponían tanto explicar la letra de la ley (littera) como indagar su razón de ser (ratio legis). Para ello, relacionaban distintos textos y los interpretaban con un bagaje conceptual superior al de los glosadores, gracias al método dialéctico, que asimilaron de la alta escolástica. Un ejemplo de la libertad con que abordaban al estudio de las instituciones romanas, para adecuarlas a las necesidades de la época, es la división del dominio en directo y útil, desconocida hasta entonces. (Levaggi, 1991: 66)

Sem abandonar o tradicional método casuístico da jurisprudência, os comentadores procederam a uma nova ordenação da matéria jurídica, criando, na prática, uma nova Ciência Jurídica formada pela *communis opinion*, constituída pelas opiniões comuns dos doutores da época.

As *communis opinion* foram adotadas como argumento de autoridade e fonte de criação ou de interpretação do Direito, graças ao trabalho realizado por Baldo, um dos discípulos de Bartolo, tornando-se desde então, a praxe dos tribunais.

Outra obra de fundamental importância para a jurisprudência foi *LAS PARTIDAS*, cuja autoria é atribuída a Afonso X, o Sábio, sendo constituída por sete livros, contendo tanto textos legais como doutrina. A terceira partida tratava da administração da justiça e dos direitos sobre as coisas, estando aí incluída a sentença. Sentença ou *juicio* como era denominada. Verificamos que ali já se podia vislumbrar os traços de seus principais contornos atuais, como a idéia de que a sentença esgotava a atividade do juiz e que ela não poderia ser dada contra a natureza das coisas, nem contra as leis escritas e os bons costumes, pois a ausência de um desses requisitos implicaria em *inexistência*, não produzindo nenhum efeito. Também se encontrava alicerçada a idéia de certeza, precisão e delimitação do pedido, bem como, os critérios para recurso e a distinção entre sentenças definitivas e interlocutórias.

Ao final dos Séculos XIV e XV, porém, começam a ser apontados os defeitos dos métodos dos comentaristas, como, por exemplo, a utilização dos textos de direito romano fora do seu contexto e sem considerar a estrutura política, jurídica e social do Império Romano. Seus métodos foram objeto de acirradas críticas, resultando na criação de novos métodos de estudo, com fins puramente científicos, sem qualquer aplicação ao direito moderno. Deu-se então, o renascimento do direito romano, sob a influência do Humanismo, desenvolvido, principalmente, na França, onde ficou conhecido como *mos gallicus*, em reação ao chamado *princípio da autoridade* defendido pela Escola dos Comentaristas. Os Humanistas buscavam o conhecimento por meio da razão, o que acarretou a modificação dos conceitos e da mentalidade jurídica da época.

Apesar da grande influência exercida pelo Humanismo, cujo desdobramento resultou no surgimento do Renascimento e na Reforma Protestante, ele não vai ter examinadas com profundidade as suas conseqüências históricas, tendo em vista não ser esse o objetivo desse trabalho.

O que se pretende demonstrar é que a identificação e definição do que seja *direito justo e justiça* é, na verdade, uma tarefa que vem ocupando a mente de estudiosos, pesquisadores e aplicadores do direito de todas as épocas sem que, até o momento, se tenha conseguido estabelecer um consenso.

A jurisprudência, ao longo desses anos, vem desempenhando importante papel na formação do direito moderno, modificando os costumes e a doutrina através das decisões judiciais. Contudo, o que se pode afirmar junto com Kelsen é que :

**A justiça pela qual o mundo clama, a justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte de justiça e, juntamente com ela, também a realização da justiça têm de ser relegadas do Aquém para o Além – temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada. (Kelsen, 1993:66)**

É importante, pois, destacar, que a igualdade formal apenas pressupõe a igualdade de todos perante a lei, ou seja, genericamente, difere, entretanto, da igualdade material, a qual converge para a aplicação de outros princípios contidos no ordenamento, com vistas à concretização da Justiça.

A Justiça Fiscal, por sua vez, tem como pano de fundo a igualdade genericamente considerada, em relação a todos aqueles legalmente sujeitos à imposição tributária, escorada em princípios de idêntica relevância como o da estrita legalidade, da capacidade contributiva, da irretroatividade das leis, da anterioridade e da vedação de confisco, erigidos pelo atual texto constitucional como ordenadores do Sistema Tributário Nacional, sem desprezar, todavia, outras garantias conferidas aos contribuintes pelo ordenamento jurídico.

### 3 OS TRIBUTOS E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A imposição tributária, como ensina Ives Gandra Martins, decorre das necessidades do Estado de gerar recursos para sua manutenção e dos governos que o administram, consistindo na apropriação de bens dos cidadãos para atendimento de suas necessidades legítimas.

A valoração do fato econômico tributável, entretanto, pressupõe, de um lado, o conhecimento da realidade imponível e, de outro, as necessidades públicas, a fim de viabilizar a almejada justiça fiscal. Acresce ainda o renomado autor que:

**O valorar bem, portanto, implica uma relação de igualdade ou de proporcionalidade isonômica entre os pólos sujeitos à relação criada. O valorar bem que implique privilégios de um lado sobre o outro tem como consequência um desequilíbrio fático que descompassa a norma no tempo, sobre tirar-lhe legitimidade. O valorar bem é valorar justo, ofertando equilíbrio inicial capaz de permitir longa duração à norma, último momento do processo de juridicização da realidade social. (Martins, 1989: 5)**

O poder de tributar conferido ao Estado, por conseguinte, sofre limitações, em razão mesmo da natureza humana, nem tanto confiável quanto deveria ser, ensejando a criação de fórmulas para conter o exercício desse poder. Partindo dessa premissa, *Montesquieu elaborou sua teoria do poder auto controlável, pois segundo ele, "se o poder não controlar o poder, este se corromperá e se deteriorará"*.

Objetivando conter os excessos em matéria de tributação, a Constituição Federal Brasileira de 1988, no capítulo que trata sobre o Sistema Tributário Nacional, estabelece Os Princípios Gerais, que estão contemplados nos arts. 145/149 e as Limitações do Poder de Tributar, expressamente

consignadas nos arts. 150/152, visando assegurar, de um lado, garantias em favor do contribuinte e, de outro, limites ao legislador ordinário e à administração tributária. Tais limitações destinam-se a proteger o cidadão/contribuinte contra o arbítrio do Estado, ou seja, são garantias atribuídas em favor daqueles legalmente obrigados a suportar os ônus da tributação. Se se considerar que o homem, no exercício do poder, não está livre de cometer abusos, deve-se aceitar, como consequência lógica, a possibilidade de impor uma carga tributária excessiva, superior as reais necessidades do Estado, e, nesse aspecto, poderá ser tida como *indevida*.

Não é razoável, entretanto, tomar como ponto de partida a imposição de excessos fiscais, pois, os tributos arrecadados devem ser estipulados com base em dados reais e em justa medida, visando a atender o bem comum da coletividade e ao custeio de despesas essenciais do Estado.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 5º, define quais são os tributos, dispondo de maneira objetiva que: *Os tributos são impostos, taxas e as contribuições de melhoria*. Relativamente a estes tributos é que a Constituição Federal fixou os Princípios Gerais e as Limitações de que falamos anteriormente.

Tratar-se-á, porém, neste trabalho, especificamente, do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, cuja competência para sua instituição foi conferida aos Municípios, conforme prescrição contida no art. 156, I do texto constitucional.

O IPTU é um imposto patrimonial, cuja base de cálculo é o valor venal do imóvel, ou seja, o valor de venda do bem em condições normais, mediante pagamento à vista.

O § 1º, do mencionado art. 156, estatui que: *O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade*.

A progressividade insculpida no dispositivo aludido acima, segundo nos parece, tem por finalidade viabilizar a efetividade do princípio da igualdade, atendendo assim, a um dos objetivos do Estado Brasileiro, qual seja, *erradicar a pobreza e as desigualdades sociais*, consoante previsão constante do inciso III, do art. 3º, da Constituição Federal.

Feitas essas colocações preliminares, serão analisados aspectos da PROGRESSIVIDADE frente aos princípios da igualdade e da capacidade

contributiva, a fim de caracterizá-la como instrumento de justiça fiscal, cuja aplicabilidade é, sem dúvida alguma, perfeitamente consentânea com o princípio republicano, considerando-se o fato de que o Brasil é um país democrático, pelo menos em termos formais, exigindo-se mais justiça social e dignidade humana, sob pena de jamais se ver realizada a igualdade real que tanto se busca.

### 3.1. PROGRESSIVIDADE COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA FISCAL

Cuidar-se-á agora do estudo e análise da posição da jurisprudência brasileira acerca da progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e seus desdobramentos, em face do que preceitua a atual Constituição Federal Brasileira de 1988.

A partilha das rendas tributárias, no Brasil, é feita mediante atribuição de competências tributárias ou de distribuição de receitas.

Seguindo as Cartas anteriores, a vigente Constituição outorgou competência aos Municípios para instituir a cobrança do IPTU.

Relegou-se a doutrina, porém, a definição sobre a natureza desse tributo, entendendo alguns autores que se trata de imposto de natureza real e outros que se trata de imposto de natureza pessoal. Certo é que, juridicamente, nada está estabelecido a esse respeito na legislação brasileira, inexistindo qualquer regulação legal referente a essa classificação.

Nada impede, no sistema jurídico brasileiro, que o IPTU venha a ser tipificado como imposto de natureza pessoal, até porque a progressividade não tem como finalidade única dar eficácia ao princípio da capacidade contributiva, embora concorra para promover a redução das desigualdades sociais.

Tal distinção, contudo, teve grande relevo na fundamentação da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal Brasileiro, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Belo Horizonte - STF - RE 153771-0 - MG, em que foi relator um dos mais renomados processualistas de nosso país, Ministro Moreira Alves. O acórdão foi publicado no DJU de 05 de setembro de 1997, pondo fim a todas as discussões judiciais até então travadas, sobre cujo teor far-se-á uma breve análise em seguida.

Primeiramente, porém, serão abordados alguns princípios informativos do Sistema Tributário Nacional, confrontando-os com a progressividade, a fim de justificar o que se entende com relação a progressividade do IPTU que, com certeza, é um dos mais importantes instrumentos de justiça fiscal encontrados no Estado Democrático de Direito.

### 3.2. FIXAÇÃO DO TEMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A matéria ponto de partida desse trabalho encontra-se disciplinada no art. 156, inciso I e parágrafo 1º, da Carta da República, que estatui o seguinte:

"Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - omissis;

III - omissis.

§ 1º - O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, na forma de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade."

É o próprio texto constitucional, portanto, que autoriza o Município a estipular alíquotas progressivas, *no intuito de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.*

Na verdade, o que pretendeu o legislador constituinte, outra coisa não foi senão desestimular a especulação imobiliária e a expansão ou manutenção de vazios urbanos, que além de contribuírem seriamente para agravar o problema da falta de habitação, concorrem também para prejudicar o padrão estético da paisagem da cidade.

Embora a dicção do preceito acima citado seja de clareza meridiana, não foi esse, entretanto, o entendimento esposado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, órgão a quem compete a guarda da Constituição.

Entendeu o Excelso Pretório, que a progressividade permitida

pelo texto constitucional possui finalidade **extrafiscal** e somente poderá ser estipulada com observância das limitações impostas pelos §§ 2º e 4º, do art. 182, ambos da Constituição Federal. Trata-se, no caso, de progressividade no tempo, estabelecida em relação ao solo urbano não edificado, seja utilizado ou sub utilizado, possuindo, por conseguinte, nítido caráter sancionatório. Não é esta, entretanto, a hipótese prevista no artigo 156 retro mencionado, como se poderá constatar adiante.

### 3.3. A PROGRESSIVIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O caput do art. 5º da Constituição Federal Brasileira estabelece que: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

Tem-se aí, a consagração do princípio da isonomia assegurado a brasileiros e estrangeiros, sem qualquer distinção. Entenda-se, porém, que igualdade perante a lei, de forma alguma, significa igualdade de tratamento em situações desiguais, bem ao contrário. Pressupõe, isto sim, a eleição de idênticos critérios para pessoas que se encontrem em situações iguais, o que resulta, em consequência, em desigualdade de tratamento quando sejam diferentes as situações. E, só se saberá se as pessoas se encontram em situações iguais ou não, mediante prévia análise da situação de cada uma delas, individualmente, a fim de definir sua posição diante do ordenamento em que se encontrem. Outro, aliás, não poderia ser o sentido desse princípio.

Ressalta-se, evidente, portanto, que o princípio da igualdade traz implícita a possibilidade de comparação e de diversidade ao mesmo tempo, sendo assim relativo. A igualdade só é aferível por meio de critérios comparativos de valoração, pois, como já foi explicitado antes, só se comparam coisas diferentes, o que nem sempre resulta em fazer justiça. A igualdade busca a justiça, porém, com ela não se confunde. A justiça e a igualdade possuem conteúdos distintos e isso se reflete de maneira muito clara nas normas jurídicas. Compete ao intérprete, ao operador do direito, o papel de conciliar o direito consubstanciado na norma e aplicá-lo corretamente. Só assim estará fazendo justiça. Evidentemente, sendo o juiz um intérprete altamente qualificado e, estando sua função mais estritamente ligada à realidade prática do caso, espera-se que sua decisão constitua a melhor solução para o caso concreto ou, pelo menos, a solução mais adequada, que será aquela que contiver a melhor Justiça.

No campo do Direito Tributário, Aliomar Baleeiro pontifica que:

O princípio da igualdade formal é norma que impõe o mesmo tratamento aos iguais e outro aos desiguais. É norma de tratamento, pressupondo: a) a dessemelhança "relativa" entre todos os seres; b) a possibilidade de comparação entre os seres, que podem ser classificados como "relativamente" iguais, segundo um certo critério ou aspecto determinado; c) o caráter axiológico do critério, variável historicamente, que só pode ser objetivamente colhido a partir da Constituição de cada país (ou de normas fundamentais equivalentes). (Baleeiro, 1997: 527)

O princípio da igualdade impõe, de um lado, o dever de não distinguir, em termos gerais, e, de outro, o dever de discriminar, consideradas as particularidades de cada situação. No âmbito do Direito Tributário encontrar-se-á no § 1º do art. 145 da Constituição Federal, sua primeira inserção: *Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*

O dispositivo invocado acima refere-se à progressividade e ao princípio da capacidade contributiva, os quais serão examinados adiante. Importa, entretanto, assinalar, que sem progressividade não há como efetivar o princípio da igualdade, uma vez que as próprias desigualdades sócio econômicas dos cidadãos em geral, e dos contribuintes, em particular, por si só, justificam sua aplicação. A progressividade das alíquotas deve ser compreendida, como acentua Elizabeth Nazar Carrazza como um instrumento de justiça tributária: *A progressividade, longe de ser danosa ao sistema, é a única forma encontrável para que se afastem as injustiças tributárias, vedadas pela Constituição Federal. Sem tributação progressiva jamais se atinge a igualdade tributária.* (Carrazza, 1992: 56)

A progressividade é, por conseguinte, um natural desdobramento de um princípio de maior relevância dentro do ordenamento jurídico, o princípio da igualdade. Considerando-se ademais, que vivemos em um Estado Democrático de Direito, é justo que todos os cidadãos participem, na medida de suas forças, da distribuição dos encargos sociais, cuja responsabilidade é de toda a sociedade.



Não se deve perder de vista ainda os ideais do princípio republicano: a igualdade formal entre as pessoas e o que é sua maior característica, a transitoriedade do poder e a gestão da coisa pública. Por conseguinte, não é razoável admitir a possibilidade de privilégios fiscais, pois isso contraria o arcabouço democrático do país e representa a aceitação do arbítrio. O que se persegue é a justiça fiscal, a qual só se realiza, na prática, quando a tributação alcança a generalidade dos cidadãos. Em princípio, todos aqueles envolvidos na realização do fato gerador devem se submeter à legislação tributária, como ensina Roque Antônio Carrazza:

**...é fácil concluirmos que o princípio republicano leva ao princípio da generalidade da tributação, pelo qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos com isonomia e justiça. Por outro raio semântico, o sacrifício econômico que o contribuinte deve suportar precisa ser igual para todos os que se acham na mesma situação jurídica. (Carrazza, 1997: 59)**

O sistema tributário nacional, conforme definido pela vigente Constituição, estabelece expressa vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de *exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça - art. 150, I - de "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 - art. 150, II.* Encontram-se, portanto, explicitamente delineados os princípios da *estrita reserva legal e o da isonomia*, a informar o legislador ordinário e a administração tributária em toda a sua atuação. As limitações impostas, deve-se entender, destinam-se a garantir a segurança nas relações jurídicas entre o contribuinte e o fisco e, por outro lado, ao asseguramento de um tratamento igualitário em favor de todos.

O inciso IV do aludido art. 150, por sua vez, consagra abertamente o princípio da vedação de confisco, ao estabelecer que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *utilizar tributo com efeito de confisco.* A regra deixa clara, por outro lado, que a fixação dos impostos deve ser feita de forma *razoável*, de maneira a não impossibilitar o seu pagamento, ou seja, sem comprometer a disponibilidade patrimonial do contribuinte, sob pena de produzir efeito confiscatório.

A progressividade, ensinam Mizabel Derzi e Sacha Calmon

Navarro Coelho, citados pelo Professor Hugo de Brito Machado: **Não é incompatível com o princípio da igualdade e da proporcionalidade.....pode-se dizer que não existiu um estado onde no fim do século passado ou no princípio do presente, não existissem impostos com alíquotas progressivas. (Machado,1998:90)**

#### 3.4. A PROGRESSIVIDADE E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva encontra-se inserido na primeira parte do § 1º do art. 145 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: *Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte ....*

Por capacidade contributiva deve-se entender, de forma bem sintética, a viabilidade concreta de se tributar patrimonialmente o contribuinte, atendendo-se, de um lado, ao vetor contido no princípio da igualdade e, de outro, ao princípio da vedação de confisco. Segundo Roque Antônio Carrazza,

**O princípio da capacidade contributiva – que informa a tributação por meio de impostos – hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. O princípio da capacidade contributiva, informador da tributação por meio de impostos, está intimamente ligado ao princípio da igualdade e é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal. É por isso que, em nosso sistema jurídico, todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos. Por quê? Porque é graças à progressividade que eles conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva. (Carrazza, 1997: 65)**

A proporcionalidade a que alude o referido autor, quer significar

que as alíquotas devem ser variáveis em função da base imponible do tributo, de modo a permitir que quem tem mais, pague mais, e quem tem menos, pague menos. Só assim é possível entender a aplicação desse princípio na área tributária, pois de outra maneira, se estaria admitindo a possibilidade de uma tributação excessiva, o que resultaria em confisco.

No mesmo sentido é o entendimento de outro renomado tributarista brasileiro, Prof. Geraldo Ataliba, que salienta que o princípio da capacidade contributiva:

**Traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. Implica que cada lei tributária tenha por efeito atingir manifestações, ou aspectos dessa riqueza, sem destruir sua base criadora. O sistema tributário (entendido como "conjunto de impostos", na perspectiva pré-jurídica) e cada imposto hão de adequar-se à "capacidade econômica" dos contribuintes. Capacidade econômica há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação. A violação dessa – pelos excessos tributários – configura confisco, constitucionalmente vedado, além de suprema irracionalidade. (Ataliba, 1991: 81)**

Ao princípio da capacidade contributiva encontram-se imbricados, como se pode constatar, pelo menos, outros dois princípios: o da proporcionalidade e o da vedação de confisco, instrumentalizados pela progressividade. Se se busca estabelecer não apenas a igualdade *formal* prevista na lei, mas sim uma igualdade *real*, concreta, tal somente poderá ocorrer na hipótese de serem estipulados critérios de dissensão entre os contribuintes que se encontrem em distintas situações.

Merece registro a lição do eminente constitucionalista brasileiro, Prof. José Souto Maior Borges:

**Não é a igualdade simples, aritmética, que os textos constitucionais visam preservar. É antes uma proporcionalidade, um analogon entre bens e pessoas. A suprema iniquidade é tratar igualmente os desiguais.**

**Os impostos não devem ser uniformes e linearmente iguais, mas proporcionais segundo a necessidade de atenuar ou – tanto quanto possível – erradicar as desigualdades sociais. A progressividade visa também assegurar essa proporção entre bens e pessoas. Onde porém falha o imposto proporcional (no sentido estrito) instaura-se e legitima-se o império do imposto progressivo. Segurança é tudo isso e muito mais ainda. (Borges, 1997: 28)**

Considerando-se, pois, que a progressividade é, verdadeiramente, um instrumento de justiça fiscal, e que a sua aplicação efetiva contribui para reduzir as desigualdades sociais, além de atender o princípio da igualdade, genericamente, e, em particular, aos princípios da proporcionalidade, da capacidade contributiva e da vedação de confisco, tem-se como perfeitamente legal qualquer norma municipal que o estabeleça. Sua instituição não constitui afronta ou violação ao preceito contido no § 1º do art. 156 da Constituição Federal Brasileira.

Postas essas primeiras ponderações, será feita, em seguida, uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, concernente ao Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Minas Gerais, que resultou na declaração de inconstitucionalidade da progressividade do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU.

#### 4 A JUSTIÇA DA DECISÃO JUDICIAL (?)

Com o objetivo de aclarar a idéia central do presente trabalho, serão transcritos alguns trechos do acórdão já referido, no intuito de abrir a discussão sobre o tema da Justiça e do Direito Justo, perseguidos pela decisão judicial, como forma de resolução dos conflitos sociais.

O Relatório, apresentado pelo Ministro CARLOS VELLOSO, tem o seguinte teor:

"Trata-se de mandado de segurança impetrado por JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO, contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente da cobrança do IPTU de 1990, com utilização de alíquota progressiva, tributado de acordo com a Tabela III, anexa à Lei Municipal no. 5.641, de 22 de dezembro de 1989, que, no entender do impetrante, é inconstitucional.

A sentença de fls. 66/70, não vendo inconstitucionalidade no critério adotado, denegou a segurança.

A Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em votação unânime, negou provimento ao apelo do impetrante. Entendeu o voto condutor do aresto de fls. 122/130, que: "Não procedem, a meu sentir, as razões invocadas pelo apelante, em sua manifestação recursal, em nenhum de seus tópicos. O Município de Belo Horizonte, para legislar, como na Lei no. 5.641, o fez, sem ofensa à Carta Magna, pois que podia fazê-lo em matéria tributária, específica de competência do Município e de seu interesse exclusivo, tributário, de cunho eminentemente fiscal. O IPTU, com progressividade, contra o qual se insurge o apelante, tem apoio em duas matizes. O art. 182 da Constituição da República traz dentro de si a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de dar à propriedade o seu sentido social, para garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. Nela, como já dito, admite-se a progressividade do tributo, mas isto não significa

que apenas neste caso ela é admitida como insiste em afirmar o apelante, quando a questão é tratada também no art. 145, § 1º, do mesmo mandamento constitucional."

Inconformado, o contribuinte interpôs recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegando que a decisão recorrida violou os seguintes dispositivos constitucionais: arts. 156, § 1º, e 182, ao aceitar a alíquota progressiva do imposto sobre a propriedade urbana levando em conta o maior valor venal do imóvel. Sustenta o recorrente, em síntese, que:

- a) o excesso da alíquota progressiva de 3,1%, contra a alíquota normal de 1%, já é razão suficiente para que o contribuinte tenha a legitimidade necessária de pedir que seja tornada insubsistente a exigência tributária no ano de 1990, deixando-se de aplicar o art. 83 da Lei Municipal de Belo Horizonte no. 5.641/89, por sua manifesta inconstitucionalidade;
- b) a Constituição da República, em seu art. 156, § 1º, só admitiu um caso de progressividade, qual seja o de assegurar o cumprimento do papel social da propriedade; mas, o acórdão recorrido foi além, como se poder constituinte tivesse, acrescentando ao dispositivo constitucional mais um caso de progressividade, em função do maior valor venal do imóvel, pura e simplesmente;
- c) seleciona-se a capacidade contributiva é levando em conta o valor proporcional do imposto, sendo desnecessária a alíquota progressiva; à medida que o imóvel é mais caro, tem-se pela proporcionalidade a graduação da capacidade contributiva;
- d) a Constituição contém diversas ressalvas e condições para, no caso específico do IPTU, permitir a aplicação da alíquota progressiva, não podendo a lei municipal, sem tais ressalvas e condições, fixar novo caso para aquela alíquota;
- e) o v. Acórdão ofende e vulnera o art. 156, § 1º, da Constituição da República, que é disposição aplicável à espécie e que somente enseja a alíquota progressiva para o imposto sobre a propriedade territorial urbana no único caso de política urbana, ou seja, regulação do cumprimento da função social da propriedade, nos termos do art. 182".

Para melhor compreensão do tema sob enfoque, fica citada também a conclusão do voto do Ministro CARLOS VELLOSO:

"De todo o exposto, ressaí a conclusão, forte na Constituição, art. 145, § 1º, as alíquotas do IPTU deverão ser progressivas, forma aliás, de se emprestar a esse imposto caráter de pessoalidade, dado que a progressividade, segundo M. DUVERGER, lembra Hugo de Brito Machado, "constitui um dos meios mais eficazes de personalização do imposto." (M. DUVERGER, "Hacienda Pública", trad. De José Luiz Ruiz Travassi, Barcelona, 1968, p. 321). Essa progressividade assentar-se-á, especificamente, no disposto no art. 156, § 1º, da Constituição, certo que a "função social" ali inscrita não é a mesma "função social" do § 2º do art. 182 da Constituição: a primeira, do art. 156, § 1º, independe do plano diretor, porque localizada no campo tributário e não está jungida ao reordenamento de áreas urbanas. Ela se assenta, a função social do art. 156, § 1º, numa política redistributivista, na linha da lição de WILHELM GERLOFF ("Los impuestos - Doctrina general de los impuestos", in Tratado de Finanzas, Buenos Aires, El Ateneo, trad. Espanhola, 1961, v. I/255-256), invocada por ALCIDES JORGE COSTA: "a tributação progressiva pode justificar-se pelo argumento compensatório: se um sistema tributário tem impostos progressivos, a progressividade de outros serve de compensação e restabelece o equilíbrio, com a eliminação da regressividade, considerado o sistema em seu todo. A progressividade pode justificar-se como concretização de uma política redistributivista, porque se reconhece estar a renda distribuída de modo inconveniente à vista das aspirações éticas da sociedade. Por fim, a progressividade pode ser utilizada como recurso de chamada finança de ordenamento, ou seja, se preferir, como recurso de poder de polícia (police power)." (ALCIDES JORGE COSTA, ob. cit., pág. 240). A progressividade, em tal caso, progressividade no espaço, apoia-se - vale invocar as lições de Souto Maior Borges, Mizabel Derzi e Sacha Calmon, retro registradas - no "valor do imóvel, a superfície, a sua destinação, o gabarito ou número de pavimentos, critérios mistos."

No caso, conforme está no acórdão recorrido, "o imposto variou de alíquota, levando-se em consideração o valor venal, a zona de situação, e o fato de existir ou não edificação."

Não praticou, portanto, o Município de Belo Horizonte, ao instituir a progressividade fiscal inscrita na Lei Municipal no. 5.641, de 1989, inconstitucionalidade. Ao contrário, a lei mencionada está na linha do que dispõem os arts. 145, § 1º, e 156, § 1º, da Constituição Federal.

Do exposto, não conheço do recurso."

O Ministro CARLOS VELLOSO foi voto vencido, todos os demais

Ministros - MAURÍCIO CORREIA, FRANCISCO REZEK, ILMAR GALVÃO, CELSO DE MELLO, SYDNEY SANCHES, SEPÚLVEDA PERTENCE E NÉRI DA SILVEIRA - acompanharam o voto do Ministro MOREIRA ALVES, no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, concedendo, portanto, a segurança requestada e declarando inconstitucional o sub item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei no. 5.641, de 22.12.89, do Município de Belo Horizonte.

Com efeito, o voto do Ministro MOREIRA ALVES é dos mais brilhantes, todavia, tomou como ponto de partida, basicamente, a distinção entre impostos reais e pessoais, cuja classificação, para o Direito Tributário Brasileiro, é desprovida de qualquer sustentação. Trata-se de classificação aceita por apenas uma minoria de doutrinadores, sendo seu maior opositor ALFREDO AUGUSTO BECKER que enfatizou: *ser a relação tributária sempre pessoal*. (Becker, 1972: 120). Em seu entendimento (Becker, 1972: 120), "os fatos econômicos, quando trazidos para o Direito, através da tributação, são juridicizados" e explica a Professora Elizabeth Nazar Carrazza que o que se tributa é o direito de propriedade e não o imóvel em si, sendo irrelevante, nesse aspecto, as condições pessoais do contribuinte "já que o fato-signo presuntivo de riqueza é a existência da propriedade imobiliária que por si justifica a exigência fiscal". (Carrazza, 1992: 67)

Do voto do Ministro MOREIRA ALVES merecem destaque os seguintes trechos:

"Reza o § 1º do artigo 145:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, a renda e as atividades econômicas do contribuinte.

Desse dispositivo decorre que a Constituição, adotando a distinção clássica segundo a qual os impostos podem ter caráter pessoal ou caráter real (é a classificação que distingue os impostos em pessoais e reais), visa a que os impostos, sempre que isso seja possível, tenham o caráter pessoal, caso em que serão graduados - e um dos critérios de graduação poderá ser a progressividade - segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Por outro lado, em face desse dispositivo, não se pode pretender que a expressão "sempre que possível" se refira apenas ao caráter real do

imposto, e que, por isso, o princípio da capacidade contributiva seja aplicável a todos os impostos ainda quando não tenham caráter pessoal, como sustentaram Américo Lacombe e José Maurício Conti, citados no voto do eminente relator. De feito, a parte final do dispositivo em causa repele essa conclusão, porque a Constituição atribui à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, "especialmente para conferir efetividade a ESSES OBJETIVOS", ou seja, ao objetivo de que os impostos, se possível, tenham caráter pessoal o ao de que esses impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, certo como é que essa faculdade de identificação só tem sentido quando se trata de imposto de caráter pessoal, ou seja - na definição de GIANINI (Istituzioni di Diritto Tributario, reimpressão da 9ª ed., p.159, Dott A Giuffrè Editore, Milano, 1974) - "aqueles que alcançam o conjunto de rendimentos ou de bens do contribuinte, ou também uma parte destes, mas enquanto dizem respeito a uma dada pessoa, levando em conta, em medida mais ou mesmo ampla, as suas condições", o mesmo não ocorre, evidentemente, com os impostos de caráter real que - também na definição de GIANINI (Ob. Cit., ibidem) - são os que "alcançam bens singulares ou rendimentos ou também grupos de bens ou de rendimentos, considerados na sua objetividade, sem levar em conta a condição pessoal do sujeito passivo do imposto".

Destacou ainda em seu voto que: "Ademais, o caráter real do IPTU foi exacerbado pelo art. 156, § 1º, da atual Carta Magna", justificando seu entendimento nesses termos: "Como se vê, o artigo 156, I, § 1º, da Constituição só permite a progressividade do IPTU - progressividade essa que será instituída nos termos da lei municipal, uma vez que esse imposto é da competência do município - para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Trata-se, evidentemente, tendo em vista a modalidade de imposto em causa, da função social da propriedade urbana. Ora, a função social da propriedade, como bem salienta MARCO AURÉLIO GRECO (obra citada, p.333), não está diretamente ligada à qualidade inerente a certos bens ou às faculdades atribuídas ao proprietário, "mas está ligada ao uso, à utilização concreta que é dada àquele determinado bem", ou seja, diz respeito ao exercício do direito de propriedade, atuando como limitação ao conceito individualista desse direito. Como é limitação imposta pela própria Constituição Federal (depois de o inciso XXII do artigo 5º declarar que "é garantido o direito de propriedade", o inciso XXIII desse mesmo artigo preceitua que "a propriedade atenderá a sua função social"), se a Carta Magna não estabelecer os seus contornos, caberá exclusivamente à lei federal fazê-lo, uma vez que se trata de precisar um conceito constitucional que obviamente não pode variar de município para município,

como poderia ocorrer se a cada um dos nossos 5.500 municípios fosse permitido, em suas leis, estabelecê-lo diferentemente, conforme a maior ou menor imaginação criadora de cada um deles. A Constituição de 1988, porém, preferiu conceituar o que se deveria entender por função social da propriedade imobiliária, quer rural, quer urbana. Fê-lo no lugar próprio, ou seja, no título concernente à ordem econômica e financeira, onde, depois de acentuar no art. 170, incisos II e III, que, dentre os princípios gerais da atividade econômica que "têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", se encontram a propriedade privada e a função social da propriedade, incluiu os capítulos relativos à política urbana e à política agrícola e fundiária".

Em conclusão, aduz que: "Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182, ambos da Constituição Federal. Atendendo-me, porém - já que se trata de controle difuso - ao pedido formulado neste mandado de segurança, o qual se refere, apenas, ao IPTU incidente sobre o lote no. 19 do quarteirão 50 do bairro Belveder (BH), declaro a inconstitucionalidade, por adotar progressividade não admitida pela atual Constituição, do sub item 2.2.3 do setor II da Tabela III (alíquotas do IPTU) da Lei 5.641, de 22.12.89, do município de Belo Horizonte".

Não se pode depreender, entretanto, que essa tenha sido a intenção do legislador constituinte, que estabeleceu duas distintas situações com referência à progressividade do IPTU. A hipótese prevista nos §§ 2º e 4º do art. 182, tem caráter sancionatório, não constituindo forma de limitação ao poder de tributar do Estado. Todavia, o entendimento firmado pela Corte Suprema é o que prevalece, embora não configure, na opinião de grande parte da doutrina, a correta aplicação do preceito constitucional nem corresponda, na prática, a melhor distribuição da Justiça, quer fiscal ou social.

#### 4.1. A DECISÃO DO STF E A POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA

O Professor Hugo de Brito Machado, um dos mais notáveis tributaristas brasileiros, manifestou sérias discordâncias com relação ao acórdão ora analisado, salientando que:

Não obstante o respeito que temos pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, divergimos do entendimento consubstanciado em sua Súmula n. 589, como está escrito

em edições anteriores deste Curso. A nosso ver, nenhuma regra, quer da Constituição anterior, quer do CTN, impedia o estabelecimento de alíquotas progressivas para o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Pelo contrário, essa técnica encontrava respaldo na regra do art. 160, inciso III, da Constituição Federal então vigente, que se reportava à função social da propriedade. Em face da Constituição Federal de 1988 voltou a reinar a divergência em torno da validade do IPTU "poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade", não autoriza outra forma de progressividade para esse imposto além da prevista pela própria Constituição, em seu art. 182, § 4º, inciso II. Não obstante defendida por tributaristas os mais eminentes, a tese não nos parece procedente:

Em primeiro lugar porque não é razoável admitir tenha a Constituição utilizado a norma do art. 156, § 1º, inutilmente, e a prevalecer a interpretação segundo a qual é inadmissível outra progressividade que não seja a do art. 182, § 4º, a regra do art. 156, § 1º, restaria absolutamente inútil, podendo ser excluída do texto constitucional sem lhe fazer qualquer falta. Não se diga que, prevalecendo nossa interpretação, restará inútil, supérflua, a norma do art. 182, § 4º, inciso II. Na verdade, autorizando a progressividade sem qualquer especificação, a norma do art. 156, § 1º, poderia ser considerada insuficiente para autorizar a progressividade em função do tempo, posto que, sem qualquer qualificação específica, a progressividade tem sido geralmente entendida como pertinente à base de cálculo. Além disto, se não autorizada por dispositivo constitucional expresso, a progressividade em razão do tempo poderia ser impugnada, ao argumento de que constitui verdadeira sanção de ato ilícito, sendo contrária, portanto, ao conceito de tributo. Assim, tem-se que a norma do art. 182, § 4º, teve a finalidade específica de afastar argumentos contrários àquela forma específica de progressividade.

Em segundo lugar porque não se pode deixar de ter em

conta a técnica legislativa utilizada pelo constituinte de 1988. A Constituição de 1988 trata de cada assunto em seu lugar, podendo ser a relativa autonomia no trato, ali, de cada matéria facilmente demonstrada. Por isto, é importante que essa autonomia seja considerada na interpretação do texto constitucional. É a presença do elemento sistemático, de notável valia para o hermeneuta.

Em terceiro lugar pode ser invocado ainda o elemento teleológico ou finalístico. Do ponto de vista da política urbana, pode-se entender que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da urbanização, expressas no respectivo plano diretor. Isto, porém, não significa que não existam outras formas pelas quais a propriedade também tenha de cumprir sua função social, até porque a propriedade há de ser encarada como riqueza que é, e não apenas como elemento a ser tratado pelas normas de política urbana. Como riqueza, a propriedade cumpre sua função social na medida em que o seu titular contribui para o custeio das despesas públicas de forma mais equânime. Todos os tributos do sistema devem ser, quanto possível, graduados em função da capacidade econômica do contribuinte, e a progressividade inegavelmente atende melhor a esse preceito constitucional. (Machado, 1997: 286-287)

No mesmo sentido, é a abalizada lição de Roque Antônio Carrazza:

o art. 145, § 1º, da CF não encerra mera diretriz programática, incapaz de produzir efeitos, seja junto ao legislador, seja junto ao juiz. Hodiernamente, a doutrina, de um modo geral, está de acordo quanto à natureza obrigatória do vínculo decorrente das normas constitucionais ditas "programáticas" e, destarte, quanto à inconstitucionalidade das leis que a afrontem. Geraldo Ataliba, depois de citar Rui Barbosa, Cooley, Araújo Castro, Victor Nunes Leal, Pontes de Miranda, Zanobini e Giuseppe Chiarelli, borda, a respeito, oportunos comentários. .... Com o abono de tão ilustres juristas, parece-nos incontendível que o art. 145, § 1º, da

**Constituição Federal vincula os órgãos legislativos e ,  
também, os judiciais. (pag. 69/70).**

A progressividade, segundo nosso entendimento, como norma destinada ao legislador, tem como função precípua, reduzir as desigualdades tributárias e sociais, ao mesmo tempo em que estabelece as linhas de atuação do Poder Público perante o cidadão, caracterizando-se nesse aspecto como instrumento de proteção do contribuinte contra o arbítrio fiscal.

A gradação das alíquotas objetiva atender as peculiaridades econômicas e jurídicas dos contribuintes, por essa razão recomenda o § 1º, do art. 145 da Constituição Federal Brasileira que "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.....". No mesmo sentido anota Alberto Xavier:

*É certo que o § 1º do art. 145 condiciona à ressalva "sempre que possível" a imperatividade do caráter pessoal dos impostos e a sua graduação segundo a capacidade contributiva. Mas essa ressalva constitucional deve ser interpretada no sentido de que apenas não estão submetidos aos referidos comandos os impostos cuja natureza e estrutura com eles sejam incompatíveis. (Xavier, 1991: 67)*

Luciano da Silva Amaro leciona que:

*A adequação do imposto à capacidade econômica do contribuinte encontra, ainda, expressão no princípio da proporcionalidade, em face do qual o gravame fiscal deve ser diretamente proporcional à riqueza evidenciada em cada situação impositiva. A mera idéia de proporcionalidade, porém, expressa apenas uma relação matemática entre o crescimento da base de cálculo e o do imposto (se a base de cálculo dobra, o imposto também dobra). A capacidade contributiva reclama mais do que isso, pois exige que se afira a justiça da incidência em cada situação isoladamente considerada e não apenas a justiça relativa entre uma e outra das duas situações. O princípio da capacidade contributiva, conjugado com o da igualdade, direciona os impostos para a proporcionalidade, mas não se esgota nesta. (Amaro, 1997: 136)*

Se se considerar que a decisão do Supremo Tribunal Federal elegeu como parâmetro para justificar a inconstitucionalidade da Lei Municipal no. 5.641/89 a natureza jurídica do bem e do direito que sobre ele se exerce e não a situação econômica do contribuinte, há que se chegar forçosamente à conclusão de que a uniformidade das alíquotas e as características do imóvel – valor venal, zona de situação e o fato de existir ou não edificação – são fatores de somenos importância na determinação do valor do imposto. Nessa hipótese, resta bastante claro que o contribuinte proprietário de um imóvel residencial em zona da periferia se pagar imposto com alíquota de 2% sobre o valor venal do mesmo, estará pagando mais, proporcionalmente, do que outro contribuinte que possua imóvel residencial em zona urbana de alto luxo. Assim, se não há proporcionalidade, nem averiguação da capacidade contributiva do contribuinte, como se efetivará o princípio da igualdade mencionado no caput do art. 5º, da Constituição Federal? Ainda que se considere apenas a igualdade formal constante da lei, não será possível aferi-la se não houver, implicitamente, a possibilidade de se estabelecer comparações entre as diferentes situações de cada cidadão, conferindo-lhes um adequado tratamento perante a lei.

#### 4.2. OS PRINCÍPIOS GERAIS TRIBUTÁRIOS E A PROGRESSIVIDADE

Os princípios que se encontram gravados no texto constitucional, especialmente aqueles prestigiados no Título I, Capítulo I, concernentes à tributação e que informam o Sistema Tributário Nacional, como o princípio da igualdade (genérica), da estrita legalidade, da irretroatividade, da anterioridade, da capacidade contributiva e da vedação de confisco, aliados ainda ao princípio da proporcionalidade, estariam completamente destituídos de sentido ou de utilidade prática se não fossem cotejados e sopesados pelo intérprete, pois só assim poderão indicar a solução mais adequada, mais equânime e conforme ao ordenamento jurídico e a realidade social.

A interpretação da norma, com vistas a dar solução ao caso concreto, portanto, há que ser contextual, levando-se em conta não só a legislação que regula determinada matéria, mas, antes de tudo, o conjunto de valores apontados pelos princípios inseridos na norma fundamental.

O princípio da igualdade, como já se registrou anteriormente, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, entretanto, para que tenha eficácia, necessita estar conjugado a outros princípios, já que o ordenamento é uma colcha de retalhos entrelaçada, com o objetivo de poder

realizar os ideais republicanos. Sem a conjugação desses princípios não será possível alcançar a tão almejada justiça fiscal e, por conseguinte, com maior razão, a justiça social, uma vez que uma e outra encontram-se intimamente relacionadas.

Conclui-se que, no caso em tela, o intérprete e aplicador da lei não procedeu com acerto, resultando a decisão em flagrante arbitrariedade. Assim, ratifica-se o posicionamento de Juvêncio Gomes Garcia (1996: 153):

Na chamada justiça distributiva, que se estabelece entre o Estado e o indivíduo, exige-se, na distribuição de bens, vantagens e ônus, proporcionalidade ou harmonia; ela exige que, na repartição, as pessoas iguais recebam porções iguais e as desiguais porções desiguais, segundo seus respectivos merecimentos, nas palavras de Aristóteles.

## 5 - CONCLUSÃO

Afinal, quais os limites de discricionariedade do julgador?

A sentença judicial é, sem dúvida alguma, uma fonte do Direito, à medida em que permite a criação de norma em relação a um determinado caso concreto.

Salienta Munir Karam que:

A sentença não é apenas um ato de vontade porque envolve um comando, mas é um ato voluntarístico sobretudo porque constitui criação de Direito, para caso específico, dentro dos lindes assinalados pelas normas gerais. Ao intérprete não cabe apenas indagar da "vontade da lei", mas se guiar por outros critérios interpretativos resultantes da natureza das coisas. A função jurisdicional, assinala Maria Helena Diniz "não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente criadora, uma vez que os juízes dispõem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos ao pé da letra, atendendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência .... Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se realizaria, seria amputado no seu próprio dinamismo ou movimento, ou seja, não estaria em condições de sofrer o impacto da realidade, que nunca é plena e acabada.... (Karam, 1985:139)

Mesmo considerando, como o faz Hart, que a limitação da linguagem humana e jurídica enseja a divisão entre casos fáceis e difíceis, e que isso cria dificuldades para o aplicador do direito, no caso, o juiz, este, no



momento em que inicia o processo de interpretação da norma, haverá de se servir das regras de interpretação colocadas ao seu alcance, para buscar a melhor solução para o caso concreto. Essa solução, porém, deverá estar consentânea e atender aos princípios norteadores do ordenamento jurídico, os quais, representam, em última análise, a soma dos valores erigidos pela sociedade. Nesse momento, tem início sua função criadora, como anota César Rodriguez ao comentar o debate travado entre Hart e Dworkin:

Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los juices tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho — porque las reglas no indican una u otra dirección — sino creándolo para el caso concreto. (Rodriguez, 1998:34)

A decisão judicial busca dar segurança às relações jurídicas, estabelecendo soluções para os conflitos de interesses, contribuindo assim para a realização da justiça social. A concretização deste ideal, entretanto, passa pela aplicação concreta do princípio da igualdade, o qual configura, na realidade, a única possibilidade real e positiva de justiça social. É ponto de partida para a erradicação da pobreza e para a cristalização da dignidade humana.

Salienta o Prof. Paulo Bonavides, um dos maiores constitucionalistas brasileiros, que:

É de observar, pois, que o critério relativo ao princípio da igualdade, ao fazer-se jurídico, deixou de ser o radical-aritmético da igualdade política contemporânea, instituída pelo Estado social, para ser nesse mesmo Estado o geométrico-proporcional de Aristóteles, cifrado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente, e os desiguais, de forma desigual. Mas não bastava reconhecer que esse mandamento do princípio da igualdade vinculava o

legislador ou que ao juiz era lícito examinar a compatibilidade da lei com o referido princípio: fazia-se mister também resolver, conforme assinalou Leibholz, o problema do teor ou conteúdo da vinculação do legislador à regra igualitária. Era indispensável, assim, aplicado o critério diferenciador da igualdade relativa, de cunho aristotélico, determinar que pressupostos fáticos consentiriam ao legislador estabelecer o tratamento jurídico distinto. Esse pressuposto fático teria que ser procurado na "essencialidade" ou "relevância" da distinção a ser feita, ficando, porém, tal "relevância" contida na mutabilidade de um quadro histórico dinâmico, ou seja, no relativismo de um critério valorativo, variável de acordo com o padrão dos valores imperantes na comunidade ou vivos na consciência coletiva, os quais serviriam de apoio para valorar cada situação concreta ou real defrontada pelo legislador. (Bonavides, 1996:125)

A norma consubstanciada na sentença deverá, portanto, além de conferir segurança às relações jurídicas, à medida em que promove a solução de conflitos, resguardar os interesses sociais e distribuir Justiça, visando ao bem-estar social. Para tanto terá, necessariamente, de atentar para os princípios que regem o ordenamento, a fim de implantar os valores sociais, éticos, econômicos e políticos eleitos pela sociedade e insculpidos no texto constitucional.

É preciso não esquecer, todavia, que esses valores consagrados pela Carta Magna constituem a representação jurídica das crenças enraizadas na consciência da coletividade e que a dignidade da pessoa humana, é o valor supremo destacado por essa mesma sociedade que definiu, através do poder constituinte originário, as bases de sua formação, bem como a forma de exercício do poder.

Se o homem é concebido como valor supremo da sociedade, ao qual todos os outros deverão subordinar-se, como anota Recaséns Siches, o Estado e o Direito deverão estar a seu serviço, segundo a concepção Cristã originada na Antiguidade, expressa por Cícero com bastante propriedade:

Pero ya que, como dice muy bien Platón, no nacemos únicamente para nosotros, sino que parte de nuestro nacimiento lo exige la patria, parte los amigos; y como

según place a los estoicos, todos los productos de la tierra han sido creados para el uso de los hombres, y los hombres mismos han nacido los unos para los otros, a fin de que puedan ayudarse recíprocamente, en este sentido debemos seguir a la naturaleza como guía, poniendo en común lo que puede ser útil a todos con el intercambio de servicios, dando y recibiendo, y hacer más íntima la sociedad de los hombres entre sí con nuestro ingenio, con nuestro trabajo e todos los medios de que dispongamos. (Cicerón, 1989:14)

A sentença judicial é, nesse sentido, o meio mais eficiente de se dar concretude ao Direito, em virtude de oferecer ao intérprete a oportunidade de cotejar os mandamentos da lei com os princípios contidos no ordenamento, buscando, dessa forma, aferir seu verdadeiro sentido.

A concepção de justiça, portanto, jamais será passível de determinação ou aprisionamento em um conceito rígido, em razão da dinamicidade da vida e da constante evolução do homem.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AMARO, Luciano da Silva: Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997.
02. BALEEIRO, Aliomar: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
03. BECKER, Alfredo Augusto: Teoria Geral do Direito Tributário, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972.
04. BONAVIDES, Paulo: A Constituição Aberta: 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996.
05. BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish: História da Civilização Ocidental, vol. I, 38ª ed., Globo, São Paulo, 1997.
06. CARRAZZA, Elizabeth Nazar: IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva, Ed. Juruá, Curitiba, 1992.
07. CARRAZZA, Roque Antônio: Curso de Direito Constitucional Tributário, 10ª ed., Malheiros, São Paulo, 1997.
08. CICERÓN, Marco Tulio: Sobre los deberes, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1989.
09. COULANGE, Fustel de: A Cidade Antiga, 12ª, Hemus, São Paulo, 1996.
10. GARCIA, Juvêncio Gomes: Função Criadora do Juiz, 1ª ed., Brasília Jurídica, Brasília, 1996.
11. GRAU, Eros Roberto: A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 2ª ed., RT, São Paulo, 1991.

12. KARAM, Munir; PRADO, Luiz Régis: *Estudos de Filosofia do Direito (Uma Visão Integral da Obra de Hans Kelsen)*, Ed. RT, São Paulo, 1985.
13. KELSEN, Hans: *O Problema da Justiça*, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1993.
14. LACLAU, Martin: *La Historicidad Del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot S. A., Buenos Aires, 1994.
15. LEVAGGI, Abelardo: *Manual De Historia Del Derecho Argentino*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
16. MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário*, 12ª ed., Malheiros, São Paulo, 1997.
17. MARTINS, Ives Gandra da Silva: *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
18. PIETRO, Alfredo Di: *Derecho Privado Romano*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
19. RODRIGUEZ, César: *La Decisión Judicial ( El debate Hart- Dworkin)*, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá D.C., 1998.

#### ARTIGOS

01. ANCAROLA, Gerardo: En torno al derecho injusto (Las nuevas aportaciones de Luis Recaséns Siches), *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1974.
02. ATALIBA, Geraldo: Progressividade e Capacidade Contributiva, Separata da RDT, São Paulo, 1991.
03. BORGES, José Souto Maior: O Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, *Revista Dialética*, vol. 22, Ed. É, São Paulo, 1997.
04. MACHADO, Hugo de Brito: IPTU. Ausência de Progressividade. Distinção entre Progressividade e Seletividade, *Revista Dialética*, vol. 31, Ed. É, São Paulo, 1998.
05. XAVIER, Alberto: Inconstitucionalidade dos Tributos Fixos por Ofensa ao Princípio da Capacidade Contributiva, Separata da RDT, São Paulo, 1991.

## LIMITE DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO UMA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

VALMIR PONTES FILHO

(Professor de Hermenêutica Jurídica e de Direito  
Constitucional, Mestre em Direito Constitucional pela PUC/  
SP, Ex-Presidente do IBDA e Advogado).

Não se ouve voz discordante da tese de que a interpretação/aplicação do Direito — notadamente a da Constituição — há de ser *sistemática*, na exata medida em que a perquirição do sentido e alcance possíveis de uma determinada regra exige a de outras e, em especial, a dos princípios que inspiram e norteiam o sistema jurídico como um todo. Todavia, como bem o afirma o Prof. HUGO DE BRITO MACHADO, entre a postulação teórica e a atuação prática, neste particular, há um considerável (e lamentável) fosso.

Um exemplo disto: quando a Lei Maior impede, de forma peremptória, a discussão e votação, pelo Congresso, de propostas de emenda constitucional ofensivas ao princípio federativo, a que federação ela está a aludir? Àquela a que a doutrina tradicional se refere (na qual deveriam estar presentes pelo menos *duas* esferas de governo, é dizer, a do governo central e a dos descentralizados, estaduais), ou à federação que ela mesma, Constituição de 1988, tratou de instituir de forma mais complexa (constituída da *união indissolúvel* de Estados, Municípios e Distrito Federal)? Exegese constitucional sistemática conduzirá, inevitavelmente, à segunda opção, já que, de acordo com o *sistema* da Constituição, o seu art. 60, § 4º, I há de ter necessária conexão com o art. 1º, *caput*. Mas não é neste passo que caminha boa parte dos hermeneutas, infelizmente.

Ainda hoje, mais de onze anos depois de promulgada a *Constituição Cidadã*, relutam os operadores jurídicos em perceber, de um lado, que suas prescrições, principiológicas ou não, gozam da necessária *presunção de plena eficácia* (ou seja, só não se encontram aptas a produzir resultados quando isto se mostrar, *in casu*, absolutamente inviável). Preferem, a mais das vezes, adotar raciocínio *menor*, conducente ao privilegiamento da lei em desfavor da Constituição, como se os princípios e as diretrizes (político-governamentais) por esta adotadas não fossem regras vinculantes, mas simples “conselhos poéticos” do legislador constituinte. De outro, não reparam que as construções doutrinárias e jurisprudenciais anteriores à

Constituição só podem ser levadas em consideração se e quando compatíveis com as atuais prescrições desta. Mostram-se desatentos, pois, à circunstância de que a *doutrina* e a *jurisprudência* é que se devem adequar à nova ordem constitucional, e não o contrário.

Vale retornar, ainda que a vôo de pássaro, ao tema da interpretação sistêmica do Direito: esta técnica necessariamente conduz o exegeta à reflexão de que nenhuma norma do direito existe isoladamente, como se cada uma delas fosse compartimento estanque, algo bastante em si; ao contrário, percebe ele que as regras de um dado sistema jurídico se encontram em permanente, contínua e inexorável conexão<sup>1</sup>, sendo relevante notar que esse inter-relacionamento não se dá num plano só meramente normativo (é dizer, entre as simples normas), mas, muito especialmente, no plano dos princípios (ou das normas principiológicas), de tal modo a interpretação de uma norma (e em especial de um princípio) influi na de outra; demais disso, às vezes é preciso *equilibrar* o sistema jurídico-constitucional, quando surgem os aparentes conflitos entre princípios, ocasião em que cabe ao intérprete, à luz da proporcionalidade, escolher aquele topicamente que se põe como mais importante.

Mais modernamente, aliás, chega-se a sustentar — como o faz, com excepcional brilho, JUAREZ FREITAS — que nem é adequado falar em uma “técnica sistemática de interpretação”, apartada das demais; para este jovem e profundo jurista gaúcho, “... interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta e obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito... Inegável, pois, o valor para a hermenêutica jurídica da chamada ordenação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de estabelecer o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar e a manter a unidade em meio à multiplicidade axiológica. Em outras palavras, não se pode considerar a interpretação sistemática... como um processo, dentre outros, de interpretação jurídica. É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Donde anotar o inexcusável MAXIMILIANO (ob. cit., p. 128) que “...por umas normas se conhece o espírito das outras”.

<sup>2</sup> A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros, 1995, ps. 47/49.

Tem toda razão o ilustrado autor: dedicar-se o exegeta à busca do sentido e alcance de uma só norma jurídica, sem atentar para a circunstância de que esse sentido ou alcance sofre, invariavelmente, o influxo das outras normas e princípios do ordenamento (em especial destes últimos), é entregar-se a trabalho infrutífero; toda interpretação, realizada a partir do enunciado linguístico do texto, há de ser lógico-sistemática (levada a cabo, portanto, com o objetivo de aferir a “razão objetiva da norma”, à vista de sua conexão com as demais regras do sistema e de sua posição neste mesmo sistema jurídico-normativo). Obrigatório, então, terem em conta que a interpretação/aplicação do Direito (ou do sistema jurídico-normativo) ocorre tanto quando o doutrinador (o cientista do Direito) busca conhecer e descrever a norma (o enunciado normativo), como no momento em que o intérprete/aplicador oficial do Direito (o órgão do Poder Judiciário, fazendo-o em caráter de definitividade e com a força das instituições estatais) se vê compelido a oferecer uma resposta institucionalizada ao conflito (KELSEN). Também acontece, é verdade, na ocasião em que a autoridade estatal, a nível meramente administrativo, também é levada a pronunciar-se (mas, aí, é certo que sua atividade interpretativo/aplicativa do Direito sempre será sindicável pelo Judiciário<sup>3</sup>).

Na esteira do pensamento kelseniano, portanto, talvez seja adequado concluir: a) se é verdadeiro que a norma superior (fundamentante) fixa a *forma* da norma inferior (fundamentada) e, apenas em certa medida (ou parcialmente), o seu *conteúdo*, o estabelecimento do *conteúdo* da norma inferior (fundamentada) há de depender da determinação, pelo intérprete/aplicador, de um dado sentido para a norma superior (fundamentante); b) a *norma individual, fundamentada* (a sentença judicial e a decisão administrativa, p. ex.), tem a forma determinada pela *norma geral, fundamentante*, enquanto seu conteúdo é sempre indeterminado, em maior ou menor grau, intencionalmente ou não; c) que o intérprete/aplicador se volta ao *conhecimento da norma geral (fundamentante)*, para expedir uma *norma individual (fundamentada)* daquela deduzida; neste propósito, estabelece uma “moldura” da *norma geral*, com várias possibilidades de interpretação/aplicação, dela extraindo, mediante ato de vontade (e não mais de conhecimento), uma só, que considere, naquele instante e diante das circunstâncias, a melhor e mais adequada; d) que a interpretação/aplicação da norma do Direito não pode conduzir a uma única “decisão correta”, mas

<sup>3</sup> Estamos a nos referir, claro, quanto a este aspecto, ao sistema jurídico-constitucional brasileiro.

<sup>4</sup> Donde concluir que a atividade de interpretação/aplicação do Direito pelos órgãos oficiais é também atividade de *criação* do Direito; já a interpretação/aplicação levada a efeito pelos doutrinadores, por não criar *norma individual*, apenas pode influir politicamente (em momento pré-jurídico, portanto) na sua criação.

a várias possibilidades de "solução" (ou de decisão); apenas uma delas, todavia, escolhida (por ato de vontade do intérprete/aplicador) tornar-se-á norma individual, válida (inserta no ordenamento jurídico)<sup>4</sup>.

Duas importantes questões devem, a esta altura, merecer nossa atenção. A primeira diz respeito à "liberdade" que o intérprete/aplicador tem ou não tem para fixar a "moldura" normativa (já que, na escolha das possibilidades de aplicação por ela ofertadas, a liberdade é restrita aos limites da própria "moldura"). Ainda que se trate, essa tarefa, como sustenta Kelsen, de um ato de conhecimento, é preciso recordar que o conhecimento absoluto e completo das coisas não é humanamente possível. Assim, ainda quando, no passo inicial do esforço exegético, o jurista cuide só de estabelecer essa "moldura normativa", algum grau de subjetividade estará presente, apenas se devendo excluir, do âmbito de abrangência da dita "moldura", as hipóteses absurdas, desarrazoadas (por exemplo, se uma norma proíbe a entrada de pessoas em dado ambiente usando vestes "imorais", não se deverá ter como proibido, à vista dos valores vigentes em nossa sociedade, alguém ingressar no recinto usando terno e gravata, nem se deverá considerar permitida a entrada de uma pessoa trajando veste de todo transparente). Afóra tais limites (hoje) considerados extremos, é adequado mesmo imaginar o intérprete/aplicador erigindo as fronteiras máximas de seu labor hermenêutico, optando, dentro delas, a opção de decisão que lhe pareça mais oportuna e conveniente para cada caso. Este, seguramente, é um ponto sensível, que de certo modo relativiza a perquirição da validade ou invalidade de uma regra por meio de critério "objetivo" de verificação da compatibilidade de uma norma inferior a uma superior.

A segunda diz respeito à tarefa, exercida pelo legislador, de editar normas gerais (emendas constitucionais, leis ordinárias e complementares, v.g.) à luz da Constituição. Esta, como sabido, estabelece criteriosamente a forma pela qual ditas normas podem ser produzidas, mas apenas parcialmente o conteúdo delas, o que importa a necessidade de proceder, o legislador infra-constitucional, à interpretação/aplicação da Lei Suprema. Assim, quando a Constituição prescreve ser o Congresso Nacional competente para legislar sobre direito civil, não impõe exatamente *quais leis sobre direito civil* podem ser produzidas, deixando o Parlamento até certo ponto livre para politicamente decidir sobre o conteúdo delas (salvo, é claro, os casos em que a própria Constituição estabeleça expressa vedação ou obrigação: entre nós a

5 Ouvi do eminente Desembargador HUGO PEREIRA, do Tribunal de Justiça do Ceará, a interessante observação de que nada é mais solitário e angustiante do que o ato de decidir; quem vence a peleja judicial raramente diz que o Direito "foi bem interpretado e aplicado"; mas o vencido sempre afirma o contrário.

lei não pode, à vista da previsão constitucional do divórcio, voltar a impor a indissolubilidade do casamento civil, nem, por outro lado, tendo em conta a igualdade de direitos entre homens e mulheres, exigir a outorga marital para que a mulher exerça alguma profissão rentável).

Apropriado nos parece, portanto, que a interpretação/aplicação (ou a decisão) "correta" ou "justa" não vem a ser uma questão de direito positivo, mas de política do Direito, assim como também o é a saber-se quais as leis "corretas" ou "justas" que devem ser editadas em face da Constituição<sup>5</sup>. E ainda: o esforço hermenêutico é um processo que se desenvolve em relação a todas as normas do sistema jurídico positivado, desde a Constituição até às normas individuais (as sentenças, inclusive), excluídas apenas a Norma Hipotética Fundamental (por sua ausência de conteúdo, já que é norma pressuposta) e a sanção/ato coercitivo em si mesma, posto não ter caráter normativo.

Com esteio em tais reflexões, de certo não originais nem feitas à revelia dos mestres, é que ousou enfrentar o tema do limite constitucional à remuneração do pessoal do serviço público. Quanto a essa questão, em especial, ao "teto" que a remuneração dos servidores públicos pode ter, de acordo com o Texto Supremo, de logo se observa que a análise se fará diante do regramento vindo a lume pelo conduto da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual, por sua natureza (não originária), não tem nem pode ter o condão de retroagir para ofender direitos adquiridos e/ou coisas julgadas existentes até sua (da EC/19) edição. Isto afirmo pela imperiosa necessidade de afastar a falsa premissa de que as emendas constitucionais, uma vez aprovadas e promulgadas, são instrumentos capazes de ignorar os institutos do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada*. Sem embargo da tese em contrário - que restou, diga-se de passagem, por bom tempo agasalhada pelo próprio Supremo Tribunal Federal - entendo ser vedado a esse tipo de norma alcance tão largo.

De efeito, cumpre lembrar que as emendas se originam do chamado *poder constituinte reformador*. Este, diversamente do *originário*, se destina a tão apenas modificar a Constituição em vigor, ora alterando-lhe disposições já existentes, ora acrescentando-lhe ou suprimindo-lhe artigos, parágrafos, incisos ou alíneas, mas sempre e sempre de acordo com as normas constitucionais disciplinadoras dessa atuação. Daí decorre ser ele um poder de natureza *jurídica*, posto que seu exercício se há de conformar às prescrições (jurídicas, é óbvio) da própria Constituição a ser reformada. É o direito posto

6 Publicado na Revista de Direito Administrativo, vol.202, p.75 e segs.

- em cujo ápice se encontra a norma constitucional - que se encarregará de estabelecer quando, como e por quem essa relevante tarefa há de ser desempenhada, impondo-lhe os limites e gizamentos rigorosos.

Reste fixada, portanto, a noção de que o exercício do poder constituinte reformador não é nem pode ser, por imperativo de ordem lógico-jurídica, incondicionado, insubmisso à Constituição, estando, assim, a meio caminho do Direito Positivo, e não em sua linha de largada. Isso traz consequências importantíssimas, como a alusiva à permanência do direito adquirido contra as emendas constitucionais. Em trabalho que tive a honra de escrever<sup>6</sup>, na qualidade de mero coadjuvante, com CARLOS AYRES BRITTO, emérito constitucionalista sergipano, ficou dito: "... há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). Logo, não tem compromisso com a ordem jurídica anterior, justamente por ser inaugural de uma nova ordem cujo primeiro efeito é sepultar a própria Constituição primitiva. Noutros termos, então, somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. Sua irrupção no cenário jurídico significa a postura do começar tudo de novo, e não simplesmente a do ajeitar as coisas. Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada; vale dizer, como instância que tem a exclusiva força de preservar, ou deixar de fazê-lo, toda e qualquer norma produzida à luz da velha ordem jurídica".

Buscando melhor distinguir entre o poder constituinte originário e o reformador, prosseguiu-se na argumentação: "Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária, no sentido de que tudo o que ela disser de forma expressa ou até mesmo implícita passa a vigorar como norma jurídica e todo o Direito anterior que não estiver de acordo com ela deixa de vigorar como norma jurídica (princípio da instantânea perda de eficácia (no sentido de "validade") das normas não recepcionadas pela nova ordem constitucional. É exprimir: todas as relações possíveis e imagináveis estão a mercê da Constituição e por isso é que se pode ajuizar que contra ela não há direito adquirido. Não é bem isto o que sucede com as emendas à Constituição, que já se encontram a meio caminho do Direito Positivo. Seu órgão de elaboração é destituído da característica de instância exclusivamente normante, exatamente por que já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elabora a Constituição. Daí não se lhe poder reconhecer a natureza de um verdadeiro poder constituinte, como ensinava

<sup>6</sup> V. artigo mencionado.

GEORGES BURDEAU e como insistem na diferenciação JORGE MIRANDA e JOSÉ GOMES CANOTILHO. Pois bem, por não ser possível reconhecer ao órgão de produção das emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, é centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituente. Ele não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente, pois somente pode normatizar nos termos em que pela Constituição mesma já se encontra normatizado"<sup>7</sup> (os grifos não são do original).

Já se sustentou, precedentemente, gozar a norma constitucional de supremacia em relação às demais integrantes do sistema jurídico, estas naquela buscando seu fundamento de validade. E tal é verdadeiro também em relação à Constituição brasileira em vigor, cuja rigidez – pressuposto lógico de sua supremacia – se vê configurada, especialmente, no seu art. 60. Com efeito, ao ali disciplinar as hipóteses em que é possível sua própria alteração ou modificação, a Constituição de 1988 quis-se proteger, em primeiro lugar, da ação deletéria do legislador comum. Em outras palavras, deixou claro que leis ordinárias, complementares ou delegadas, assim como qualquer outra espécie legislativa assemelhada (como as "medidas provisórias") ou de inferior hierarquia (como os decretos regulamentares), jamais poderiam ter a veleidade de contrariar suas disposições. Todas essas manifestações normativas (infraconstitucionais) deveriam, como devem, manter-se mesurosas aos princípios e regras da Lei Fundamental, sob pena de invalidade.

Ergueu a Constituição em torno de si mesma, portanto, uma muralha de proteção, fortificada o suficiente para que sua rigidez e sua supremacia não viessem a ser abaladas. Nem se diga que se trata de providência desnecessária, ou de uma mera sofisticação imaginada pela mente academicista de alguns doutrinadores. Ao contrário, põe-se como algo indispensável à sua própria manutenção, à defesa do regime democrático que a Constituição erigiu e, enfim, à sustentação daquilo que se pode colocar como a própria razão de ser do Direito: o (super)princípio da segurança das relações jurídicas. Sem tal segurança, ou estabilidade, nas relações que o Direito se propõe a regular (ou, se assim se preferir, das normas jurídicas voltadas à regulação das relações entre os homens), sequer se pode falar em convivência harmônica entre os homens. Muito menos em progresso social e econômico. Defender a higidez da Constituição, portanto, não é simples exercício de retórica bacharelesca, mas de salvaguarda da própria civilização

<sup>7</sup> Conforme feliz definição de PAULO GARRIDO MODESTO, em trabalho publicado pela ENAP.

humana, cujo desenvolvimento moral e material depende, basicamente, do nível de segurança em que seus relacionamentos se desenvolvam.

A Lei Suprema de 1988, todavia, não se desejou imutável, intangível às mudanças sócio-políticas impostas pelo próprio decorrer do tempo. Nem seria de cogitar-se disso, na medida em que se quedaria logo superada e, muito provavelmente, albergadora de prescrições ineficazes, descompassadas com a realidade. Eis porque admitiu ela ser modificada pelas emendas constitucionais. Ao prever a edição das emendas, a Constituição da República fê-lo exatamente para estabelecer, rígida e minudentemente, normas disciplinadoras de sua alteração. Quis, assim, por intermédio delas, ver-se atualizada, mas sob certos e bem postos parâmetros, absolutamente incontornáveis, por ela mesma positivada.

Dai uma óbvia conclusão: as *emendas constitucionais* são manifestações normativas que se não de submeter à própria Constituição, porque desta derivadas e a esta subordinadas. Vêm a ser regras *subconstitucionais*, portanto. E nem poderia ser diferente, já que oriundas de um *órgão constituído* (o Congresso Nacional em nosso caso), estruturado pela Constituição, e não de um *órgão constituinte*, capaz de elaborar a própria Constituição. Assim, não se imagine que uma *emenda*, uma vez formalmente aprovada – e por isso passando a formalmente integrar o texto constitucional – seja intocável, é dizer, não possa ter sua constitucionalidade (ou validade frente à Constituição) questionada. É claro que pode, exatamente porque sua edição resulta do exercício do *poder constituinte reformador*, cujas competências estão definidas pela Constituição; esta, por seu turno, se origina do exercício do *poder constituinte originário*, aquela “...força política incondicionada em termos jurídicos e fixadora de uma nova idéia fundamental de direito”<sup>9</sup>. Assim, se as *emendas* emanam de um poder legiferante *condicionado* juridicamente pela Lei Suprema – que as prevê e regula – e não de uma “força política incondicionada em termos jurídicos”, como bem disse PAULO MODESTO, desarrazoado seria pensar que elas, as *emendas*, não pudessem ter sua inconstitucionalidade decretada (quer pela via difusa, quer pela concentrada).

Não se trataria, aí, como alguns poderiam pensar, de identificar uma “inconstitucionalidade na própria Constituição”, coisa que a lógica jurídica de plano refuta. As *aparentes* incompatibilidades entre as regras da Constituição mesma, enquanto originariamente posta, são, em verdade, resultado da equivocada exegese do Texto Supremo, solucionáveis, sempre, pela interpretação lógico-sistemática que dele se faça. Já a contradição entre

a Constituição originariamente posta e uma emenda se há de resolver em favor daquela, invariavelmente, por conta de seu superior posicionamento hierárquico. Mesmo que se entenda – como o fez MODESTO, com a argúcia de sempre – que o poder reformador “... *expressa também de forma especial ou incomum a soberania popular através o Parlamento*”<sup>10</sup>, é preciso bem compreender: a) que as leis – ordinárias ou complementares, por exemplo – igualmente são produzidas pelo Parlamento e refletem (ou não de refletir, em homenagem ao princípio republicano), a soberania popular; b) que, mesmo elaboradas de forma “especial”, as *emendas constitucionais* não se podem nunca por no mesmo patamar das normas constitucionais em si mesmas, elaboradas pelo poder constituinte originário, este sim, inconfundível, uno, incindível, supremo, e não só “incomum”.

Quem em má hora incutiu no espírito a tese oposta – qual a de que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito não prevalecem sobre as emendas constitucionais – pensou ter esteio em literal, e por isso mesmo condenável, interpretação do inciso XXXVI, do art. 5º, da Lei Maior, segundo o qual “*a lei*”, e somente ela, não poderia prejudicá-los. Assim, na medida em que a emenda se põe em patamar hierárquico superior ao da simples lei, a proibição não lhe atingiria. Errônea conclusão, porém. E para demonstrar tal erronia, mais uma vez me valho dos argumentos aduzidos no escrito produzido em parceria com CARLOS BRITTO: “*É enganoso pensar, assim, que a interdição da lei para ofender certos direitos ou garantias subjetivas venha sempre a significar liberação das emendas constitucionais para fazê-lo. Uma coisa não puxa a outra, necessariamente, porque há justificativa lógica para o fato em si da remissão constitucional explícita à lei. Só para ilustrar este nosso enunciado, pense-se na regra constitucional que proíbe a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Ou no preceito de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ou, ainda, no dispositivo que veicula a norma interditante da lei quanto à possibilidade de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por que tanto chamamento expresso à lei? Simplesmente porque a Constituição reserva para a lei a conformação de matéria penal, assim como de matéria processual, seja esta de natureza igualmente penal, ou civil, conforme a seguinte voz de comando: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. “Art. 48: Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (... )”. Pois é esse mesmo fundamento racional que está na base da citação da lei, alusivamente à interdição de ofensa ao direito adquirido. ...Se não proibiu literalmente as emendas de retroagirem, foi porque também não autorizou expressamente que elas ampliassem a pauta dos direitos já constitucionalmente deferidos. Salta à evidência, então, que*

<sup>9</sup>. V. artigo referido



não é pelo fato de haver citado a lei, e não as emendas, que a Constituição esteja a liberar estas últimas quanto àquelas proibições. Além de dever pesquisar sobre a razão específica da citação constitucional da lei, o intérprete não pode esquecer que é justamente a lei a forma usual ou cotidiana de se inovar a ordem jurídica (não de se fundar essa ordem, claro). As emendas são extraordinárias, episódicas, e não é por outra causa que a *Lex Fundamentalis* deixa de indicar os assuntos por ela reguláveis. Deveras, as emendas constitucionais se caracterizam, não pela indicação das matérias que lhes são reservadas, mas pela indicação das matérias que lhes são proibidas (cláusulas pétreas). Já as leis, estas, são numerosamente referidas pela Constituição, tanto para o efeito de poder conformar certas relações, quanto para o efeito de não poder fazê-lo exatamente porque a Ordem Jurídica tem na lei o seu elemento próprio de dinamização, a partir da peregrina regra de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art 5º da Carta de Outubro). Seria até o caso de se perguntar: só porque a Constituição apenas mencionou a lei como fonte de obrigação positiva ou negativa, as emendas estariam proibidas de obrigar alguém de fazer ou deixar de fazer alguma coisa? Clarissimamente que não!".

Fixadas tais idéias, conducentes à firme conclusão de que à emenda, enquanto norma jurídica hierarquicamente inferior à Constituição, é defeso vulnerar os já mencionados institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, encaremos, enfim, o problema a que alude o título deste escrito.

Além de passar a exigir lei específica para a fixação ou alteração da remuneração dos servidores públicos (art. 37, X), de vedar a vinculação ou a equiparação de quaisquer espécies remuneratórias (art. 37, XIII) e a percepção de acréscimos pecuniários em "efeito cascata" (art. 37, XIV) e de prever a remuneração dos "membros de Poder" e dos ocupantes de cargos organizados em carreira sob a forma da subsídio, em parcela única (arts 39, §§ 4º e 8º, 128, § 5º, c e 135), a LEX MAGNA, com as modificações que lhe foram introduzidas pela mencionada EC/19, passou a estabelecer, em seu art. 37, XI: "... a remuneração e os subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal".

Ainda que aqui não venha à balha repisar a discussão sobre se a regra de vedação pode ter efeitos retroativos, de forma a atingir quem,

quando da entrada em vigor da EC/19, já percebia ganhos superiores (havendo, portanto, adquirido o direito a essa percepção) – o que entendemos não ser juridicamente possível, observado ainda que a prescrição do art. 40, § 11, acrescentada pela EC nº 20, só pode ter efeitos de sua vigência em diante, nunca retroativamente – forçoso reconhecer nela uma extraordinária amplitude no trato do tema. O referido inciso XI submete a um limite máximo de remuneração tudo o que qualquer servidor público, de qualquer Órgão governativo, de qualquer esfera de Governo, vier a perceber como remuneração, seja a que título for<sup>10</sup>, limite esse que é, como dito, o correspondente ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

É verdade, também, que a fixação desses subsídios, segundo o disposto no art. 48, XV, da Constituição (também introduzido pela EC/19), é da competência do Congresso Nacional, por via de lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado e do próprio Supremo. Como, todavia, tal lei ainda não foi produzida é o caso de indagar-se: diante da lacuna, inexistente "teto" remuneratório? Ou subsistem aqueles previstos na norma constitucional revogada pela Emenda 19? Refutada inicialmente há de ser, por absolutamente ilógica, a segunda hipótese. Afinal, seria, como é, inteiramente desarrazoado imaginar-se que a ausência da norma prevista na Constituição (a refletir uma omissão inconstitucional) pudesse ter o condão de "ressuscitar" regra defunta, que dela fez parte em momento pretérito, mas revogada (porque substituída) por outra, exatamente a trazida a lume pela Emenda nº 19. Isto importaria o dar-se eficácia a comando normativo já não integrante do sistema jurídico e do qual, portanto, não se pode lançar mão, sob nenhum pretexto (a não ser se para resguardar direito que haja sido adquirido ou coisa que tenha sido julgada sob sua égide).

Igualmente inaceitável, por outro lado, a hipótese de que a falta da lei prevista no mencionado art. 48, XV, CF, importe a inexistência de "teto" de remuneração para os servidores públicos. Ainda que esta regra (de competência, na linguagem de BOBBIO) outorgue ao Congresso o poder-dever de fixar os subsídios dos integrantes da Corte Suprema – regra esta que valerá, insista-se em dizer, de sua edição em diante – o absentismo congressual (causado pelo das autoridades a quem a Lei Maior confere, no caso, a obrigação/prerrogativa de deflagrar o processo legislativo) não pode ter o efeito de nulificar o comando ao art. 37, XII. A este último o exegeta constitucional há de dar interpretação/aplicação que lhe garanta eficácia

<sup>10</sup> Excetuadas, obviamente as verbas que lhe forem pagas a título de ressarcimento ou ajuda de custo.

imediate e plena, em respeito mesmo à principiologia inspiradora da LEX FUNDAMENTALIS. Com efeito, em homenagem aos princípios constitucionais da moralidade, da razoabilidade e da eficiência, ter-se-á como limite remuneratório para os servidores públicos, enquanto não cumprida a obrigação imposta pelo art. 48, XV, a importância correspondente ao que hoje um Ministro do STF percebe mensalmente, como remuneração em espécie. Este será o "teto" – e nenhum outro – até que a lei superiormente prevista venha a existir!<sup>11</sup>

Impossível admitir-se possam as demais pessoas políticas federadas (Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), em suas respectivas esferas governativas, criar limites ou "tetos" próprios de remuneração. Desde a edição da Emenda Constitucional nº 19 à Constituição da República, todavia, restou fixado **um e apenas um teto remuneratório** para os servidores públicos — o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI) — ao qual, obviamente se devem conformar também os proventos de aposentadoria (salvo, é claro, se resguardados pelo manto protetor do direito adquirido ou da coisa julgada). Inadmissível, por consequência, o estabelecimento de "sub-tetos" estaduais, municipais e distritais. Ou, muito menos a recepção, pelo Texto Supremo modificado pela EC/19, de "tetos estaduais" outrora fixados. Respeitadamente ao art. 39, § 5º, da Constituição da República, com a redação dada pela referida dita Emenda 19 – o qual supostamente viabilizaria a instituição de "subteto" – cabe aludir às conclusões da eminente Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, em Parecer que forneceu à Associação Nacional de Procuradores de Estado, aqui reproduzidas *in verbis*:

*"Ao contrário da redação original, que remetia a fixação do teto à lei, permitindo que Estados e Municípios fixassem o subteto, na redação dada pela Emenda, o dispositivo já define o teto, que será igual para todos os servidores, em todos os níveis de Governo; a mesma conclusão se aplica às carreiras exclusivas de Estado, já que não se fez qualquer distinção em relação às*

<sup>11</sup> Não se argumente, em contrário, com a regra do inciso XII, do art. 37 da Constituição; mesmo que ali se ajude a *vencimentos*, no sentido mais amplo que a expressão possa ter, o que se pode entender pelo dispositivo (da Constituição originária, vale lembrar) é que, *uma vez fixados os subsídios dos Ministros do Supremo, a remuneração (vencimentos) dos cargos de carreira do Legislativo e do Judiciário não podem ser superiores aos dos cargos de carreira do Executivo*; isto apenas significa que, para além do "teto" constitucional do art. 37, XI e respeitado este, os vencimentos dos cargos do Poder Executivo devem ser tidos como referência, quando da fixação dos do Poder Legislativo e do Judiciário; a norma, enfim, por via transversa, finda por propugnar uma "isonomia remuneratória" entre os servidores dos três órgãos de Governo

*mesmas. Poder-se-á alegar que a possibilidade de estabelecer um subteto decorre do artigo 39, § 5º, segundo o qual 'lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, XI'. No entanto, não é esse o sentido do dispositivo. Note-se que na redação original do inciso XI contemplam-se duas normas diversas: uma que autoriza o legislador a fixar "o limite máximo" e a "relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos"; e outra, que já define um teto acima do qual o legislador de cada nível não poderá definir o limite máximo. Na Emenda, observam-se as seguintes diferenças de tratamento dado à matéria: a) o inciso XI cuida apenas do teto e não mais remete a sua definição ao legislador infra-constitucional, o que significa que a Constituição já definiu, de forma uniforme para todos os níveis de Governo, o limite máximo de remuneração ou subsídio dos servidores; b) foram separados os preceitos em dois dispositivos diferentes: no inciso XI do artigo 37 está definido o teto e, no artigo 39, § 5º, remete-se ao legislador a definição (facultativa) da relação entre a maior e a menor remuneração paga aos servidores públicos de cada nível de governo, sendo que a maior já está definida no artigo 37, XI. Ainda que se entenda possível a definição de um limite máximo de remuneração ou subsídio, inferior ao teto do artigo 37, XI, tem que prevalecer, para fins de aplicação do princípio da irredutibilidade de vencimentos, o teto do artigo 37, XI, expressamente mencionado no artigo 37, XV, e no artigo 39, § 40."*

Emenda à Constituição Federal porventura voltada à estipulação de limites de remuneração de servidores para as esferas estadual, municipal e distrital, nasceria inválida, por óbvia ofensa ao princípio federativo (art. 60, § 4º, I). Quando muito essa espécie normativa poderia autorizar os Estados, Municípios e DF a instituir (por Emenda ou Lei estadual, municipal ou distrital), nos seus respectivos âmbitos, "tetos" próprios, aplicáveis aos seus servidores. Mas aí – não custa recordar – tais estipulações jamais poderiam alcançar situações já juridicamente consolidadas, é dizer, só surtiriam efeitos *ex nunc*. Já Emendas ou leis estaduais com idêntico propósito – mantido o regime constitucional em vigor, ou seja, sem a existência prévia e expressa autorização da LEX MAGNA – veiculariam irremediável, intolerável

ofensa à Constituição da República, exaustiva no trato do tema.

Finalmente, uma palavra sobre o art. 29 da própria Emenda nº 19, cujo propósito parece ter sido mesmo ser o de determinar — segundo sua atécnica e repetitiva linguagem — a adequação dos “subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias” aos limites que ela mesma (EC/19) instituiu, “não se admitindo excesso a qualquer título”. Além de veicular sesquipedal inconstitucionalidade, exatamente porque desavisadamente pretende — como se norma constitucional originariamente posta, fosse — ter a mesma força desconstituente desta (desconsiderando os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e as coisas julgadas que lhe tenham sido anteriores), traduz uma impossibilidade lógico-temporal: a de retornar ao passado, como se existisse desde a promulgação da Constituição mesma.

## A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PENSAMENTO RACIONALISTA

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ

Mestre em Direito Constitucional

Procurador do Município de Fortaleza

Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza

### 1. O PANORAMA POLÍTICO-JURÍDICO.

A partir do século XV, o pensamento político-jurídico europeu passou por profundas transformações. O *ius commune* já se encontrava numa posição de conflito e subsidiariedade para com o *ius proprium* de cada reino e passou por um processo de adaptação e regionalização internas em função da vontade de cada príncipe ou monarca e, além disso, segundo exigências de ordem social, política e econômica.

Este processo foi consequência direta de uma idéia que se desenvolvia desde o fim da Idade Média: a afirmação de um direito que encontrava fundamento apenas na ordem interna de cada reino, rompendo com o universalismo medieval; o que evoluiu até uma completa racionalização do sistema jurídico, entendida como tal o processo de simplificação e unificação de cada direito local e a recondução a uma única autoridade dos processos de produção e aplicação do direito (Cavanna, 1982:297).

Os pressupostos dessa radical mudança da mundividência dos séculos anteriores radicam na paulatina, porém inevitável, perda do poder político da Igreja desde o final da Idade Média: de um lado, perderia o seu domínio espiritual sobre a cristandade, como resultado do movimento da Reforma protestante e, de outro, o processo de secularização, que começa a generalizar-se a partir do Renascimento, fez com que fosse cada vez menor a autoridade eclesiástica para exercer influência sobre as autoridades temporais.

Nelson Saldanha(1993) mostra que o processo de secularização ocorrido no Renascimento correspondeu à passagem do Verbo sagrado à palavra laicizada, de uma verdade teológica a uma verdade racional: a razão, agora, se sustentava por si própria e não em elementos que lhe fossem exteriores - de fato, foi dentro desse processo que surgiram, por exemplo, o racionalismo de Descartes e o empirismo de Bacon.

A reforma protestante também exerceu considerável influência no processo de afirmação do Estado moderno. O pensamento de Lutero possuiu reflexos de grande importância no âmbito da política, porque defendia a necessidade de se encontrar outros fundamentos, que não aqueles dogmatizados pela Igreja, para a justificação do poder das autoridades temporais.

Numa de suas investidas, repudiou a idéia segundo a qual a igreja podia exercer jurisdição e, por isso, não possuía autoridade para regular a vida *in temporalibus*: toda pretensão eclesiástica em exercer jurisdição nos assuntos terrenos em decorrência de seu ofício representa uma usurpação do poder das autoridades temporais. Suprimia, dessa maneira, a coexistência dos "dois gládios" e os reduzia a um: o do monarca.

Assim, mais do que uma total ruptura com a ordem precedente, a secularização cultural acentuou o elemento "mudança" que a nova etapa da Humanidade estava a impor. Isto significa que não houve uma desapareição completa do componente teológico nas relações políticas e sociais, mas tão somente que ele, embora no segundo plano, permanecia com uma "nova roupagem", ao mesmo tempo em que se consolidava o pensamento secularizado, racionalizado (Saldanha, 1993:52).

A nova mundividência que anunciava a "superação" das estruturas medievais necessitava de novas teorias, de um novo pensar. Isso implicava, portanto, o reexame do *ethos* social anterior e dos valores nos quais se justificava o poder: *buscava-se um novo "modelo" de convivência social e dominação política* (Saldanha, 1992:194).

Com a quebra das estruturas medievais, a necessidade de certeza nas relações sociais teve de ser buscada em outros postulados inquestionáveis. E o homem só conseguiria alcançar tal desiderato voltando-se para si próprio, buscando em seu próprio pensamento e em seu instinto a fonte da infalível certeza na qual toda verdade encontra sua medida e seu fundamento.

O *cogito* cartesiano se converte, dessa forma, no fundamento da filosofia primeira, de caráter universal, pois somente através dela é possível discernir o que é real e verdadeiro. O homem se converte, pois, no centro de todo o universo.

No âmbito da filosofia política estes postulados foram transmitidos para a correlativa inferência do Estado a partir do indivíduo abstrato, artífice de sua própria sociedade e dono do seu próprio destino. O Estado, como

conseqüência dos novos postulados, existe para garantir o livre desenvolvimento dos interesses individuais e garantir a paz necessária. Embora encontre seu fundamento na razão, em leis naturais inerentes à própria natureza humana, esta racionalidade assume no plano político-jurídico um caráter essencialmente instrumental com respeito aos interesses individuais.

Toda a vida social, naqueles tempos, se desenvolvia necessariamente no Estado, instância única e irrecorrível de existência e exercício do poder. O Direito, da mesma forma, não mais possuía origem difusa e, reduzido à forma escrita, era produzido e garantido por quem exercia a autoridade - já se antecipava, por essa época, sua dimensão legalista. Ao mesmo tempo, o racionalismo se desenvolvia ao lado da *perda dos fundamentos transcendentais das estruturas sociais e políticas*, as quais, racionalizadas, passaram a se fundamentar em si próprias, isto é, na própria forma que assumiam (Saldanha, 1992:198).

O Estado moderno, que surgiu por volta do século XVI, radica, pois, numa lenta agregação de acontecimentos históricos e sociais e de fatores políticos e ideológicos. A desapareição das estruturas feudais e estamentais pode ser concebida como o marco inicial desse processo de "concentração-centralização" permeado em suas origens pela convergência nacional das forças políticas que desencadearam a sua vertente absolutista (Saldanha, 1987:6).

Logo no início do século XVI ocorreu a Reforma Protestante, que abalou profundamente algumas dos principais dogmas do pensamento medieval. Um de seus principais resultados foi o rompimento da unidade cristã - a *Respublica Christiana* universal -, substituída que foi rapidamente pela aceitação do ideal de *um mundo dividido em vários agrupamentos políticos independentes e separados* - efervescente desde a época das querelas entre os reinos europeus e o Sacro Império -, uma vez *rompida a unidade de crença religiosa e o sentimento de filiação a uma só e comum Igreja* (cf. Field, 1959:44-45).

No período estamental as "unidades político-territoriais" apresentavam grandes fissuras internas, em virtude dos conflitos - explícitos ou não - entre os reis e os nobres. Com o passar dos anos, as relações internacionais favoreceriam um fortalecimento da unidade interna e do sentimento "patriótico" nacional.

Com efeito, todas estas unidades viviam num permanente estado de alerta, em virtude das guerras religiosas ou das pretensões expansionistas

dos vários monarcas; a menor falha de uma poderia gerar a possibilidade de sua dominação por outra. Era necessário, portanto, tornar mais "nacional" (suprimindo o universalismo medieval), unificado, sistemático e rigoroso o domínio interno; em suma: planificado, racional e eficaz (Poggi, 1978:96).

Em torno - ou ao lado - dessa determinante política, se agregaram outros fatores: a) a afirmação do conceito de "soberania" (a anterior *iurisdictio* medieval); b) a supressão do paralelismo das forças políticas, que impediam a centralização do poder; c) a uniformização do direito, que agora passava a ser escrito por excelência (a tendência a redigir por escrito os costumes) e d) a supressão dos "direitos particulares" dos estamentos (Saldanha, 1983:111; 1987:16).

Ao mesmo tempo, a sociedade já apresentava traços que a diferenciavam da anterior, com o crescimento da vida urbana e do modo de produção capitalista. Nessa sociedade, paralelamente aos fatores acima apontados, se desenvolviam paralelamente dois processos que iriam romper com as tradições medievais: a secularização cultural e a reforma protestante.

Todos esses processos de alteração qualitativa das estruturas políticas vigentes construíram o perfil do regime absolutista: a) o monopólio "intrinsecamente legítimo" do uso do poder e da produção do direito por um só centro soberano e originário (no sentido weberiano) e b) a substituição da ordem jurídica costumeira por outra, escrita e racionalmente estabelecida (Saldanha, 1987:17; García-Pelayo, 1991b).

Numa só palavra: o Estado moderno já nasceu com o monopólio do "estatuir" e do "garantir" a vigência de uma ordem jurídica que disciplina as relações sociais, através de uma intensa centralização política, além de uma unificação jurídica. O que sofrerá modificações, com o passar dos anos, será precisamente a *intensidade* desse monopólio ou, o que é o mesmo, o grau de auto-limitação do poder estatal pelo Direito que ele próprio produz - o que representa nada mais nada menos do que o trânsito do Estado absolutista para o Estado Constitucional.

## 2. A MODIFICAÇÃO DO PARADIGMA HERMENÊUTICO NA CIÊNCIA, NA TEORIA POLÍTICA E NA TEORIA JURÍDICA.

### 2.1. O HUMANISMO.

A partir do século XV - com algumas antecipações desde a segunda metade da centúria anterior - e, principalmente, no século XVI, as concepções e os métodos próprios do pensamento medieval foram sendo questionados pelo movimento humanista que, em função de uma nova imagem do homem e do mundo, defendeu um retorno direto e imediato à literatura e à arte da antiguidade clássica. Era inevitável, portanto, um choque com as idéias anteriores acerca da ciência, ciência do Direito, teologia e filosofia (Wieacker, 1980:88).

O humanismo, em si próprio considerado, não foi uma filosofia (ou uma filosofia político-jurídica), mas um *programa pedagógico* que buscava um regresso cultural independente e livre às fontes clássicas, sem quaisquer recursos à mediação da *auctoritas* medieval, como forma de propiciar o acesso aos estudos literários e despertar nos alunos o interesse pelo conhecimento das Idéias - no sentido platônico - e orientá-los epistemologicamente do particular para o geral (cf. Wieacker, 1980:90-91; Kristeller, 16-17). Nas palavras de Roberto Rossi (1996:89):

*"Como já vimos, o período medieval ligou-se aos clássicos, mas, conforme muitos críticos, de modo anti-histórico, ou seja, fazendo do passado a confirmação ou o apoio de suas teses ou a razoabilidade mesma das verdades de fé. Prevaleceram, pois, interesses éticos e religiosos, não históricos e estéticos.*

Ora, o que distingue a época humanista é a tendência a restituir os textos clássicos à sua dimensão histórica, à sua linguagem original sem forçar sua utilização pelos contemporâneos.

O que se quer, pois, é reencontrar a estrutura histórica autêntica, expurgando-a das interpretações e alterações posteriores. Nesse tempo, uma das disciplinas florescentes é a filologia, impulsionada por motivação de finalidades estéticas, mas desenvolveram-se também os interesses éticos, políticos, cívicos e históricos. Embora a sensibilidade religiosa se mantivesse viva, a cultural ganha autonomia em relação a objetos exclusivamente teológicos, visando antes a uma vida socialmente forte, politicamente ativa, educada e plasmada por valores

clássicos, com a constante recuperação de fontes e documentos originais.

*Nasce, pois, um novo conceito de humanitas, pelo qual o homem readquire valor e consciência de si próprio e do seu passado, conferindo, então, à língua e à literatura a função precisa de abrir uma nova era".*

Por outro lado, a perda da referência metafísica e universal, própria da escolástica, trouxe como conseqüência uma hipertrofia da dimensão individual, do potencial intelectual do indivíduo e o interesse histórico pelos acontecimentos sociais e políticos próprios de cada região. Em suma, ao contrário da Idade Média, a cultura humanista era uma cultura laicizada, voltada para as realidades e os valores temporais (Rossi, 1996:91-92).

Por outro lado, uma vez dissociadas razão e fé no âmbito epistemológico, uma das características mais marcantes do Humanismo e do Renascimento foi o interesse pela natureza e pela posição do homem dentro dela, o qual, superando uma posição meramente contemplativa passou a exercer um papel ativo, tanto na filosofia como na ciência.

Após a contribuição de Descartes e Galileu, que construíram uma imagem matematizada e fisicalista do mundo, a natureza se tornou uma referência privilegiada para a ética, a política, a filosofia e a teologia; a *ratio* humana, por sua vez, agora preocupada em tudo conhecer, se tornou o fundamento da organização do mundo (cf. Rossi, 1996:100-101).

No âmbito da ciência do Direito, os reflexos do movimento humanista foram de grande profundidade, vez que o recurso aos modelos ciceronianos, por exemplo, serviu de incentivo para a tendência, sempre crescente, de organizar de forma *sistemática* a matéria jurídica numa *Ars*, vale dizer, "num saber material metodicamente ordenado". Em suma:

*"As fontes puras em vez da tradição, o conhecimento das idéias em vez da comprovação das autoridades por meios lógicos, o sistema em vez da exegese; é nestas exigências que ecoa, já pela primeira vez, a viragem da ciência jurídica no sentido do historicismo, do idealismo racionalista, da sistematicidade interna e construção dos conceitos gerais e, finalmente, do << neo-humanismo >> da Escola Histórica do Direito" (cf. Wieacker, 1980:92).*

## 2.2. A RACIONALIZAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO.

Após a "crise" das estruturas medievais, principalmente por obra da Reforma e da secularização da cultura (entendida na mais ampla acepção do termo), o humanismo forneceu os fundamentos para que a autoridade do Direito romano fosse colocada em xeque e para que, uma vez refinadas as investigações filológicas, o ensino do Direito passasse a ter novos rumos.

Além disso, viu-se que as constantes situações de beligerância, seja por motivos políticos, seja por motivos religiosos (ou talvez os dois ao mesmo tempo, considerando que eram conceitos de mútua implicação) tornavam manifestamente instável e perigosa a convivência social.

Diante de um quadro tão delicado, que se refletia na ausência de uma ordem social segura, todos quantos se dedicaram ao "pensar" e "refletir" acerca da sociedade e do exercício da autoridade se encontraram na contingência de recorrer diretamente à razão para propor novas formas de convivência segura - condicionados obviamente pelos novos paradigmas hermenêuticos.

Do ponto de vista *metodológico*, demonstra F. Wieacker (1980:285-287):

*"... a construção sistemática da experiência científica apenas se consumou através do estrito raciocínio dedutivo que, progredindo a partir dos axiomas, se justificou e orientou constantemente pela observação empírica (da natureza externa, da sociedade humana, da alma humana). (...) De fato, a redução a relações que podem ser expressas em números constitui a condição de formulação de leis válidas em geral, uma vez que só a medida permite a comparação de acontecimentos que se repetem inalteradamente. (...) A experimentação sobre esta natureza visa a averiguação de leis naturais de tipo particular, a partir das quais se possam deduzir leis mais gerais e, finalmente, axiomas. É através deste progredir em direções a formulações cada vez mais gerais que se formam os sistemas fechados desta época - a imagem fisicalista da natureza de Newton (*Philosophia naturalis principia mathematica*, 1687), a e *Ethica more geometrico demonstrata* de Espinoza e, com uma importância não menor, os sistemas jurracionalistas".*

Assim, a pretendida racionalidade da natureza, a qual se desenvolve sob o signo do determinismo, se projeta como modelo para a convivência humana: todas as instituições políticas e jurídicas se estruturam segundo a ordem natural; da mesma maneira que a natureza obedece à lei da gravidade, por exemplo, as associações humanas são regidas por uma série de "leis naturais", imutáveis da mesma forma que as leis da física ou da matemática.

Nas palavras de Manoel Calvo García (1994:33), os fundamentos político-ideológicos da racionalização do Direito residem na necessidade a) de uma ordem jurídica *universalmente válida*, com fundamento na qual pudesse ter início o fim das guerras religiosas e b) de que essa ordem jurídica fosse *clara e perfeita - racional*, enfim -, de tal maneira que contribuísse para instituir uma ordem social segura e tornasse possível obter previamente as soluções para as disputas jurídicas, eliminando quaisquer riscos de imprevisão.

Por outro lado, os próprios pressupostos epistemológicos do racionalismo contribuíram para que a ciência jurídica também fosse renovada, haja vista que buscava a) encontrar um fundamento racional que servisse de base para a construção de um direito universalmente válido e sistematicamente perfeito, de forma que as soluções jurídicas, necessariamente previsíveis, fossem obtidas a partir de meras deduções axiomáticas (cf. Calvo García, 1994:33).

Não era de se estranhar, portanto, que estes novos paradigmas fossem diretamente de encontro aos métodos escolásticos medievais. O Direito não mais era concebido como algo já existente, que devesse apenas ser descoberto ou revelado; ao contrário, a renovação racionalista propugnava um Direito criado, de caráter racional e universal. Em outras palavras, o Direito deixou de ser algo imanente às relações sociais e passou a ser um Direito posto, vale dizer, que emana da vontade soberana criadora (cf. Calvo García, 1994:33).

Esse fator influenciaria sobremaneira o método hermenêutico, pois a entrada em cena de um legislador soberano em substituição a uma compilação a-histórica, como era o *Corpus Iuris Civilis*, aliada aos novos fundamentos metodológicos, iria desaguar na crença do Direito como um todo orgânico, lógico e sistemático redutível a um único centro produtor.

Os efeitos dessa nova postura na hermenêutica foram, portanto, bastante sensíveis. Os estudos de filologia, agora no auge, impeliam o

intérprete a não prescindir das palavras do texto legal e analisá-lo sob uma perspectiva histórica. Por outro lado, a nova lógica jurídica levava a identificar no "sistema" o âmbito no qual, para além da mera literalidade, era possível descobrir metodológica e objetivamente o significado da lei - cf. Calvo García, 1994:35-38.

A interpretação do Direito se transformou, diante dessas considerações, numa série de deduções *more geometrico*, a partir de pressupostos hipoteticamente necessários, percebidos de maneira imediata pelo intérprete. Depositário único das soluções para todos os problemas jurídicos, esse Direito natural racionalista atingiria posteriormente o seu momento culminante com a afirmação dos princípios políticos e jurídicos da Revolução Francesa, época na qual a lei se identificava com a *volonté générale* e nela estava contido todo o Direito.

O surgimento das teorias acerca da justificação do Estado absolutista, nestas incluída a idéia do Direito como algo posto pela vontade do soberano - *is not wisdom but authority that makes Law*, dizia Hobbes - levaria com o passar dos tempos à completa hipertrofia e estatalização da lei, através da redução da esfera da juridicidade à da legalidade. A complexidade crescente das relações sociais, exigia cada vez mais uma racionalidade e sistematicidade internas e intrínsecas para a correta aplicação do Direito.

A classe do doutor medieval perdeu sua autoridade reveladora e passou a ser uma classe burocrática, essencialmente profissionalizada, cujo trabalho prático não passaria do âmbito da mera cientificidade, da mera dedução de um Direito criado para sua aplicação ao caso concreto - diria Montesquieu que o juiz não passa de mera "boca da lei", que não pode lhe moderar a força nem o rigor (após o iluminismo revolucionário, cresceria a complexidade da ordem jurídica, fato que, no auge do legalismo, iria influenciar o movimento das codificações).

Em suma, a nova hermenêutica racionalista, construída segundo o modelo matemático-geométrico, tornou possível a ruptura com os paradigmas autoritários da Idade Média e passou a basear-se não na *auctoritas* do jurista, mas na *certeza do método*: eliminado qualquer obstáculo lógico, o sentido objetivo da lei poderia ser imediatamente deduzido do seu teor literal, vez que a solução para o caso concreto já se encontrava dogmática e previamente fornecida. De inteira pertinência, pois, as conclusões de Manoel Calvo García (1994:40, 43-44):



"A origem dos postulados de coerência e plenitude do ordenamento jurídico deve ser procurada, precisamente, na noção de sistema desenvolvida pelos filósofos juristas e juristas filósofos do racionalismo. Sob o ponto de vista da coerência do ordenamento jurídico, já não é somente que, pelo fato de proceder de uma mesma vontade racional, se deva pressupor que as determinações legais devam ser coerentes e perfeitas. Agora, as novas concepções do racionalismo abrem passagem para a interpretação conjectural e sistemática. No que se refere ao postulado da plenitude do ordenamento jurídico, as novas concepções permitem supor que toda decisão jurídica pode consistir na aplicação de um preceito geral e abstrato a um fato concreto. Mais ainda: se presume, ademais, que o método racionalista permitirá simplificar consideravelmente o número de preceitos necessários para a resolução de qualquer conflito hipotético que se possa colocar. Trata-se de uma nova perspectiva que antecipa, já de forma decidida, a ideologia da codificação. O desenvolvimento de uma nova axiomática conceitual, perfilhada como consequência do método geométrico, conduz a uma nova forma de colocar os problemas: a construção de um sistema conceitual simplificado que permite, primeiro, expor sucintamente o conteúdo do Direito e, segundo, abrir possibilidades ilimitadas para resolver qualquer caso hipotético que pudesse apresentar-se com um reduzido número de axiomas de caráter abstrato".

É de se destacar, no entanto, que a jurisprudência racionalista, apesar das profundas mudanças, ainda mantinha certas semelhanças com a dogmática medieval. Embora o eixo de autoridade tenha sido deslocado do jurista para o método, o qual gerava uma solução racional e necessária para os casos jurídicos, ainda assim o desejo de sistematicidade já era manifesto desde a época da Escola de Bolonha; ademais disso, viu-se que ainda permanecia o entendimento da lei como algo superior, à qual devia estar o intérprete submisso, buscando sempre *um sentido objetivo ou mesmo uma vontade racional nela contida*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAVANNA, Adriano (1982). Storia del Diritto Moderno in Europa, Vol. I - Le Fonti e Il Pensiero Giuridico, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 709p.
- FIELD, Guy Cromwell (1959). Teoria Política, tradução de Giasone Rebuá, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 299p.
- GARCÍA - PELAYO, Manuel (1991). La Idea Medieval de Derecho, in Obras Completas, Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2078p (primeiro em: "Del Mito y de la Razón en la História", Madrid: Revista del Occidente, 1968).
- GARCÍA - PELAYO, Manuel (1991a). Sobre la Sacralización del Estado, in Obras Completas, Tomo III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3379p. (primeiro em: "Laicado", Madrid, núm. 65, pp. 9-23, 1984).
- GARCÍA - PELAYO, Manuel (1991b). Estado, in Obras Completas, Tomo III, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3379p. (primeiro em: "Diccionario del Sistema Político Español", ed. J.J. González Encinar, Madrid, pp. 241-259, 1984).
- GARCÍA, Manuel Calvo (1994). Los Fundamentos del Método Jurídico. Una Revisión Crítica, Madrid: Editorial Tecnos, S.S., 299p.
- POGGI, Gianfranco (1978). La Vicenda dello Stato Moderno, Bologna: Società Editrice Il Mulino, 218p.
- ROSSI, Roberto (1996). Introdução à Filosofia. História e sistemas, tradução de Aldo Vañnucchi, São Paulo: Edições Loyola, 335p.
- SALDANHA, Nelson (1983). Legalismo e Ciência do Direito, São Paulo: Editora Atlas S.A., 149p.

- SALDANHA, Nelson (1983). Formação da Teoria Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 203p.
- SALDANHA, Nelson (1987). O Estado Moderno e a Separação de Poderes, São Paulo: Saraiva, 124p.
- SALDANHA, Nelson (1992). Ordem e Hermenêutica, Rio de Janeiro: Renovar, 311p.
- SALDANHA, Nelson (1993). Da Teologia à Metodologia - Secularização e Crise no Pensamento Jurídico, Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 133p.
- WIEACKER, Franz (1980). História do Direito Privado Moderno, tradução de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 768p.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS<sup>(1)</sup>

EVANNA SOARES

<sup>(1)</sup> Trabalho de conclusão da disciplina Seminário III (Direito Público), Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Ciências Políticas, Jurídicas e Econômicas, Universidade do Museu Social Argentino. Prof. Dr. Gerardo Ancarola.

<sup>(2)</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA); membro do Ministério Público da União/Ministério Público do Trabalho - Procuradora Regional do Trabalho-Piauí, Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região.

### SUMÁRIO

#### 1 INTRODUÇÃO.

#### 2 VISÃO HISTÓRICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.

2.1 Os Direitos Humanos na antiguidade.

2.2 O Direito Natural como fonte dos Direitos Humanos.

2.3 A corrente positivista.

2.4 A tese realista.

2.5 Antecedentes.

2.5.1 Magna Carta de 1215.

2.5.2 Ato de "Habeas-Corpus" de 1679.

2.5.3 "Bill of Rights" de 1688.

2.5.4 Foros e Cartas de franquias medievais.

2.6 O movimento constitucionalista e as Declarações de Direitos.

2.6.1 Declarações Americanas de Direitos no Século XVIII.

2.6.2 Declaração Francesa de 1789.

#### 3 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

3.1 Os níveis de positivação constitucional: legislativo, executivo e judicial.

3.2 A importância da constitucionalização dos Direitos Humanos.

3.3 A positivação internacional.

3.4 O valor da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

3.5 Pacto de São José da Costa Rica.

3.6 Os Direitos Humanos nas Constituições dos Países do Mercosul.

3.7 "Evolução" dos Direitos Fundamentais: as gerações de Direitos.

#### 4 PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO E EXEQUIBILIDADE.

#### 5 CONCLUSÃO.

#### 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão *direitos humanos*, como ressalta Antonio Enrique PÉREZ LUÑO<sup>1</sup>, é ambígua, o que dificulta a compreensão do cidadão médio, posto que, em princípio, ela se explica por si mesma, dispensando, para sua conceituação, outras palavras, considerada a evidência de que cada pessoa dispõe de direitos próprios.

Quando se procura definir os *direitos humanos* ou *direitos do homem*, constata-se que isso vem sendo feito de modo vago e insatisfatório, ainda mais quando se busca para eles um fundamento absoluto, único - como enfatiza Norberto BOBBIO<sup>2</sup> - levando a definições *tautológicas* ("direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem"), as quais não indicam qualquer elemento que os caracterize; ou *formais*, desprovidas de conteúdo e meramente portadoras do estatuto proposto para esses direitos ("direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado"); ou, ainda, a definições *teleológicas*, que, embora tragam alguma menção ao conteúdo, pecam pela introdução de termos avaliativos, ao sabor da ideologia do intérprete, como "direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.". Então, segundo BOBBIO, esses direitos de noção imprecisa somente encontrarão nitidez e êxito se forem considerados seus "vários fundamentos possíveis", escorados no "estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado", em cada caso concreto<sup>3</sup>.

Inspirado na afirmação de que os direitos humanos se voltam contra a onipotência do poder, conforme a função política expressa na Declaração de Direitos de Virgínia (1776), PÉREZ LUÑO explica que tais direitos são "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 21.

<sup>2</sup>*A Era dos Direitos*, p. 17.

<sup>3</sup>Ob. cit., p. 24.

É relevante, quando do estudo dos direitos humanos e o processo de sua positivação, notadamente em nível constitucional, examinar-se, também, o sentido das expressões afins: *direitos fundamentais*, *direitos subjetivos*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos individuais* e *liberdades públicas*, delimitando o alcance de cada uma, visto que, não raramente, por equívoco, são empregadas como sinônimos.

Por *direitos fundamentais* - expressão surgida na França ("*droits fondamentaux*") por ocasião do movimento político-cultural que redundou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) - entende a maioria da doutrina, segundo PÉREZ LUÑO, que são os direitos humanos positivados nas Constituições dos Estados. Embora não seja muito clara a distinção entre as duas fórmulas, existe a tendência de denominar *direitos fundamentais* os direitos humanos inseridos no direito positivo interno, e de utilizar *direitos humanos* para as declarações e convenções internacionais<sup>5</sup>.

Outra expressão cuja noção muito se aproxima de direitos humanos são os *direitos subjetivos*. Representam, no entanto, a proteção jurídica às *prerrogativas* ou vantagens deferidas ou acrescidas ao patrimônio dos particulares, por lei ou contrato, considerado o princípio da autonomia da vontade, que podem ser objeto de expressa renúncia. Como exemplo os direitos reais estabelecidos diretamente pela lei (usufruto e hipoteca legal, etc.), as marcas registradas de fábrica ou comércio, entre outros. Os *direitos subjetivos*, em suma, constituem bens incorpóreos, criados pela organização jurídica em consonância com determinadas regras de direito privado, os quais podem ser cedidos ou transmitidos à vontade do titular, além de viabilizar outras situações em seu proveito<sup>6</sup>.

Os *direitos públicos subjetivos*, por seu turno, constituem "uma tentativa de explanação sistemática dos direitos das pessoas perante as entidades públicas (e das próprias entidades públicas) ... como uma reação contra o Direito natural", pela doutrina alemã, em meados do Século XIX, traduzindo a visão positivista das normas de direito público que condicionam e amarram tais direitos, desaconselhada, entretanto, sua utilização como sinônimo de *direitos fundamentais*, eis que cuidam, propriamente, das situações ativas das pessoas diante do Estado, bem assim dos direitos dos administrados, contribuintes, litigantes, enfim, das relações de direito público interno<sup>7</sup>. Trata-se de fórmula em desuso, ultrapassada pela sistemática econômico-social atual, em que o gozo de qualquer direito fundamental necessita de uma política jurídica (e até econômica) dos poderes públicos<sup>8</sup>.

<sup>4</sup>Ob. cit., p. 48.

<sup>5</sup>Ob. cit., p. 31.

<sup>6</sup>ROUBIER, Paul - *Droits Subjectives et Situations Juridiques*, p. 22-26.

<sup>7</sup>MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 53-55.

<sup>8</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 34.

Outra expressão que se acha fora de uso é *direitos individuais* - correspondentes às liberdades civis ou direitos civis dos anglo-saxões - embora tenha sido empregada como sinônimo de *direitos humanos*, no passado, quando considerados no sentido eminentemente das prestações negativas do Estado (não ingerência estatal). Não se afina com as exigências sociais contemporâneas, como arremata PÉREZ LUÑO, recordando a lição de Pablo Lucas VERDÚ<sup>9</sup>.

Quanto às *liberdades públicas* ("*libertés publiques*") - expressão francesa surgida no final do Século XVIII - são fruto da limitação do Estado, reconhecendo-se aos indivíduos um campo de atuação privada - uma zona de domínio impenetrável pelo Estado. A essa concepção tradicional combina-se, atualmente, a idéia de tolerar, em determinadas circunstâncias, a intervenção estatal, desde que benéfica aos indivíduos<sup>10</sup>. Mas não se confundem, essas liberdades públicas, com os *direitos humanos* porque não abrangem os *direitos humanos* sociais<sup>11</sup>.

Os direitos humanos, fruto do liberalismo e das idéias iluministas, acham-se intimamente ligados ao moderno Estado de Direito, como proteção do homem diante do Estado, e, a partir do Século XVIII, apresentam-se como elemento de inspiração e medida de todas as instituições político-jurídicas. O movimento constitucionalista deflagrado com a Declaração de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembléia Nacional da França em 1789 deu início ao processo de constitucionalização dos direitos humanos, a ponto de a Constituição da França de 1791 - traduzindo o novo conceito de Estado encarnado pela Revolução Francesa que "fez triunfar, como conquista da humanidade, a soberania popular e o reconhecimento dos direitos do homem"<sup>12</sup> - reconhecer que somente a sociedade que assegurar os direitos do homem e determinar a separação de poderes é que possuirá Constituição (artigo 16)<sup>13</sup>.

Influenciadas por essas idéias, as Constituições, notadamente as dos Estados democráticos ocidentais, passaram a consagrar os direitos humanos, seguindo as necessidades e os momentos históricos e políticos de cada povo. Além da positivação interna, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 1948, esses direitos vêm sendo reconhecidos por declarações e convenções internacionais.

As necessidades de cada sociedade ao longo do tempo têm demandado o reconhecimento de novas categorias de direitos humanos. A

<sup>9</sup>Ob. cit., p. 35.

<sup>10</sup>DUVERGER, Maurice - *Droit Public*, p. 181.

<sup>11</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 37.

<sup>12</sup>OMMATI, Fides Angélica de C. V. Mendes - *Estudos sobre a Constituição...*, p. 16.

<sup>13</sup>Id., ib., p. 47.

exigência da primeira geração desses direitos quanto às prestações negativas ou um não-agir estatal (direitos de liberdade) foi seguida pela necessidade de uma ação positiva do Estado (direitos sociais - a segunda geração), verificando-se que, como ressalta BOBBIO<sup>14</sup>, munidos de tais direitos os particulares ora visam a obstar os malefícios causados pelos poderes constituídos, ora a obter deles benefícios - situação que se constata também no que tange aos direitos de terceira geração (direitos de solidariedade) e a uma anunciada quarta geração de direitos (patrimônio genético).

Reconhecidos e positivados os direitos humanos pelo Estado, outro desafio lhes tem sido apresentado, mormente no que se refere aos direitos que demandam prestações positivas dos poderes públicos, como os direitos sociais - em que a maior parte não saiu do papel, apesar de exuberantemente proclamados em todas as declarações nacionais<sup>15</sup> - para que sejam efetivamente garantidos e realizados.

O presente estudo ingressa, assim, considerada a necessidade de positivação dos direitos humanos, nos aspectos da declaração e da consagração constitucional, para que possam ser exigidas pelo homem as prestações do Estado, na busca da efetiva garantia e realização daqueles direitos.

## 2 VISÃO HISTÓRICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 OS DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE

Ressalta Jorge MIRANDA que "somente há direitos fundamentais ... quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem"<sup>16</sup>. Então, os direitos das pessoas devem ser examinados ao longo dos períodos de formação, aproveitando a fórmula de Benjamin CONSTANT, que distingue a *liberdade dos antigos* da *liberdade dos modernos*, de sorte que, no primeiro caso, a liberdade se concretizava mediante a influência na vida da cidade, e, no segundo, o que se coloca como prioridade é a "realização da vida pessoal"<sup>17</sup>.

Na Grécia e Roma antigas o indivíduo não era considerado autonomamente, sobressaindo-se o sentimento de coletividade. Assim, em princípio, não se vê compatibilidade entre o reconhecimento de direitos do homem frente aos governantes<sup>18</sup>, a não ser uma liberdade incipiente, inconsciente, especial, verificada quando o indivíduo participava das

<sup>14</sup>Ob. cit., p. 6.

<sup>15</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 9.

<sup>16</sup>Ob. cit., p. 12.

<sup>17</sup>Ob. cit., p.13-14.

<sup>18</sup>BONAVIDES, Paulo - *Do Estado Liberal...*, p. 153.

tumultuadas assembléias realizadas pela coletividade<sup>19</sup>.

Adverte J. J. Gomes CANOTILHO<sup>20</sup>, porém, que "a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à idéia de direitos fundamentais", observando que os sofistas, considerando a natureza comum biológica dos homens, aproximaram-se do sentido da igualdade natural e de humanidade, tendo o pensamento estoíco dado relevo ao princípio da igualdade, vislumbrando-se aí a "idéia de universalização ou planetarização dos direitos do homem".

## 2.2 O DIREITO NATURAL COMO FONTE DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina dos direitos humanos, tal como concebida pelos iluministas e consagrada nas Declarações de Direito da América e da França, é fruto da filosofia jusnaturalista. Então, tais direitos essenciais (vida, sobrevivência, propriedade e algumas liberdades negativas) existem e pertencem ao homem por força da natureza, sem intervenção do Estado<sup>21</sup>. Assim, esses direitos chegam ao homem independente de criação ou de legislação, derivando apenas da natureza humana - como lembra Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO<sup>22</sup>, citando GRÓCIO - e o seu mais remoto ancestral é encontrado nas palavras de SÓFOCLES, através de *Antígona* ("estas leis não são de hoje, nem de ontem, vivem eternamente e ninguém sabe a que passado pertencem"), ou seja, um *direito superior* dado aos homens pelos deuses<sup>23</sup>.

Salvador Maria LOZADA bem exprime a doutrina do direito natural como fonte dos direitos humanos, ao asseverar que "todo ser humano tem o direito natural ao devido respeito a sua pessoa, à boa reputação, à liberdade para buscar a verdade e, dentro dos limites da ordem moral e do bem comum, para manifestar e defender suas idéias, para cultivar qualquer arte e, finalmente, para ter uma objetiva informação dos sucessos públicos". Desse direito oriundo da própria natureza humana nascem outros, como o de participar dos bens da cultura, representado pelo direito à instrução fundamental. Alinha, ainda, outros direitos recebidos pelo homem da natureza, tais os direitos de professar religião, de escolher estado e formar família, arrematando que os direitos naturais são indestrutíveis e inseparáveis de seu detentor, correspondendo a cada direito um dever, como exemplo, para o direito à existência existe a obrigação de conservar a vida, posto que

<sup>19</sup>Id., lb., p. 160.

<sup>20</sup>Direito Constitucional, p. 501-502.

<sup>21</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 73.

<sup>22</sup>Direitos Humanos Fundamentais, p.10.

<sup>23</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - Ob. cit., p. 9.

é a força moral da lei natural quem alimenta os direitos fundamentais<sup>24</sup>.

No Brasil, defende a origem jusnaturalista dos direitos humanos, entre outros, Inezil PENNA MARINHO, que formulou, inspirado na doutrina de BELIME e CONSENTINI, os pressupostos naturais do que denomina uma *Sociedade Justa*: pressupostos naturais do homem, como *ser individual*, os direitos à vida, à liberdade, à alimentação e à habitação; como *ser social*, os direitos à educação, ao trabalho e lazer, à eleição e à segurança. Por sua vez, os pressupostos naturais do meio ambiente consubstanciam-se na ecologia terráquea (equilíbrio interno) e na ecologia universal (equilíbrio cósmico)<sup>25</sup>.

## 2.3 A CORRENTE POSITIVISTA

Os positivistas, no entanto, não aceitam o direito natural como fonte dos direitos humanos, mesmo porque apontam diversos fundamentos para esses direitos<sup>26</sup>. De acordo com essa linha de pensamento, os direitos do homem concebidos como dádiva da natureza, sem positivação, não saem do plano metafísico, o que é inaceitável. Conforme BENTHAM, citado por PÉREZ LUÑO<sup>27</sup>, "onde não existem leis positivas nem Estado não há nenhum direito". Os direitos do homem, sem que se achem positivados, não reúnem condições para ser cobrados do Estado, mesmo porque não reconhecidos por ele, e, em sendo assim, não são direitos, mas apenas declarações de caráter moral, sem força coercitiva, inexigíveis.

É o positivismo jurídico o responsável pela fundamentação do processo de positivação dos direitos humanos, e PÉREZ LUÑO, mencionando interessante estudo de MÜLLER, realça que esse processo não encarna meramente uma declaração do direito natural, ratificando seus postulados. Na verdade, é através da positivação que se constitui e se dá vida a um conjunto de normas jurídicas no ordenamento<sup>28</sup>.

## 2.4 A TESE REALISTA

Para a doutrina realista - assim denominada por PÉREZ LUÑO<sup>29</sup> - o processo de positivação não tem significado declarativo de direitos pre-existentes, como defendem os jusnaturalistas, nem constitutivo, como entendem os positivistas. Esse processo supõe um requisito a mais e tem

<sup>24</sup>Instituciones de Derecho Público, p. 315-316.

<sup>25</sup>Contribuição do Direito Natural para a Declaração..., p. 19.

<sup>26</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 30.

<sup>27</sup>Ob. cit., p. 56.

<sup>28</sup>Ob. cit., p. 59.

<sup>29</sup>Ob. cit., p. 59.

em conta a efetivação e o gozo desses direitos. Então, a positivação não é um fim, mas sim uma condição para o desenvolvimento das vias de proteção dos direitos fundamentais - o que verdadeiramente define seu conteúdo.

Aqui não se admite que os direitos humanos fiquem no plano da abstração, nem que se resumam a meras fórmulas desprovidas de conteúdo, de sorte que não apenas no direito positivo se devem buscar tais direitos, mas também nas "relações de poder que lhes sirvam de suporte e que obedeçam a determinadas condições sociais, econômicas e culturais", como realçado por Carl MARX, citado por PÉREZ LUÑO - evidenciada a estreita relação da tese realista com o movimento socialista<sup>30</sup>.

Nessa linha de raciocínio, BOBBIO enfatiza que "não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta"<sup>31</sup>, e que "os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas sim da civilização humana", mesmo porque "suscetíveis de transformação e de ampliação" para atender às necessidades dos indivíduos<sup>32</sup>. Assim, por exemplo, as Constituições contemporâneas proclamam o direito à *instrução*, como direito fundamental, mas ele não é visto no estado da natureza, nem se fez presente na primeira geração de direitos; as exigências da sociedade que se seguiram às doutrinas do direito natural e à proclamação das liberdades negativas é que realçaram a *instrução* como direito fundamental, a partir de uma sociedade mais evoluída. Direitos da espécie, resultado das exigências sociais, confirmam a *socialidade*, a *não-naturalidade* dos direitos humanos, merecendo não só o reconhecimento pelo direito positivo, como também a efetiva implementação que permita seu gozo, sob pena de tornarem-se meras obrigações *morais* ou *políticas*<sup>33</sup>.

## 2.5 ANTECEDENTES

### 2.5.1 MAGNA CARTA DE 1215

A Magna Carta, redigida e imposta pelos barões burgueses ingleses ao Rei João Sem Terra em 1215, ao contrário do que imaginam alguns, não constitui a primeira declaração de direitos do homem, porque desprovida do sentido original de direitos fundamentais, como evidencia Carl SCHIMITT<sup>34</sup>.

Esse estatuto, baseado em um *programa para reparação de agravos* da Carta de Henrique I, decorreu da insatisfação com o estado de anarquia

<sup>30</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique - Ob. cit., p. 59-60.

<sup>31</sup>Ob. cit., p. 8.

<sup>32</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 32.

<sup>33</sup>Id. Ib., p. 75-78.

<sup>34</sup>*Teoría de la Constitución*, p. 164.

instalado pela inabilidade e incapacidade do rei, que foi péssimo governante apesar de bom soldado, e se valia de "exações extorsivas e práticas opressivas para fazer cumprir as obrigações de arrendamentos e o confisco arbitrário e ilegal de propriedades para uso próprio"<sup>35</sup>. Contém dispositivos acerca do respeito à liberdade de ir e vir, propriedade privada, sucessão hereditária, matrimônio, viúvas, menores, créditos, penas pecuniárias, solução das questões jurídicas, serviço militar, entre outros. Em resumo, a Magna Carta, que é a base do constitucionalismo inglês, preocupa-se com o direito dos ingleses, não com os direitos do homem, e enumera as prerrogativas dos súditos, de sorte que o reconhecimento de direitos significa limitação do poder real<sup>36</sup>.

Destaca-se nela a garantia real de que ninguém seria detido, preso, exilado, despojado de seus bens, costumes e liberdades, ou punido de outro modo, senão em decorrência de julgamento de seus pares, de conformidade com as leis do país - vislumbrando-se, aqui, um dos primados do Estado de Direito, qual seja, a *judicialidade*.

Embora não seja a primeira declaração de direitos, a Magna Carta é, sem dúvida, importante antecedente histórico dos diplomas dessa natureza.

### 2.5.2 ATO DE "HABEAS-CORPUS" DE 1679

Outro instrumento que merece destaque como precursor das primeiras declarações de direitos humanos é o Ato de "*Habeas-Corpus*", nada obstante o instituto do "*Habeas-Corpus*" seja encontrado no Direito Romano ("*interdictum de libero homine exhibendo*") e na própria Magna Carta. Foi instituído no reinado de Carlos II, da Inglaterra, como "remédio judicial destinado a evitar ou a fazer cessar violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"<sup>37</sup>.

Sua relevância consiste na proteção do súdito inglês contra as prisões arbitrárias e no direito de ser ouvido por um juiz.

### 2.5.3 "BILL OF RIGHTS" DE 1688

Outro diploma importante que antecedeu as primeiras declarações de direitos humanos é o "*Bill of Rights*", promulgado pelas Câmaras e sancionado em 1688 pelo Príncipe Guilherme de Orange (mais

<sup>35</sup>POUND, Roscoe - *Liberdade e Garantias Constitucionais*, p. 17.

<sup>36</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - Ob. cit., p. 11-12.

<sup>37</sup>PENNA MARINHO, Inezil - Ob. cit., p. 22.

tarde, Rei Guilherme III), e que encerrou esse ciclo de documentos ou pactos que positivaram direitos dos ingleses. Consta de um *contrato* entre o Parlamento, na função de representante da unidade política inglesa, e o Príncipe, e contém treze preceitos contrários ao abuso do poder real, vislumbrando-se nele, como salienta Carl SCHIMITT, determinações legal-constitucionais no sentido moderno<sup>38</sup>.

#### 2.5.4 FOROS E CARTAS DE FRANQUIAS MEDIEVAIS

Não se pode esquecer de mencionar, na história da positivação dos direitos humanos mediante pactos, fora do mundo inglês, embora também não possuam natureza de declaração de direitos do homem, as *cartas de franquias e foros* em que são reconhecidos alguns direitos a quem integrasse determinado grupo ou estamento, como o direito à vida e à integridade física, o direito de não ser preso sem motivo legal, o direito à propriedade, à escolha do local para domicílio e sua inviolabilidade. Destacam-se os *Pactos* celebrados nas Cortes de Leão entre Alfonso IX e o reino (1188), e a Monarquia Castelhana-Leonesa e o Privilégio Geral outorgado por Pedro III nas Cortes de Zaragoza (1283), os quais são tidos como base legal das *liberdades* da Coroa de Aragão<sup>39</sup>.

### 2.6 O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA E AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

#### 2.6.1 DECLARAÇÕES AMERICANAS DE DIREITOS NO SÉCULO XVIII

Ao contrário desses instrumentos antigos, que representavam concessões reais ou imposições aos governantes traduzindo mera promessa de respeito a algumas normas, as Declarações de Direitos significam o próprio reconhecimento de direitos, isento de limitações no tempo ou no espaço, a todos os homens, independente da vontade do órgão governante<sup>40</sup>.

As primeiras Declarações de Direitos do homem - dando início, propriamente, à história dos direitos fundamentais, vieram no bojo do movimento constitucionalista influenciado pelas idéias iluministas - foram as Declarações efetuadas pelos Estados americanos no Século XVIII, quando se avizinhava a independência das Colônias relativamente à Inglaterra, inaugurando, assim, a era democrática (liberal) e o moderno Estado de Direito liberal-burguês<sup>41</sup>. Começou pela Declaração do Estado de Virgínia,

<sup>38</sup>Ob. cit., p. 68.

<sup>39</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique - Ob. cit., p. 111-112.

<sup>40</sup>LÓPEZ, Mario Justo - Ob. cit., p. 26.

de 12 de junho de 1776, seguindo-se as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte, no mesmo ano, Vermont (1777), Massachussets (1780) e New Hampshire (1783). Os direitos fundamentais mais importantes reconhecidos pelas Declarações Americanas, cabendo ao Estado a função de assegurá-los, foram a liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência e liberdades de consciência e religião. Tais direitos, mediante emendas, em 1791, foram incorporados à Constituição dos Estados Unidos da América, servindo de modelo para as novas constituições dos Estados<sup>42</sup>.

As Declarações de Direitos americanas têm importância não apenas cronológica no processo de positivação dos direitos humanos. Serviram de exemplo concreto para os franceses e influenciaram a elaboração da sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) - também fruto das idéias iluministas. Tiveram o "mérito de armar o indivíduo com instrumentos de garantias de seus direitos, o que não ocorre com a declaração francesa"<sup>43</sup>.

#### 2.6.2 DECLARAÇÃO FRANCESA DE 1789

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão veio para atender à reivindicação popular de que tais direitos humanos fossem reconhecidos solenemente, e, depois de estudos, projetos e amplos debates, foi aprovada pelos representantes do povo francês reunidos em Assembléia Geral em 26 de agosto de 1789.

Em seus dezessete artigos, tal qual a Declaração de Direitos de Virgínia, a Declaração Francesa apresenta *verdadeiro breviário de Constitucionalismo*<sup>44</sup>, e, considerados o "esplendor das fórmulas e da língua, a generosidade de seu universalismo ... foi preferida e copiada, ainda que freqüentemente seus direitos ficassem letra morta"<sup>45</sup>.

Os mais importantes direitos declarados pelos franceses são liberdade, propriedade, segurança e direito de resistência. Diferentemente das Declarações Americanas, que ergueram um novo Estado sobre novas bases, a Declaração Francesa tem como pressuposto o conceito de cidadão, dando continuidade a um Estado nacional, e recorda (declara), solenemente, a todos os membros da comunidade, seus direitos e deveres<sup>46</sup>, mesmo porque, consoante o pensamento iluminista que a influenciou, os direitos humanos têm fonte no direito natural, de sorte que não precisavam de ser *criados* pela Declaração, mas tão-somente lembrados.

<sup>42</sup>SCHIMITT, Carl - Ob. cit., p. 164.

<sup>43</sup>LÓPEZ, Mario Justo - Ob. cit., p. 27-28.

<sup>44</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - Ob. cit., p. 20.

<sup>45</sup>LÓPEZ, Mario Justo - Ob. cit., p. 29.

<sup>46</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - p. 20.

<sup>47</sup>SCHIMITT, Carl - Ob. cit., p. 166.



A finalidade da Declaração Francesa não poderia deixar de ser a de proteger o homem diante dos atos estatais, e os direitos reconhecidos - de matiz natural - são inalienáveis, imprescritíveis, individuais e universais, ou seja, deles não se pode abrir mão, não se exaurem com o passar do tempo, e pertencem a cada ser humano e a todos os homens, indistintamente.

Importante registrar, como salienta BOBBIO<sup>47</sup>, que os franceses pretenderam "afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos", ao passo que os americanos, nas suas Declarações, "relacionaram os direitos do indivíduo ao bem da sociedade".

Apesar das críticas endereçadas à Declaração Francesa de 1789, entre outras a abstração dogmática e a proteção aos burgueses, é inegável que ela representa o mais importante estatuto de reconhecimento dos direitos humanos, tendo influenciado todo o processo de positivação desses direitos, que se seguiu nas democracias ocidentais, bem assim a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No Brasil, essa influência é marcante já na primeira Constituição, de 1824, que, seguindo as idéias do liberalismo, criou um Estado democrático constitucional representativo, embora monárquico, com divisão dos Poderes e eleições, e consagrou os direitos individuais assegurados pelo Estado apenas aos cidadãos brasileiros, constantes de largo rol que espelhava as idéias mais liberais da época<sup>48</sup>.

Na Argentina, antecedentes constitucionais também registram o reconhecimento de direitos dos particulares, conforme a seção quinta da Constituição de 1819 - que não chegou a entrar em vigência<sup>49</sup> - e a Constituição de 1853 teve capítulo dedicado à declaração de direitos e garantias<sup>50</sup>. Há de se destacar que a nação argentina, desde os primórdios, apesar dos conflitos verificados ao longo de sua história, preocupa-se com os direitos humanos, que começaram a ser reconhecidos em 1810, encontrando-se um Decreto de 1811 que ressaltava a liberdade de imprensa e a segurança individual, reconhecendo que "todo cidadão tem um direito sagrado à proteção de sua vida e de sua honra, de sua liberdade e de suas propriedades" - como destaca TRAVIESO<sup>51</sup>, para quem, sem esquecer os sucessos da organização britânica e da revolução americana, os objetivos da Declaração Francesa, ou seja, positivação é racionalização, é que tiveram o mérito de universalizar os direitos humanos, cabendo aos franceses explicá-los didaticamente<sup>52</sup>.

<sup>47</sup>Ob. cit., p. 90.

<sup>48</sup>OMMATI, Eides Angélica de C. V. M. - Ob. cit., p. 77-80.

<sup>49</sup>LOZADA, Salvador Maria - Ob. cit., p. 101.

<sup>50</sup>TRAVIESO, Juan Antonio - *Historia de los Derechos Humanos...*, p. 367.

<sup>51</sup>Ob. cit., p. 363.

<sup>52</sup>Ob. cit., p. 150.

### 3 O PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 OS NÍVEIS DE POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIAL

A declaração solene de direitos do homem significa, histórica e juridicamente, conforme SCHIMITT<sup>53</sup>, "o estabelecimento de princípios sobre os quais se apóia a unidade importante do surgimento e formação incessante dessa unidade", dando margem à *integração* estatal. Essa declaração pode decorrer de um grande êxito político, ou de uma revolução em que se crie um novo Estado ou um princípio completamente novo para aquela integração, como ocorreu na América do Norte e na França.

Mas as Declarações de Direitos não são *direitos*, como enfatizam, com propriedade, HERRENDORF e BIDART CAMPOS<sup>54</sup>, posto que as Declarações - fenômeno moderno - são meras formas normativas situadas nas Constituições escritas, leis ou tratados internacionais, dizendo "algo de outro algo" (dos direitos), ou seja, que devem ser respeitados, defendidos, promovidos, punidas suas violações, etc. Os direitos, por sua vez, repousam no plano jurídico, na dimensão sociológica da conduta humana.

Na verdade, a positivação desses direitos, segundo ALEXY, relativamente a todos os Poderes do Estado, significa "uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo com meios racionais<sup>55</sup>".

A positivação constitucional dos direitos humanos - que se iniciou com as Declarações Americanas - dá-se em três níveis, conforme PÉREZ LUÑO<sup>56</sup>: *legislativo, executivo e judicial*.

Tem-se a *positivação constitucional* quando os direitos do homem são incorporados formalmente em normas básicas, excluída a possibilidade de atuação do legislador ordinário, segundo STOURZH, citado por CANOTILHO<sup>57</sup>.

<sup>53</sup>Ob. cit., p. 167.

<sup>54</sup>*Principios de Derechos Humanos e Garantías*, p. 200.

<sup>55</sup>*Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 25.

<sup>56</sup>Ob. Cit., p. 65.

<sup>57</sup>Ob. cit., p. 498.

Uma vez efetivada a positivação jurídico-constitucional dos direitos do homem, ou seja, dos direitos das pessoas diante do Estado, mais acertado é denominá-los *direitos fundamentais*<sup>58</sup>.

O nível *legislativo* da positivação dos direitos humanos tem a ver com a atuação do Poder Legislativo, como porta-voz da vontade geral, expressando-se através da lei, sem ingerência do Executivo, atrelado, porém, às técnicas de positivação constitucional de tais direitos, de sorte a protegê-los do arbítrio do próprio Legislativo, em consonância com o princípio da legalidade. Refere-se, também, à competência legislativa<sup>59</sup>.

O nível *executivo* de constitucionalização desses direitos, embora seja visto com receio, é aceito na medida em que não mais se pode recusar a constatação de que grande parte do desenvolvimento do sistema de liberdades públicas é fruto da Administração, anotando-se, outrossim, sua competência regulamentar residual dos direitos<sup>60</sup>.

A atuação do Poder Judiciário na positivação constitucional dos direitos fundamentais, porém, é situação mais recente. O pensamento liberal não concebia o juiz como legislador, mas apenas como aplicador das normas preexistentes. No entanto, não se negava a importância de suas funções quando das decisões envolvendo tais direitos diante dos órgãos estatais. Com o passar do tempo e a crise do positivismo jurídico, ascendeu o reconhecimento da função criadora da jurisprudência, notadamente nos países que adotam o *"Common Law"*, consagrando-se os direitos fundamentais através dos precedentes jurisprudenciais. Mas, na verdade, como observa PÉREZ LUÑO<sup>61</sup>, o nível *judicial* da constitucionalização dos direitos fundamentais tem muito mais a ver com a proteção do que com a sua criação. Merece ser ressaltado que, na Alemanha, esse papel é da Corte Constitucional, que controla a constitucionalidade das leis, exercitando uma integração criadora do ordenamento jurídico em determinadas situações e negando vigência à lei ordinária que contrastar com disposição fundamental<sup>62</sup>.

Vistos esses níveis de positivação, não se pode deixar de concluir que, de regra, os direitos humanos devem ser positivados pelo legislador constituinte, ou Legislativo, cabendo ao Executivo e ao Judiciário um papel subsidiário de preencher lacunas acaso verificadas, sem, no entanto, afastar-se dos princípios consagrados constitucionalmente.

<sup>58</sup>MIRANDA, Jorge - Ob. cit., p. 48.

<sup>59</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 97-98.

<sup>60</sup>Id. Ib., p. 100-103.

<sup>61</sup>Ob. cit., p. 104.

<sup>62</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 105.

### 3.2 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, os direitos humanos, uma vez positivados nas Constituições, galgam o *"status"* de direitos fundamentais.

CANOTILHO<sup>63</sup>, citando STERN e CRUZ VILLALON, evidencia que:

*"sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional"*.

E prossegue:

*"Onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais, existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios"*.

Somente o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições é que os torna *direitos fundamentais*, produzindo, daí, conseqüências jurídicas.

Não se pode, porém, dar a tais assertivas um caráter positivista fechado, como adverte o próprio CANOTILHO<sup>64</sup>, posto que não basta reconhecer os direitos fundamentais no texto constitucional para torná-los *"realidades jurídicas efectivas"*, nem a constitucionalização lhes retira o traço jusnaturalista, muito menos deles subtrai o caráter *"fundamentante"*.

A inserção constitucional desses direitos, uma vez situando-se a Constituição no topo da escala normativa, confere-lhes a própria supremacia da Constituição, principalmente a rigidez, de sorte que não podem ser desfigurados ou modificados pelo processo legislativo ordinário<sup>65</sup>. E pouco importa, para conferir juridicidade positiva aos direitos fundamentais, que a declaração de tais direitos conste do articulado, do preâmbulo ou de texto em separado com o mesmo *"status"* da Constituição<sup>66</sup>.

<sup>63</sup>Ob. cit., p. 497.

<sup>64</sup>Ob. cit., p. 497-498.

<sup>65</sup>HERRENDORF, Daniel E. e BIDART CAMPOS, German - Ob. cit., p. 201.

<sup>66</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique - Ob. cit., p. 77.

### 3.3 A POSITIVAÇÃO INTERNACIONAL

Neste século, os acontecimentos políticos exigiram que a positivação dos direitos humanos, antes restrita ao direito interno, galgasse o direito internacional, resultando no reconhecimento dos direitos fundamentais em escala internacional, flexibilizando-se o princípio da soberania estatal diante da possibilidade de violação desses direitos por parte do Estado.

Como precedentes dessa positivação internacional encontram-se as próprias Declarações Americanas e Francesa do Século XVIII, com seus termos de generosa amplitude, e convênios reconhecedores da liberdade religiosa. No Século XIX, destacam-se os acordos, em especial a partir do Congresso de Viena, no sentido da abolição da escravatura.

O passo mais importante nesse processo deu-se com o surgimento da Sociedade das Nações (Tratado de Versalhes, 1919) logo após o fim da Primeira Guerra Mundial. Isso possibilitou a redação de normas protetoras de minorias religiosas, linguísticas e étnicas, bem assim o surgimento do "Bureau International du Travail", responsável pela positivação, no plano internacional, dos direitos econômicos e sociais, vindo a se tornar organismo das Nações Unidas, com a denominação de Organização Internacional do Trabalho<sup>67</sup>.

O modelo, inspirado nas idéias de KANT, como salienta PÉREZ LUÑO<sup>68</sup>, consistente de um Estado universal, com cidadãos universais submetidos à lei suprema garantidora da paz perpétua, teve seu processo interrompido pela Segunda Guerra Mundial, na qual se verificaram horrores que levaram os Estados Aliados à certeza da necessidade de proteção aos direitos humanos não apenas no direito positivo interno de cada um, mas também internacionalmente. Vieram, então, durante a Guerra, declarações e documentos dando ênfase ao reconhecimento internacional dos direitos humanos como requisito inafastável para a paz e o progresso das nações (Carta do Atlântico em 1941, Declaração das Nações Unidas em 1942, Propostas de Dumbarton Oaks em 1944 e Conferência de Yalta em 1945). Em 1945, com a Carta de São Francisco, deu-se vida às Nações Unidas, reafirmando-se, com destaque, conforme seu Preâmbulo, "a fé nos direitos fundamentais do homem, e na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres".

Merecem registro, ainda, nesse processo de positivação internacional, além da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - de destacada importância - a Resolução

XL de proteção internacional dos direitos essenciais do homem, produto da Conferência Interamericana (México, 1945) e a Declaração expedida em Bogotá, em 1948 por ocasião da IX Conferência Interamericana, confirmada em Caracas, em 1954, pela X Conferência dos Estados Americanos.

Na Europa, o Conselho criado em Londres em 1949 foi responsável pela Convenção para salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (Roma, 1950), equivalente ao Pacto Internacional da ONU de direitos civis e políticos, completada por cinco Protocolos contendo largo catálogo de liberdades públicas fundamentais. Em 1961, em Turim, o Conselho de Europa promulgou a Carta Social Européia reconhecendo direitos de relevância social, como a remuneração equivalente ao trabalho, liberdade de trabalho, sindicalização, negociação coletiva e seguridade social. Na Europa, visando a fazer valer os direitos fundamentais no plano jurisdicional, tem-se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Comissão Européia de Direitos Humanos, entre outros órgãos.

Deve ser destacada a tripla relevância da evolução da positivação internacional dos direitos humanos, conforme PÉREZ LUÑO: no plano da fundamentação tem-se um retorno à reivindicação do seu caráter universal e supraestatal (jusnaturalismo), livrando-os do arbítrio da jurisdição doméstica de cada Estado, democratizando-se o Direito Internacional, e tendo-se tais direitos como pressuposto para a pacífica convivência entre as nações. No que tange à titularidade, ampliaram-se os sujeitos ativos, de sorte a proteger não apenas os cidadãos de determinado Estado, mas todos os homens, como o faz a Declaração Universal da ONU, dando, outrossim, quanto a determinados direitos, uma titularidade não somente individual, como também social, alcançando coletividades, grupos e minorias. E, do ponto de vista da natureza jurídica, verifica-se nesse processo de positivação internacional também a preocupação com a tutela e garantia desses direitos<sup>69</sup>.

A atividade jurídico-positivista dos diversos organismos internacionais tem procurado acompanhar as necessidades sociais e históricas dos povos, aperfeiçoando direitos existentes, desenvolvendo-os e os complementando mediante novos documentos, como exemplos a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Declaração, seguida de Convenção, sobre Discriminação Racial (1963), a Declaração sobre Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (1960) e a Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio (1958).

Nesse contexto, releva perquirir a natureza das atividades implementadas pelos organismos internacionais. Observa BOBBIO<sup>70</sup> que essa tutela dos direitos humanos é feita mediante *promoção, controle e garantia*.

<sup>67</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique - Ob. cit., p. 125-126.

<sup>68</sup>Ob. cit., p. 126.

<sup>69</sup>Ob. cit., p. 129.

<sup>70</sup>Ob. cit., p. 39-41.

A *promoção* se dá desde quando tais organismos induzem "os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la", e, aos que já a têm, "a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles jurisdicionais)". A atividade de *controle* tem a ver com a verificação do cumprimento e o nível de respeito das recomendações e convenções internacionais pelos Estados-membros do organismo. A *garantia*, por sua vez, corresponde a verdadeira tutela jurisdicional de nível internacional, em substituição à local.

### 3.4 O VALOR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Terminada a Segunda Guerra Mundial, com a retomada do processo de positivação internacional dos direitos humanos, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Faziam eco, ainda, as palavras do Presidente norte-americano Franklin Roosevelt acerca da necessidade de que em todos os lugares vigorasse as *quatro liberdades*: liberdade de expressão, liberdade de cultos, libertação da necessidade e libertação do temor<sup>71</sup>.

A Declaração Universal, composta de Preâmbulo e trinta artigos onde se sente o sabor naturalista - como ressalta Recasens SICHES, citado por PENNA MARINHO<sup>72</sup> - "veio para consagrar o anseio de liberdade, como ainda assegurar direitos fundamentais à sobrevivência e à dignidade do homem, expressando os mesmos termos fundamentais da Carta da Organização das Nações Unidas"<sup>73</sup> - para quem a defesa dos direitos humanos tem caráter constitucional<sup>74</sup>.

Destaca LÓPEZ<sup>75</sup> que a particularidade dessa Declaração repousa no fato de não se haver limitado a reproduzir direitos individuais contemporâneos à primeira fase do constitucionalismo, cuidando de prever, também, os direitos sociais caracterizadores do constitucionalismo social. Portanto, além dos direitos à vida, liberdade, igualdade, defesa, livre circulação, reunião, associação, livre expressão, liberdade de culto e direitos políticos, a Declaração Universal tratou dos direitos econômicos, sociais e culturais também como indispensáveis à dignidade do homem.

Essa Declaração veio para consolidar a idéia de que os direitos humanos não são uma questão doméstica de cada Estado, mas sim

<sup>71</sup>LÓPEZ, Mario Justo - Ob. cit., p. 30.

<sup>72</sup>Ob. cit., p. 29-30.

<sup>73</sup>PENNA MARINHO, Inezil - Ob. cit., p. 29.

<sup>74</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique - Ob. cit., p. 77.

<sup>75</sup>Ob. cit., p. 30.

internacional, e, apesar de carecer da efetividade desejada, teve o efeito de catalisar o pensamento da época atual sobre a matéria tratada<sup>76</sup>.

A doutrina discute, porém, acerca da natureza jurídico-positiva da Declaração sob referência - como salienta PÉREZ LUÑO<sup>77</sup>. Há quem impugne o caráter jurídico-internacional da Declaração Universal (KELSEN, entre outros), por não enxergar nela autoridade jurídica, somente moral, não passando de uma exposição de princípios gerais. Outros afirmam a autoridade jurídica indireta da Declaração, como LAUTERPACH, considerando os termos utilizados no texto, bem assim a intenção da ONU. Há, ainda, uma terceira corrente que defende o caráter jurídico, capitaneada por René CASSIN, escorada no argumento de que a Declaração constitui verdadeiro tratado dotado de força jurídica para todos os Estados-membros da Organização.

Mas é inegável que a Declaração Universal de 1948, como ressalta BOBBIO, representa a terceira e última fase do processo de declaração solene dos direitos do homem, e sua característica é a afirmação, concomitante, universal e positiva, desses direitos<sup>78</sup>.

### 3.5 PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

A Organização dos Estados Americanos aprovou em 1969, para vigorar a partir de 1978, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Faz parte do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e decorre de projeto comum dos países membros, que acentuaram sua preocupação com a proteção dos direitos essenciais do homem logo após a Segunda Guerra Mundial<sup>79</sup>.

A Convenção Americana apresenta-se como verdadeiro modelo de esquema constitucional acerca da matéria. Sua característica, conforme HITTERS<sup>80</sup>, é de um *sistema regional* americano destinado "a satisfazer as necessidades próprias desse setor continental", calcado na idéia de coexistência, em cotejo com o modelo universal das Nações Unidas, sendo que, em vez de se contraporem, complementam-se.

Os Estados-partes, como sujeitos passivos dos direitos humanos, têm a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, e de garantir a fruição de fato pelos jurisdicionados. São

<sup>76</sup>LÓPEZ, Mario Justo - Ob. cit., p. 30.

<sup>77</sup>Ob. cit., p. 78-82.

<sup>78</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 30.

<sup>79</sup>HITTERS, Juan Carlos - *Derecho Internacional de los...*, p. 11-14.

<sup>80</sup>Ob. cit., p. 42-44.

obrigados, outrossim, à adoção de disposições no direito interno, para que os direitos sejam efetivados no seu território.

COLAUTTI<sup>81</sup> ressalta, nesse Pacto, a regência sobre o direito à vida e as restrições à aplicação da pena de morte. A proteção à vida é feita desde a concepção, conforme artigo 4º, item 1.

Para garantir as regras constantes da Convenção Americana, integralmente, na medida do possível, de conformidade com o modelo ajustado pelos Estados signatários, instituiu-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com feição de órgão jurisdicional, incumbindo-lhe dizer se um Estado violou, ou não, os direitos dos particulares. Suas sentenças, se condenatórias, devem determinar a cessação da violação ao direito ou a determinação para que seja restituída a liberdade cerceada, admitindo-se a fixação de indenizações a serem executadas segundo as leis domésticas de cada Estado<sup>82</sup>.

Firmaram e depositaram a ratificação do Pacto referenciado, até 1992, consoante registro de HITTERS<sup>83</sup>, os seguintes países: Argentina, Barbados, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela e Nicarágua. Os Estados Unidos, apesar de terem firmado o Pacto, não o ratificaram, considerada a legalidade do aborto em alguns de seus Estados-membros. E o Brasil fez a ratificação em 25 de setembro de 1992, não se submetendo, porém, à jurisdição internacional<sup>84</sup>.

Os quatro países integrantes do Mercosul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) são signatários e ratificaram o Pacto de São José da Costa Rica. Daí a importância do seu estudo na região.

Como explica PINARD, o Pacto distribui seus oitenta e dois artigos em três partes. Na primeira, abriga os deveres dos Estados e os direitos protegidos, ou seja, os direitos humanos, aí compreendidos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, havendo disciplina, inclusive, para as circunstâncias extraordinárias que determinarem a suspensão desses direitos, bem assim para a escorreita relação entre direitos e deveres. Na segunda parte, acham-se organizados os dispositivos de proteção dos direitos, a cargo da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A terceira contempla as disposições gerais e transitórias<sup>85</sup>.

<sup>81</sup>COLAUTTI Carlos E. - *Derechos Humanos*, p. 37.

<sup>82</sup>PINARD, Gustavo E. - *Los Derechos Humanos en las...*, p. 158.

<sup>83</sup>Ob. cit., p. 52.

<sup>84</sup>PINARD, Gustavo E. - Ob. cit., p. 115.

<sup>85</sup>Ob. cit., p. 156-158.

### 3.6 OS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DO MERCOSUL

Harmonizando-se com o moderno constitucionalismo, as Constituições que regem Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai "têm uma manifestação de direitos em sua parte dogmática, acoplando um conjunto de garantias e seguranças, às quais se somam outras outorgadas pela forma de governo adotada e o princípio da divisão dos poderes"<sup>86</sup>.

A Constituição argentina de 1853 tratava das declarações, direitos e garantias e, com a Reforma de 1994, não podendo tais disposições ser alteradas, por força de limitação imposta ao reformador, criou-se um novo capítulo, no qual se reconhece, com eficácia constitucional, os tratados internacionais que tratam da matéria<sup>87</sup>.

O Brasil consagra na Constituição de 1988, além dos Princípios Fundamentais da República - entre outros a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III), os Direitos e Garantias Individuais, compreendendo os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, a Nacionalidade, os Direitos Políticos e os Partidos Políticos (artigos 5º a 17).

A Constituição paraguaia contempla as Declarações Fundamentais, divididas em Declarações fundamentais dos direitos, dos deveres e das garantias.

No Uruguai, a Constituição de 1967, reformada em 1997, traz os direitos, deveres e garantias distribuídos entre os artigos 7º e 72, que não excluem outros próprios da pessoa humana ou derivados da forma republicana de governo. Assegura, também, os direitos de cidadania e sufrágio (artigos 73 a 81).

Nessas Constituições é importante perquirir a força do reconhecimento dos direitos, isto é, se são auto-executáveis ou dependem de regulamentação. Gustavo PINARD observa que, na Argentina, a jurisprudência reformulou-se para asseverar que inexistente distinção entre cláusulas operativas e pragmáticas, tendendo para a operatividade. O Uruguai se acha na mesma situação. Quanto ao Brasil, expressamente diz o artigo 5º, parágrafo primeiro, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", ou seja, dispensam regulamentação infraconstitucional. Quanto ao Paraguai, a redação confusa do artigo 45 dá a entender que há necessidade de lei regulamentadora dos direitos e garantias, mas a sua falta não impedirá sejam usufruídos<sup>88</sup>.

<sup>86</sup>PINARD, Gustavo E. - Ob. cit., p. 183.

<sup>87</sup>Id. ib., p. 171-172.

<sup>88</sup>Ob. cit., p. 176-178.

### 3.7 "EVOLUÇÃO" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS GERAÇÕES DE DIREITOS

No início do processo de positivação em nível constitucional dos direitos humanos, refletiam-se nos textos constitucionais os direitos inspirados pelo direito natural - as liberdades individuais - direitos que exigem um não-agir por parte do Estado, tais: liberdade, igualdade formal, segurança, propriedade, resistência à opressão. Depois, veio a fase do reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, conseqüentes da nova realidade produzida pela Revolução Industrial, e que demandam prestações positivas do Estado para que possam ser gozados, daí serem conhecidos como direitos "concretos". A evolução social e tecnológica deu margem a outras exigências, que, por sua vez, demandaram a consagração de outros direitos e a reformulação de antigos, para atender a direitos e interesses coletivos e individuais, direitos de reprodução e de manipulação genética, entre outros.

Surgiu a primeira geração de direitos fundamentais, formada pelos direitos de liberdade, isto é, os direitos civis e políticos, que "têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"<sup>89</sup>. Esses direitos valorizam, em primeiro lugar, o "homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, na linguagem jurídica mais usual"<sup>90</sup>.

A segunda geração é composta pelos "direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades" e se firmaram com o antiliberalismo reinante no Século XX, tendo sofrido, porém, "um ciclo de baixa normatividade ou ... eficácia duvidosa" posto que se tratam de direitos que, pela sua natureza, demandam do "Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos", dando-lhes conotação de direitos meramente programáticos<sup>91</sup>.

O aparecimento dessa geração de direitos fundamentais deve-se ao fato de não mais estarem satisfazendo às necessidades do homem as prestações negativas do Estado, que marcaram a primeira geração. São garantias que não consideram o homem isoladamente, mas sim o interesse coletivo em primeiro plano, como conseqüência do princípio da igualdade, redimensionando o alcance dos direitos referenciados.

A função principal dos direitos sociais, como observa PÉREZ

<sup>89</sup>BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

<sup>90</sup>Id. *Ib.*, p. 518.

<sup>91</sup>Id. *Ib.*, p. 518.

LUÑO<sup>92</sup>, é "assegurar a participação nos recursos sociais aos distintos membros da comunidade". Conseqüentemente, no *sentido objetivo*, tem-se que tais direitos são "o conjunto de normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora e moderadora das desigualdades sociais", e, no *sentido subjetivo*, são "as faculdades dos indivíduos e dos grupos a participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos", situando-se, sempre, em torno do homem coletivamente considerado<sup>93</sup>.

Nessa segunda geração, portanto, os direitos fundamentais deixam de ser apenas liberdades de ação e se convertem em prestações positivas e liberdades de participação.

Emergiram, em seguida, os direitos de terceira geração, contendo uma nova dimensão dos direitos fundamentais, "que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado", mas sim, prioritariamente, "ao gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta", e dizem respeito "ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade"<sup>94</sup>.

Os direitos de terceira geração, também chamados direitos de solidariedade, conforme Celso LAFER, citado por BOBBIO<sup>95</sup>, compreendem "direitos cujo sujeito não são os indivíduos mas os grupos humanos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade".

Enxerga-se, nos dias atuais, a formação de uma quarta geração de direitos fundamentais, provocada pelas pesquisas biológicas, considerada a necessidade de assegurar os direitos do indivíduo diante das manipulações do patrimônio genético<sup>96</sup>.

Importante considerar, nesse quadro das gerações de direitos fundamentais, que o aparecimento de uma nova não exclui outra já formada, pois se trata de um processo qualitativo e cumulativo, decorrente da necessidade histórica de serem satisfeitas as necessidades do homem diante do progresso técnico ou de novas ameaças à sua liberdade.

<sup>92</sup>Ob. cit., p. 84.

<sup>93</sup>PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique - Ob. cit., p. 84.

<sup>94</sup>BONAVIDES, Paulo - *Curso de ...*, p. 523, inspirado em Karel VASAK.

<sup>95</sup>Ob. cit., p. 12.

<sup>96</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 6.

#### 4 PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROTEÇÃO E EXEQUIBILIDADE

A consagração dos direitos fundamentais pelo ordenamento constitucional representa o coroamento do processo de positivação no direito interno.

Mas essa constitucionalização, por si só, não efetiva os direitos, notadamente aqueles que precisam de ações do poder público para se implementarem, sejam os direitos sociais, sejam outros que demandem a regulamentação interna e a instrumentalização processual para que possibilitem ao ser humano a ressalva do bem jurídico.

Deve-se buscar vigência sociológica junto às condutas humanas para os direitos positivados<sup>97</sup>.

Proclamar direitos é tarefa fácil. O difícil é dar condições para que sejam desfrutados efetivamente. Por isso BOBBIO chama atenção para o problema da *inexequibilidade*, particularmente dos direitos sociais<sup>98</sup>, ressaltando que o grande obstáculo dos direitos do homem, nos dias atuais, não é mais buscar seus fundamentos, mas sim protegê-los:

"Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados"<sup>99</sup>.

O Brasil é pródigo em exemplos desse problema. A Constituição da República de 1988, no artigo 6º, afirma que são *direitos sociais* a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. No entanto, as crises econômicas, a péssima distribuição de renda (a segunda pior do

mundo), a falta de vontade política, as administrações ruins, entre outros, não conseguem trazer para a prática os direitos sociais proclamados, e o que se vê no dia-a-dia é a negação desses direitos, verificando-se alto percentual de analfabetismo, os sistemas de saúde e de previdência social falidos, a elevação dos índices de desemprego e a precarização das relações de trabalho, a violência urbana e no campo, e o abandono da infância com milhares de crianças vivendo nas ruas, sem acesso à escola ou exploradas precocemente no trabalho.

Retomando o pensamento de BOBBIO, é preciso empenho para criar condições visando à ampla realização dos direitos consagrados. Para tanto, há necessidade da conscientização "de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável", e, para a efetivação de determinados direitos, exige-se muito mais que a boa vontade dos governantes, como exemplo, a proteção dos direitos atinentes às relações de trabalho, que somente será possível mediante a transformação industrial em um país<sup>100</sup>.

A solução para o problema da "efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana"<sup>101</sup>.

Um outro aspecto atinente ao êxito da garantia dos direitos humanos tem a ver com a jurisdição internacional, de sorte a permitir ao sujeito ativo desses direitos o acesso a um tribunal que os ressalve.

Nos primórdios do processo de positivação desses direitos não se concebia a idéia dessa jurisdição<sup>102</sup>, mesmo porque se partia da premissa de que as normas internas já gozavam de efetividade, com a quase certeza de que seriam cumpridas - o que, na prática, não se verificou.

Há uma tendência no constitucionalismo contemporâneo a que as Constituições se refiram, expressamente, aos tratados de direitos humanos, inserindo-os no ordenamento jurídico interno com "*status*" constitucional. Disso, aliás, é exemplo a Constituição argentina.

Mas nem sempre os países que adotam esses tratados o fazem integralmente, inclusive a aceitação da competência dos órgãos internacionais de proteção.

Deve haver uma mudança de mentalidade, segundo CANÇADO TRINDADE, para que os direitos humanos, notadamente os proclamados nos tratados e instrumentos internacionais, possam beneficiar os próprios indivíduos, com o "acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos (Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos)"<sup>103</sup>. Deve ser aceita a jurisdicalização incondicional

<sup>97</sup>Ob. cit., 23.

<sup>98</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 45.

<sup>99</sup>TRAVIESO, Juan Antonio - Ob. cit., p. 200.

<sup>100</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado - *Memorial em prol de uma ...*, p. 58.

<sup>97</sup>HERRENDÓRE, Daniel F e BIDART CAMPOS, German J. - Ob. cit., p. 201.

<sup>98</sup>Ob. cit., p. 24.

<sup>99</sup>BOBBIO, Norberto - Ob. cit., p. 25.

dessas Cortes, como meio mais evoluído de proteção dos direitos sob comento, interagindo com os órgãos internos, sejam do Poder Executivo, sejam do Judiciário - a quem compete interpretar corretamente as "normas internacionais e nacionais de modo a realizar a proteção do ser humano (*pro victima*), sejam tais normas de origem internacional ou nacional"<sup>104</sup>.

A lição bem se aplica ao Brasil, que, apesar de ter ratificado o Pacto de São José da Costa Rica, reservou-se o direito de não submeter-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, outra perspectiva que se tem no sentido da garantia efetiva dos direitos humanos é que os Estados se submetam às Cortes internacionais, o que, na prática, permitirá ao cidadão agredido acionar diretamente o órgão, que sentenciará visando à reparação ou restauração do direito violado, cabendo ao Estado "réu" cumprir a sentença.

## 5 CONCLUSÃO

A doutrina dos direitos humanos ganhou vida com o liberalismo e as idéias iluministas, achando-se umbilicalmente ligada ao Estado de Direito implantado no Século XVIII.

As Revoluções Francesa e Americanas, que marcaram aquele século, deflagraram o movimento constitucionalista, no qual uma das características é a proclamação dos direitos fundamentais do homem, dotando o indivíduo de garantias frente ao Estado.

Neste século, especialmente como consequência das duas Guerras Mundiais, as nações ocidentais compreenderam que os direitos do homem precisavam de reconhecimento, também, no plano internacional, criando-se, então, organismos internacionais e providenciando-se Declarações de Direitos, achando-se no ápice desse processo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, formulada pela Organização das Nações Unidas, em 1948.

Nas Américas, sobressai-se o Pacto de São José da Costa Rica, de significativa importância porque trata da matéria voltando-se para os problemas típicos dos países americanos, sem afastar-se do modelo da Declaração Universal, e que foi subscrito e ratificado pelos quatro Estados integrantes do Mercosul.

As necessidades históricas do homem em si considerado e em sociedade demandaram o reconhecimento de sucessivas e cumulativas gerações de direitos, começando pelos direitos de liberdades, passando para os direitos sociais, seguindo-se os direitos de solidariedade e, mais

recentemente, os direitos de reprodução.

Os direitos humanos inseridos nas Constituições galgam o "status" de direitos *fundamentais*, aos quais os Estados, com tão elevada proclamação no direito interno, comprometem-se a respeitar, garantir e dar efetividade. Sem essa positivação os direitos são meras esperanças - no máximo direitos de resistência - sem condições de ser cobrados dos governos.

No entanto, a própria crise do positivismo, a natureza de determinados direitos, como os sociais - que exigem prestações positivas do Estado - e as crises políticas e econômicas que afetam praticamente todas as nações, impedem a plena efetividade dos direitos fundamentais, não bastando o reconhecimento constitucional.

Nesse contexto, nos dias atuais, tem-se que o grande desafio dos direitos humanos é a efetiva fruição, proteção, exequibilidade.

Para que se tente a superação desse problema vislumbra-se a necessidade de os governos criarem condições internas para a realização dos direitos reconhecidos, mormente condições econômicas e sociais. E os direitos fundamentais que exigem prestações positivas dos Estados carecem, antes de tudo, de políticas públicas para serem implementados.

Outra saída que se apresenta para a garantia dos direitos humanos é a submissão incondicional dos Estados às Cortes de Justiça internacionais, abrindo-se o acesso direto ao indivíduo vitimado para que acione o tribunal e possa receber a sentença reparando ou restaurando seus direitos humanos violados, a ser cumprida pelo Estado infrator.

<sup>104</sup>Id., ib., p. 60.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXU, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, tradução castelhana por Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpressão, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho, 5ª reimpressão, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.
- . *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª ed. revista e ampliada, São Paulo, Ed. Malheiros, 1996.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos internacional e nacional*, in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, Inédita Editoria de Arte, 1999, p. 19-61.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, Coimbra, Livraria Almedina, 1995.
- COLAUTTI, Carlos E. *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.
- DUVERGER, Maurice. *Droit Public*, Paris, Press Universitaires de France, 1957.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.
- HERRENDORF, Daniel E. e BIDART CAMPOS, German J. *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1991.
- HITTERS, Juan Carlos. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1991, Tomos I e II.
- LÓPEZ, Mario Justo. *Introducción a los Estudios Políticos*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Depalma, 1996. Vol. II.
- LOZADA, Salvador Maria. *Instituciones de Derecho Público*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial El Coloquio, 1973.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed. revista e atualizada, Coimbra Editora, 1993, Tomo IV.

- OMMATI, Fides Angélica de Castro Veloso Mendes. *Estudos sobre a Constituição Brasileira de 1824 à Luz das Idéias Políticas*, Brasília, Senado Federal, 1979.
- PENNA MARINHO, Inezil. *Contribuição do Direito Natural para a Declaração Universal dos Direitos do Homem*, Brasília, Instituto de Direito Natural, 1980.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1995.
- PINARD, Gustavo E. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996.
- POUND, Roscoe. *Liberdade e Garantias Constitucionais*, tradução portuguesa por E. Jacy Monteiro, 2ª ed., São Paulo, Ibrasa, 1976.
- ROUBIER, Paul. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, Ed. Dalloz, 1963.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, tradução espanhola por Francisco Ayala, 1ª ed., 2ª reimpressão, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los Derechos Humanos y Garantías*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998.

## **A MODERNA TEORIA DEMOCRÁTICA E O VOTO OBRIGATÓRIO**

**FABIO TÚLIO CORREIA RIBEIRO.**  
Juiz do Trabalho na 20ª. Região (Sergipe),  
Mestrando em Direito - UFC/UFS

### **ÍNDICE:**

- I - Apresentação
- II - A Participação Popular na Grécia Antiga
- III - As expressões Positiva e Negativa da Liberdade
- IV - As Dimensões da Democracia
- V - O Voto e a sua Evolução no Constitucionalismo Brasileiro
- VI - O Voto no Direito Comparado
- VII - A Natureza do Voto
- VIII - O Voto Obrigatório e o Mito da Legitimidade
- IX - Os Inconvenientes de Ordem Pragmática do Voto Obrigatório
- X - Conclusão
- XI - Bibliografia

## A MODERNA TEORIA DEMOCRÁTICA E O VOTO OBRIGATÓRIO

### I - APRESENTAÇÃO:

A democracia é um valor que se vem afirmando dia a dia, assim o demonstra a História. O seu conceito, no entanto, sofreu e anda a sofrer as mais diversas transformações, ora movidas pelo passar dos tempos, ora pela visão do povo que a pratica.

Como forma de governo, a democracia - ainda sob os auspícios da teoria aristotélica - pressupõe o governo de muitos. Nesse diapasão, opõe-se à monarquia, governo de um, e à aristocracia, governo de poucos. Seria, portanto, a melhor das formas de governo, por contemplar os interesses do maior número possível de cidadãos da *polis*.

Na antiguidade clássica, a participação democrática dava-se sem a interseção de interlocutores que tivessem a incumbência de veicular outros interesses que não os seus próprios: a dita democracia direta. Nos dias correntes, todavia - dadas as dimensões geográficas e demográficas das cidades e graças, também, à complexidade dos assuntos a gerenciar, aliada a um progressivo redimensionamento axiológico da vida privada e à superação do modelo de produção escravocrata e servil - nos dias correntes a regra geral é a democracia indireta, procedimento através do qual o cidadão escolhe representantes, através do voto, para administrar a coisa pública.

A democracia representativa - ou indireta - não é incompatível com a democracia direta. Por essa, se complementa aquela. Países há, como a Suíça, por exemplo, que praticam fortemente a democracia direta em seus Cantões. No Brasil mesmo a ordem jurídico-constitucional admite a participação direta do cidadão na formação da vontade estatal, art. 114, inciso I, *in verbis*:

"A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular."

O regime será tanto mais democrático quanto maior participação direta do cidadão possa existir. Ou, em outros termos, o poder estatal será exercido tanto mais democraticamente quanto mais intensa seja a atuação direta do cidadão na gerência do Estado.

O voto é o instrumento por excelência da democracia representativa. Para uns, um direito; para outros, um dever; para muitos, ao mesmo tempo que um direito de participação política, um dever cívico. Ele já foi restrito, censitário, já contemplou discriminações dos mais diversos matizes: de sexo, posição social, grau de instrução, etnia etc. Nos Estados Unidos da América, *verbi gratia*, o direito de voto só foi reconhecido às diversas categorias étnicas em 1870 (Emenda XV); às mulheres, em 1920 (Emenda XIX). Apenas em 1964, com a Emenda XXIV, proibiu-se a estipulação de pagamento de imposto eleitoral ou qualquer outro imposto como pressuposto do direito de voto, e em 1971 (Emenda XXVI) proibiu-se a discriminação aos menores de dezoito anos. A redação da referida última emenda é emblemática, *verbo ad verbum*:

"O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos, de dezoito anos de idade ou mais, não será negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer dos Estados, por motivo de idade."

As emendas à Constituição americana bem historiam a concepção do direito de voto, que sempre caminhou numa direção de universalização. É princípio lógico: se a democracia caracteriza-se pelo governo da maioria, é preciso que o maior número de pessoas da comunidade seja chamada a deliberar os destinos do Estado, o que só se perfaz mediante, entre outras garantias, a universalização do voto, que deve ser igual para todos, secreto e periódico. Igual para todos como decorrência do respeito ao princípio da isonomia, que veda as discriminações não calcadas em razão suficiente, não se tendo em tal conta aquelas firmadas com base no sexo, no grau de instrução, no patrimônio, na raça, no credo, na idade. Secreto, como penhor de espontaneidade na manifestação do eleitor, com vistas a evitarem-se as pressões da força. Periódico, porque apenas o exercício da soberania é delegado com o voto, não ela em si mesma. Desse modo, o cidadão deve estar sempre - a prazo razoável - voltando a manifestar-se e, com isso,

renovando o poder.

Algumas perguntas se impõem a essa quadra: além de universal, igual, secreto e periódico, o voto também deve ser obrigatório? O voto obrigatório é compatível com princípio do governo democrático? A obrigatoriedade do voto traz alguma contribuição para o aperfeiçoamento da democracia?

São questões sumamente polêmicas.

No Brasil, particularmente, as duas correntes que se formaram em torno do tema desfilam os mais variados argumentos, de ordem pragmática e principiológica, em defesa ora do voto obrigatório, ora do voto facultativo.

Os corifeus do voto obrigatório sustentam que o reconhecimento legal do direito de abstenção traz como resultado a menor representatividade do eleito, o desestímulo ao exercício da cidadania, fazendo com que o cidadão se alheie dos assuntos relativos à pública administração, o esvaziamento do processo eleitoral, tornando-o mais vulnerável às ingerências de pequenos grupos mais politizados e com maior poder de interferência, a preponderância dos interesses das minorias organizadas em detrimento dos interesses da imensa maioria, desorganizada. Afirma-se - com um certo tom escatológico - que candidatos a cargos majoritários, como o são os do executivo (Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais), poderiam ser eleitos com uma parcela ínfima dos eleitores inscritos, a terça ou quarta parte deles. Nessa perspectiva, o fim do voto obrigatório representaria um retrocesso das instituições políticas, uma vez que a sociedade estaria abrindo mão de conquistas alcançadas a duras penas.

Do outro lado e em franca divergência, os adeptos da facultatividade do voto opõem o argumento da consciência: a participação política, pelo voto, dá-se por imposição de consciência, jamais por obrigação. A obrigação, aí, seria incompatível. Vota-se por espontânea e soberana decisão de votar, sem qualquer interferência ou pressão, porque outro qualquer motivo implica ofensa à liberdade individual e à livre disposição da razão. Ademais, diz-se amiúde, o direito de abstenção reduziria significativamente ou até eliminaria os votos brancos e nulos, conhecidos pela alcunha genérica de voto de protesto. (Pateticamente famoso é o caso, no Estado do Rio de Janeiro, nas eleições de 1982, em que dezenas de milhares de eleitores compareceram às urnas e sufragaram o nome do Macaco Tião, numa expressiva votação que lhe teria - se válida fosse - garantido uma cadeira no parlamento). A legitimidade dos eleitos seria tanto maior nesse sistema,

haja vista que legitimidade é um conceito não apenas quantitativo, mas qualitativo igualmente. Se a participação democrática do indivíduo é algo tão vital para os destinos da nação, que se a deixe à mercê dos que votam responsabilmente, após detida e refletida ponderação das opções. Disso resultaria uma melhor qualidade do processo eleitoral, que não teria espaço para o voto dos irresponsáveis ou para o voto de deboche, uma vez que dificilmente pessoas se disporem a comparecer às urnas com esse intuito.

É preciso superar os sofismas.

Penso que muito mais do que um problema pragmático, essa é uma discussão de princípio. A resposta à indagação (o voto deve ou não ser obrigatório?) passa pela concepção que se tenha do Estado e de sua inserção na vida do cidadão e, por outra, perpassa também pela idéia que se tenha da participação que deva assumir o cidadão na modelagem das feições estatais.

Ponha-se em novos termos a questão: o cidadão deve ser obrigado a participar dos embates eleitorais, ou deve ser incentivado a isso, através de uma prática democrática educativa, tida, no seio da sociedade, por valor impostergável? É equivocada a tendência de responder a essa pergunta com uma sempre retomada postura de relativização dos conceitos. Numa sociedade democrática é claro que pagar imposto deve ser uma obrigação; mas não parece tão óbvio que, numa sociedade democrática, o voto, tal qual o tributo, deva ser uma contingência inarredável. Essa, parece-me, é uma visão reducionista. A participação política não se exaure no voto, embora seja ele de alta relevância.

No caso brasileiro, a preferência do legislador constituinte sempre foi pelo voto compulsório. Interessante notar que tanto as Cartas Republicanas Democráticas de 1934 (art. 109), 1946 (art. 133), 1988 (art. 14, § 1º), quanto as Constituições oriundas dos regimes de exceção (1937, 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969), seguiram a mesma linha e referendaram a obrigatoriedade do voto.

Não se deve descurar o fato - de resto evidente - que os períodos de exceção por que passou a sociedade brasileira constituíram-se em fator de empeco para a benéfica atuação dos reflexos pedagógicos da luta política, forjada nos debates públicos, no livre câmbio das idéias, na pluralidade de ideologias, no voto. Se essa é uma inferência necessária, não se pode, no mesmo diapasão, olvidar que o voto obrigatório - uma constante na nossa ordem jurídica, como se viu - jamais foi veículo de estabilidade das instituições democráticas, da manutenção de um cenário político desanuviado,

nem, tampouco, pode ser apontado como viga de sustentação dos direitos políticos, dos direitos civis e da institucionalização dos direitos sociais.

Resta, portanto, adentrando a teoria democrática do exercício do poder, perquirir, ante os seus postulados, se se justifica ou não a permanência da obrigatoriedade do voto.

## II - A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GRÉCIA ANTIGA:

A democracia grega sempre funcionou como paradigma e "menina dos olhos" dos estudiosos do Estado e de suas formas de governo, filiados à visão democrática. Não são poucos os autores, de todos os tempos, que decantaram as excelências da sociedade clássica, com os seus princípios democráticos fortemente arraigados.

Para os gregos - no que estavam em desacordo com Sócrates - a natureza da comunidade humana, ou *pólis*, não seria outra senão a de cidade livre, onde os cidadãos eram senhores dos destinos do Estado. Para aquele filósofo, entretanto, a comunidade humana não passava de um rebanho, que precisava ser conduzido rumo ao seu destino. Se a comunidade humana é um rebanho, necessita de um pastor; se uma *pólis*, deve ser governada pelos seus próprios cidadãos. A diferença de perspectiva é funda.

Nessa linha, enquanto a concepção grega que deixou raízes emprestava dignidade ao homem comum, a de Sócrates o inferiorizava.

Não foi sem razão que os gregos inventaram quatro palavras-chave para a democracia. A primeira delas, *isotes* - para designar a igualdade. A segunda, *isonomia* - que é a isonomia mesma, ou seja, a igualdade de todos perante as leis do país, não se admitindo discriminações não escoradas em razão suficiente. As terceira e quarta, respectivamente, *isegoria* e *isologia* - ambas significantes da livre expressão do pensamento.

Precisamente por causa da isegoria e da isologia todo cidadão grego tinha o direito de comparecer à Ágora e ali manifestar as suas idéias e posições. Todo cidadão, assim, tinha o direito de participar da administração da coisa pública. A bem ver, mais que um direito, isso era considerado um dever moral, tanto que aquele que se recusasse a participar da vida pública, para Péricles e seus concidadãos, era considerado um inútil.

Lembre-se, porém, que a antigüidade clássica grega era uma

sociedade escravocrata. A participação admitida era apenas a dos cidadãos, assim entendida pequena parcela da população que vivia ancorada no trabalho escravo. E mais: é fato histórico indiscutível que a democracia grega era meramente interna, tanto que se nutria do imperialismo em suas relações externas, como bem aponta Arnaldo Vasconcelos (*In Direito, Humanismo e Democracia*, Malheiros Editores, S. Paulo, 1998).

Se é verdade que, para os gregos, participar dos debates da assembléia era um dever moral - tanto que aquele que dela se abstivesse era tido na conta de inútil - não se tem notícia de que haja sido institucionalizada a obrigação de participar. Nem os historiadores nem os cientistas políticos mencionam a possibilidade de punição para o cidadão que se abstivesse dos debates. Glotz, citado por Bobbio (*In O Futuro da Democracia - Uma defesa das regras do jogo*, Paz e Terra, 6ª edição, 1997), dá-nos conta de que no lugar estabelecido para as assembléias atenienses raramente viam-se mais de duas ou três mil pessoas, ainda quando o ambiente comportasse vinte e cinco mil pessoas em pé e dezoito mil pessoas sentadas. Ou seja, aproximadamente 4,65% dos cidadãos que poderiam comparecer à assembléia (e nem todos eram cidadãos, mas a minoria) faziam a vontade do Estado na democracia mais autêntica do mundo clássico!

Ir à assembléia, debater, argumentar, era exclusividade do cidadão ateniense (homem livre) e, portanto, uma clara afirmação de *status*. Através desse comportamento - a integração na vida da cidade - o cidadão se diferenciava do servo, de todos aqueles situados em patamares inferiores da hierarquia social.

Constate-se pelas palavras do já citado Arnaldo Vasconcelos:

"O adestramento do ateniense na arte de argumentar era necessidade imposta pelo exercício das liberdades públicas que se definia essencialmente por sua integração na vida da pólis. Ser cidadão era cuidar dos negócios da cidade, participando dos debates públicos nas diversas assembléias e conselhos e nas sessões dos muitos tribunais, discutindo, persuadindo e decidindo. Se a 'a linguagem se tornara... a mais poderosa das armas nas grandes lutas políticas' (Cassirer, A, 182), foi exatamente porque a democracia quase direta a transformara no mais eficiente instrumento de formação da vontade popular". (Op. cit., p. 64/65).

Vontade popular, aí entendida, por certo, de forma restritiva, uma vez que a vontade popular se confundia com a do cidadão (homem livre), enquanto grande parcela da população era composta de escravos. Também as mulheres e os estrangeiros eram excluídos da política, com o que se revelam igualmente o traço patriarcal e xenófobo da sociedade grega de antanho.

Para os gregos, em última análise, a participação política do cidadão era de fato muito importante, mas não compulsória. O cidadão ele mesmo é que queria afirmar-se como tal, distinguindo-se, assim, dos demais e inferiores segmentos da comunidade.

E, por outro lado, é até facilmente explicável a atribuição do epíteto de inútil àquele que se abstinha de participar da administração da coisa pública: como os cidadãos não precisavam trabalhar, já que eram sustentados pelo trabalho escravo, se eles igualmente não se dispusessem a gerir a coisa pública, nada mais lhes restava a fazer, senão o ócio.

Essa não é - dispensam-se comentários - a realidade dos dias que correm.

### III - AS EXPRESSÕES POSITIVA E NEGATIVA DA LIBERDADE:

A liberdade não tem um conceito unívoco.

Entre as várias acepções da liberdade, existe aquela, predominante na tradição liberal, como informa Norberto Bobbio (*In Liberalismo e Democracia*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1998), para a qual os termos "liberdade" e "poder" são rigorosamente contraditórios e antitéticos, realidades incompatíveis e inconciliáveis. O poder teria a natural propensão a invadir os espaços da liberdade, ao passo que essa - no afã de expandir-se - teria, por seu turno, a vocação de desafiar o poder. Nesse sentido, nas relações interpessoais, à medida que cresce o poder de uma pessoa, diminui a liberdade negativa da outra, e, à proporção que aumenta a liberdade negativa da segunda, decresce, quanto a ela, o poder da primeira.

Para a tradição liberal, portanto, a liberdade tem um caráter negativo, no sentido de que consiste ela na ausência de determinação. O cidadão tem o natural direito de autodeterminar-se em tudo aquilo que convenha aos seus fins enquanto pessoa. Segundo essa visão, a liberdade é em relação ao Estado. Curiosa a passagem citada por Bobbio, lembrando Thomas Paine:

"A sociedade é produzida por nossas carências e o governo por nossa perversidade; a primeira promove a nossa felicidade *positivamente* mantendo juntos os nossos afetos, o segundo *negativamente* mantendo sob freios os nossos vícios. Uma encoraja as relações, o outro cria as distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer condição uma bênção; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável". (Op. cit. p. 21, destaques no original).

O trecho transcrito - que denota uma maniqueísta perspectiva do problema da liberdade - bem poderia ser utilizado como carta de princípio dos liberais.

A liberdade, todavia, não o é apenas contra o poder. Ela também pode ser vislumbrada como liberdade de participar do poder. É precisamente a liberdade em sua acepção positiva, para a qual fecharam os olhos os arautos do liberalismo político.

A liberdade - enquanto componente da democracia - não pode ser pensada de forma simplista, unicamente como a limitação das ingerências do Estado na vida do homem.

Evitem-se os excessos dos liberais e dos utilitaristas. A liberdade - uma das dimensões, mas não a única, da democracia - é tanto a garantia de o cidadão não ser molestado em seu espaço privado, como o é a de integrar a vontade do Estado com a própria. Só assim o cidadão será livre.

A dificuldade para responder à indagação inicial - se o voto obrigatório se compadece com o princípio democrático - perdura. Distinguir as esferas positiva e negativa da liberdade, se por um lado me pareceu necessário, não é suficiente. Porque o grande imbróglio é identificar os limites da esfera privada do cidadão. Sem isso, patina-se no vazio.

Afirmar que o voto obrigatório é antidemocrático porque viola a liberdade negativa - como se toda imposição do Estado implicasse extravasamento de poder - é por demais insatisfatório. Seria antidemocrática a prática do Estado que constrangesse o cidadão, sob ameaça de sanção, a matricular os seus filhos menores em escola de ensino básico? Evidentemente que não.

Aquilo que concorre para a sobrevivência mesma do Estado é sempre colocado imperativamente, sem margem para opção. O imposto, de que já falei, é exemplo recorrente. Não se vai dizer, com possibilidade de êxito, que a cobrança compulsória de tributos viola a liberdade do cidadão. Seria absurdo.

A princípio, a compulsoriedade do voto, se entendido esse como primordial à sobrevivência da organização política, seria plenamente defensável. Do tema, sem arriscar um posicionamento pessoal, tratou Hans Kelsen, *ipsis litteris*:

"O fato de o sufrágio ser uma função pública por meio da qual se criam órgãos essenciais do Estado não é incompatível com a sua organização como direito no sentido técnico do termo; no entanto, pode surgir a questão de saber se é apropriado deixar o exercício dessa função vital ao livre-arbítrio do cidadão, que é a questão de saber se o sufrágio é um direito. Se a função eleitoral for considerada como sendo uma condição essencial na vida do Estado, é apenas coerente que se faça do sufrágio um dever do cidadão, um dever jurídico, e não simplesmente moral, e isso significa instituir uma sanção a ser executada contra o cidadão que não exerce a função de votar tal como prescrita pela lei. (*In Teoria do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 1992, p. 286/287).

Combater o voto compulsório sob o exclusivo pálio argumentativo da ofensa à liberdade é procedimento improficuo, que não conduz a resultados satisfatórios.

Resta indagar, no entanto, se a essencialidade da função eleitoral, de que fala Kelsen, pode ser atribuída ao voto em si, quer dizer, ao ato de o cidadão comparecer à sessão eleitoral e depositar o seu voto, ou se, por outra, mais importante para a vida do Estado, e portanto essencial, é a participação consciente do cidadão, forjada numa educação cívica democrática.

A mim me parece que a teoria da representação não se compadece com a manifestação do cidadão desprovida de intencionalidade, de volitividade.

Se por representante deve-se entender aquele que atua em nome do representado, na salvaguarda dos interesses gerais da coletividade, não

há como admitir uma representação que fuja à íntima e soberana discricção do representado, inclusive quanto à sua oportunidade. Não estou discutindo aqui se o mandato deve ser imperativo ou não. Não é esse o ponto. A doutrina prevalecente enxerga no representante não um delegado, mas um fiduciário.

Argumentar que os eleitos também representam os que se abstêm, razão pela qual a objeção improcederia, não me impressiona. Ora, o alheamento também pode ser considerado uma atitude política. A omissão, de igual forma. Pode-se ou não concordar com eles, mas o que caracteriza a democracia não é precisamente a pluralidade, a convivência dos contrários? A tolerância não é uma viga mestra da teoria democrática?

É saber: será que a soberania popular, idéia chave no conceito democrático, não se reflete na madura e desejada participação omissiva no ato de votar?

Se a tolerância é conceito insito ao de democracia, não se admite a intolerância senão com o intolerante. Logo, deve-se tolerar o comportamento do cidadão que, numa postura política consciente, resolva-se por não participar do processo eletivo.

E mais: o que se abstém de votar concorre para que o resultado da votação seja aquele verificado e não outro. É, sem dúvida alguma, uma opção. Negativa. Mas não necessariamente niilista. Às vezes, densamente ideológica.

A representação, seguindo tais escólios, pode dar-se pela opção negativa diante do processo eleitoral, sem que com isso reste maculada - por ofensa à lógica - a sua construção teórica. Tal já não acontece quando há prévia e compulsória determinação de opção positiva, em que o eleitor está constrangido a indicar representante, ainda quando não o deseje.

Se se afirmar, todavia, que não existe a opção positiva, considerando que o cidadão não está, a bem da verdade, na iminência de escolher entre os vários candidatos, então só se pode pensar que o voto obrigatório é uma falácia, porque nunca existiu. O que sempre houve foi o comparecimento compulsório. E até nem isso.

Nessa última hipótese, então, se se entender que o voto é essencial à sobrevivência do Estado (e, portanto, de exercício compulsório, porque, diga-se mais, dele depende a superestrutura estatal), ter-se-á que concluir,

em necessário paralelismo, que não seria possível e a lei deveria instituir meios de proibir e evitar os votos brancos e nulos, porque atentatórios à permanência do Estado.

Não me parece haja meios-termos: ou o voto é essencial, por si, à sobrevivência do Estado, e, pois, de exercício compulsório, ou, por outra, em si não é essencial, sendo essencial ao regime democrático apenas a garantia do exercício do voto para todo aquele que o queira exercer livre e conscientemente. Se se defende a primeira hipótese, fica-se em dificuldade de sustentar que o ordenamento admita e possibilite os votos branco e nulo. Se se abraça a segunda corrente, explica-se com facilidade o fenômeno.

Há que fazer uma mais ponderação. Não cabe falar em essencialidade do voto para a sobrevivência do Estado porque sempre, em todas as épocas, houve e há, ainda hoje, Estados onde não prevalece a soberania popular. Só se pode falar em essencialidade do voto, quando muito, para a manutenção dos Estados democráticos.

A questão é, pois, de liberdade e também é de lógica.

#### IV - AS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA:

A democracia não se define apenas pela participação popular na formação da vontade do Estado. Ela - como sustenta Alain Touraine (O que é a Democracia, Editora Vozes, Petrópolis, 2ª edição, 1996) - não prescinde de princípios que a resguardem do arbítrio no exercício do poder.

Um governo amplamente apoiado pelas massas populares pode ser um governo despótico e antidemocrático. A História dá-nos exemplos: a Alemanha nazista; a Itália fascista. Não se pode negar que os governos que ali se instalaram, resultado da má cicatrização das feridas do primeiro pós-guerra, contaram, a princípio, com o amplo consentimento da população. Nem por isso, no entanto, foram governos democráticos. Isso prova que a participação popular no poder é essencial, mas não suficiente à causa democrática.

A democracia é mais do que a simples participação popular no poder.

Alain Touraine, no livro já citado, aponta três dimensões para a democracia - a limitação do poder do Estado, a cidadania e a

representatividade dos dirigentes. A interdependência delas é que constituiria, para o mencionado autor, a democracia. Arriscar-me-ia a apontar uma quarta dimensão: a tolerância. Se para Touraine não há possibilidade de democracia sem a limitação do poder do Estado, sem uma cidadania conquistada e reafirmada a cada dia e sem a representatividade dos dirigentes, parece-me que descabe, de igual sorte, cogitar de regime democrático quando não há espaço para a tolerância, em todos os seus matizes, inclusive e sobretudo o político-ideológico.

Numa época como a nossa - que Bobbio definiu como de politeísmo de valores - o único templo aberto, segundo o mesmo autor, deveria ser o Panteão, onde cada qual pudesse adorar o seu próprio deus. Desde que - impõe apressar-se a completar - todos consentissem em jogar o jogo democrático, tanto os que participam ativa como os que participam passivamente do processo social (o eleitoral, inclusive) e até aqueles que dele se negam - por motivos diversos que descabe considerar aqui - a participar.

A democracia não é o resultado da adição dos princípios elencados por Touraine. Tampouco qualquer dos anteditos princípios (limitação do poder do Estado, representatividade dos dirigentes políticos e cidadania) deve sobrepujar-se ao outro, mas conviver em justa e equilibrada harmonia.

Parece-me de bom alvitre superar, por isso, o fetiche da cidadania, ou seja, aquela postura que o próprio Touraine chamou de "obsessão da identidade comunitária" (Op. cit., p. 102). Não se reduza o homem ao cidadão. Aquele é anterior a esse. Em simetria, não se reduza a sociedade civil ao Estado, porque aquela é anterior e superior a esse. Tanto é assim que se falou em limitação dos poderes do Estado. Em nome de quê? Em nome dos direitos fundamentais.

Diz-se, amiúde, que o homem é ator social. A metáfora não me agrada muito. Se por ator se entender aquele que desempenha um papel previamente escrito, cujas falas e atos lhe são ensinados prematuramente e de cujo *script* não pode fugir, recuso-me a admitir a propriedade da expressão. O homem, mais do que ator, é autor social, porque é ele quem deve escrever o seu próprio papel, compor o seu próprio personagem, construir o seu próprio enredo. Cada homem e cada povo é co-autor e ator de sua própria história.

O maior sustentáculo da democracia e aquilo que lhe empresta mais viril fulgor, portanto, é a vontade do cidadão de participar, responsabilmente, da coisa pública. Essa é a conclusão de Touraine, com a



qual estou em linha de convergência.

#### V - O VOTO E A SUA EVOLUÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO:

Como se disse em linhas transatas, a tradição constitucional brasileira sempre foi pelo voto compulsório.

A Constituição do Império cuidava dos direitos políticos - sufrágio e elegibilidade - em seus capítulos 90 a 97, nos quais estabelecia os requisitos indispensáveis para o exercício do voto pelos cidadãos. Ei-los:

"Art. 90. As nomeações dos deputados e senadores para a Assembléa Geral, e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias, serão feitas por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos ativos em Assembléas Paroquiais os eleitores de Província, e estes os Representantes da Nação, e Província.

Art. 91. Têm voto nestas eleições primárias:

I - Os cidadãos brasileiros, que estão no gozo de seus direitos políticos.

II - Os estrangeiros naturalizados.

Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Paroquiais:

I - Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados, e Oficiais Militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados e clérigos de Ordens Sacras.

II - Os filhos famílias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem officios públicos.

III - Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros, e primeiros-caixeiros das casas de comércio, os criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas rurais e fábricas.

IV - Os religiosos, e quaisquer, que vivam em comunidade claustral.

V - Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas

Primárias de Paróquia, não podem ser membros, nem votar na nomeação de alguma autoridade eletiva nacional, ou local.

Art. 94. Podem ser eleitores, e votar na eleição dos deputados, senadores, e membros dos Conselhos de Província todos os que podem votar na Assembléa Paroquial. Excetuam-se:

I - Os que não tiverem de renda anual duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego.

II - Os libertos.

III - Os criminosos pronunciados em querrela, ou devassa.

Art. 95. Todos os que podem ser eleitores, são hábeis para serem nomeados deputados. Excetuam-se:

I - Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na forma dos arts. 92 a 94.

II - Os estrangeiros naturalizados.

III - Os que não professarem a religião do Estado.

Art. 96. Os cidadãos brasileiros em qualquer parte, que existam, são elegíveis em cada Distrito eleitoral para deputados, ou senadores, ainda quando aí não sejam nascidos, residentes, ou domiciliados.

Art. 97. Uma Lei regulamentar marcará o modo prático das eleições, e o número dos deputados relativamente à população do Império."

A transcrição bem demonstra que o voto no Brasil imperial era censitário, estando muito longe do princípio da universalização. Uma mais acurada análise mostrará que não só para o exercício do voto era necessária a posse de bens, como isso era exigido também dos candidatos aos cargos eletivos - condição de elegibilidade - conforme inciso I, art. 95.

As restrições impostas pela Carta de 1824 ao direito de sufrágio eram tantas que a massa eleitoral brasileira, à época, era extremamente pequena. Para ter-se uma idéia, basta dizer que em 1881, quando a população brasileira era de doze milhões de habitantes, o número de eleitores inscritos alcançava o inexpressivo número de cento e cinquenta mil pessoas, como informa o Professor Octaciano Nogueira, citando Afonso Arinos (*In A Constituição de 1824. Centro de Ensino à Distância, UnB, Brasília, 1987*). É dizer: 1,25% da população decidia como viveria a inteira nação.

Não se deve, todavia, atribuir as restrições impostas à universalidade do sufrágio a uma infeliz característica da legislação brasileira.

De efeito, o princípio da universalização do voto só tomou corpo bem recentemente, já neste século XX.

Perceba-se que o constituinte da Carta Imperial não separava nitidamente as questões temporais e espirituais, tanto que negava capacidade eleitoral passiva aos que não professassem a religião do Estado (inciso III, art. 95).

Diferentemente do que acontece hoje, o número de parlamentares deputados à Câmara era matéria de lei ordinária, portanto, infraconstitucional (art. 97 supra).

Advirta-se que já em sua primeira Constituição o Brasil adotou - para não mais largar - o bicameralismo.

Proclamada a República, sobrevém a primeira Constituição republicana, de 1881, que, por sua vez, tratava dos direitos políticos no Título IV, "Dos Cidadãos Brasileiros". Prescrevia o seu artigo 70:

"São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais, ou para as dos estados:

1º Os mendigos;

2º Os analfabetos;

3º As praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º Os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra, ou estatuto, que importe a renúncia da liberdade individual.

§ 2º São inelegíveis os cidadãos não-alistáveis".

Um primeiro avanço que se verifica na Carta de 1881 é o abaixamento da idade mínima para o exercício do voto, postura essa que agregou um contingente de eleitores significativo ao corpo eleitoral do país, predominantemente uma nação de jovens àquela época e por muito tempo.

Não há referências expressas igualmente à renda anual como condição da capacidade eleitoral ativa, embora o direito ao sufrágio fosse excetuado aos mendigos e analfabetos. Com isso, continuava-se por excluir

da vida política os menos abastados, com o que se pode dizer predominava o voto censitário.

Persistia-se na atitude de negar ao militar e ao religioso o direito ao sufrágio, como se a farda e o hábito ofuscassem a condição de cidadão.

Desnecessário dizer como se processavam as eleições brasileiras sob a vigência da sua primeira Constituição Republicana: corrupção, fraude, eleições simuladas, domínio dos coronéis. As atas eleitorais eram falsificadas e sequer o eleitorado comparecia às urnas.

Os coronéis - di-lo a história dos bons autores nacionais - eram os donos dos votos e dos eleitores.

A Carta de 1934 é a primeira a referir-se, expressamente, à obrigatoriedade do voto. A capacidade eleitoral ativa era tratada no artigo 108, que dizia:

"São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei"

Parágrafo Único. Não se podem alistar eleitores:

a) os que não saibam ler e escrever;

b) os praças de pré, salvo os sargentos do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;

c) os mendigos;

d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos".

Conquanto a Carta de 34 aludisse, pela vez primeira, ao direito de sufrágio da mulher, esse direito, na verdade, já houvera sido reconhecido desde o Código Eleitoral de 1932. Em boa parte da Europa e nos Estados Unidos da América a conquista se fez antes.

Interessante notar, a esse propósito, que no berço da democracia moderna - a Inglaterra - o direito ao sufrágio feminino só surgiu em 1928, quando, na antiga colônia inglesa na América, ele já perdurava desde 1919.

A segunda Constituição Republicana prosseguiu com a tendência de abaixar a idade mínima para o exercício do voto, de vinte e um para dezoito anos. Merece aplausos por isso.

Rezava o artigo 109, que inaugurou a nossa tradição de expressa referência à obrigatoriedade do voto:

“O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”.

Enquanto o alistamento e o voto eram obrigatórios para os homens, sem outras condições senão aquelas gerais previstas (art. 108), no caso das mulheres o voto só era compulsório para aquelas que exercessem função pública remunerada, como se vê textualmente no dispositivo transcrito.

A diferença de tratamento era, como é, de difícil compreensão. Na verdade, traduzia o sistema patriarcal e machista em que vivíamos: a mulher precisava de algo mais para ser considerada cidadã. Se se entender que o voto é função pública impostergável e título de cidadania, não se o pode cassar por motivo de sexo. O tratamento dado à mulher era indiscutivelmente inferiorizante.

Não estou a afirmar que a institucionalização da obrigação do voto é título de cidadania - bem longe estou disso. O que afirmo é que, se se pensa que o voto é dever cívico irrecusável, não se podem erigir condições para o seu exercício diferentes para homens e mulheres.

Conquanto a Carta de 1934 houvesse abraçado o sufrágio universal, direto e igual (art. 23), a realidade histórica foi um pouco diferente. Com efeito, o Presidente da República foi eleito pela Assembléia Constituinte, assim como os Governadores foram eleitos pelas respectivas Assembléias Constituintes de seus Estados, tudo por força do que dispunha o artigo 3º das Disposições Constitucionais Transitórias.

O artigo 117 da Constituição de 1937 - Constituição do Estado Novo - reproduzia o artigo 108 da Carta de 1934 e suscitou muitos debates acerca da maioria civil. Questionava-se, desde 34, se o abaixamento da idade para a aquisição da capacidade política implicava a revogação do Código Civil, no que concernia à capacidade civil. Posicionou-se a doutrina, de forma acertada, pela solução negativa.

O parágrafo único do artigo 117 da Carta de 37 dispunha sobre aqueles que não podiam alistar-se eleitores. Eram eles: os analfabetos; os militares em serviço ativo; os mendigos e os que estivessem privados,

temporária ou definitivamente, dos direitos políticos. Como se vê, nenhuma particular inovação em relação a tudo quanto já dispunham as ordens constitucionais pretéritas, no que diz respeito à capacidade eleitoral ativa.

Uma evolução significativa, porém, é que não se exigia nenhuma condição especial de elegibilidade para os candidatos à Câmara dos Deputados. Bastava-lhes ser eleitor.

A Carta de 1937 foi - no geral - omissa quanto ao sistema eleitoral, instituído com o Código de 32 e aprimorado com a Carta de 34, o que representou um enorme retrocesso para as instituições democráticas do país. De efeito, o sistema eleitoral precedente criara uma Justiça Eleitoral a quem fora atribuído o alistamento dos eleitores, o exame das arguições de inelegibilidade e incompatibilidade, a apuração dos votos, a proclamação dos eleitos (art. 83). Tudo isso - o que não é de causar espécie, visto tratar-se de um período de exceção, autoritário - sequer foi mencionado pela Carta de 37.

A Constituição de 1946 - baluarte da redemocratização do país - representou a retomada da garantias dos direitos políticos da sociedade brasileira. Trouxe ela significativos avanços para o sistema eleitoral, entre eles a garantia do voto secreto (já referendado pelo Código Eleitoral de 32), indispensável à livre escolha de representantes pelo corpo eleitoral.

Dizia o seu artigo 134:

“O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”.

Não obstante o seu caráter libertário - natural após um regime ditatorial - a Constituição de 46 manteve a proibição do voto dos analfabetos (art. 132), aos quais era defeso o alistamento, muito embora o artigo 133 prescrevesse que “o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”.

Com a insistência na negativa de atribuir-se capacidade eleitoral ativa ao analfabeto, o princípio da universalização do voto era por demais mitigado e não chegou, a bem da verdade, a ser aplicado em toda a sua inteireza. Ora, historicamente o índice de analfabetismo no Brasil nunca esteve abaixo da casa dos 20%, o que representa um contingente humano muito superior a populações inteiras de diversos países latino-americanos,

por exemplo. E como, então, falar-se em democracia representativa diante de tal cenário? Como falar-se, pois, no voto como função e essencial à sobrevivência do Estado? Não seria um contra-senso instituir-se a obrigatoriedade do voto para, ao depois, estabelecerem-se discriminações fundadas no grau de instrução? As respostas que busco devem ser encontradas no campo principiológico, não meramente no pragmático.

Com o golpe militar de 1964 - que alguns historiadores pouco sérios insistem em cognominar, num eufemismo ridículo, de Revolução - são cassados os direitos da cidadania brasileira. A Constituição Formal era exemplar, palreando um rosário de "direitos políticos" (arts. 147 a 151), enquanto a Constituição Material era bem diversa, pela prática de arbitrariedades contra a vontade popular e os direitos fundamentais.

Suprimiram-se a liberdade de imprensa, o livre curso do pensamento, o livre trânsito da manifestação artística e científica. Tudo passou a ser tratado pela ótica míope da ideologia dos generais. Mas, contraditoriamente, o voto continuou a ser obrigatório.

Foram inúmeros os casuísmos e farta a legislação espúria, cujo único propósito era anular a soberania popular. Vejam-se os exemplos: Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15.07.65 e suas alterações); Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n.º 5, de 29.04.70 e suas alterações); Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n.º 5.682, de 21.08.74 e suas alterações); Lei de Transporte e Alimentação (Lei n.º 6.091, de 15.08.74).

Apesar disso, o voto continuava sendo compulsório, a pretexto de integrar a população na vida democrática. Vida democrática de um país que só podia ter dois partidos políticos (Arena e MDB); cujas manifestações artísticas sofriam com a intolerância da censura; cujos intelectuais foram mandados embora; cujas universidades foram esvaziadas e perderam referência como centro de saber; cuja literatura passou a ser pouco mais do que um panfleto do poder dominante; cujas escolas primárias (e eu tive essa experiência) ensinavam aos incautos garotos que "esse é um país que vai para a frente, de um povo unido, de grande valor, um país que canta, trabalha e se agiganta, um país do nosso amor", numa espécie de patriotismo pueril e gasto, tão estéril quanto a senilidade... Mas o voto ainda era obrigatório.

O voto era obrigatório, mas as consciências não eram livres.

Votava-se compulsoriamente, mas nem sempre se sabia em quem se votava e por que se votava.

Na vigência da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 69, foram banidas as eleições diretas para Presidente, Governador e Prefeito.

E o voto era compulsório. Talvez para fingir à comunidade internacional que nós tínhamos uma "autêntica" democracia. Talvez para iludir o público interno de que nós vivíamos efetivamente uma democracia, "num país que trabalha e se agiganta".

O período de exceção pós-64 representou a ausência do Estado de Direito. Quem quer que aspirasse aos princípios democráticos era tido na conta de "subversivo" e contrário aos ideais libertários do regime de força que se instalara. Nunca, em nossa história republicana - nem mesmo na era Vargas - o presidente teve tanto poder quanto os presidentes-generais. Citem-se dois exemplos, apenas: o poder de restrição a emendas nos projetos de sua iniciativa; o famigerado decreto-lei (esse com uma nova roupagem nos dias que correm: a medida provisória, uma boa idéia que vem tendo manejo autoritário).

Com a Constituição Federal de 1988, redemocratizou-se a sociedade brasileira. Sobreveio a liberdade de expressão do pensamento, de criação e atuação dos partidos políticos. Sepultou-se a censura. Respirou-se.

Mas não conseguimos superar o mito do voto obrigatório.

Diz o § 1º, do art. 14, da *Lex Legum* em vigor:

"O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativo para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A nova Carta Política representou, sem dúvida alguma, um avanço expressivo para a construção da nossa democracia. Facultou o voto para os analfabetos, assim como para os maiores de setenta anos e maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Poderia ter ido mais longe. Poderia ter instituído o voto facultativo como regra. Não o fez, porém.

A atual ordem constitucional permitiu - quebrando uma tradição brasileira de há muito estabelecida - o voto dos militares. Manteve, todavia,

a proibição de alistamento eleitoral aos conscritos, ou seja, aqueles recrutados anualmente para o treinamento obrigatório nas Forças Armadas. Não vejo nenhuma razão para a restrição, que de maneira alguma se justifica. Os conscritos são cidadãos e não perdem essa condição por estarem a serviço obrigatório da pátria. O exercício do voto de modo algum se incompatibiliza com a prestação do serviço militar. Portanto, os conscritos devem ter direito ao sufrágio.

A nossa história republicana - marcada, é bem verdade, por longos períodos de exceção - demonstra cabalmente que a instituição do voto obrigatório não oferece contribuição significativa para a construção de uma democracia plena. Precisa ser repensada.

#### VI - O VOTO NO DIREITO COMPARADO:

Hoje, a grande maioria dos países do mundo pratica o voto facultativo e não há notícias de que vivam, por isso, em crise institucional ou de legitimidade do poder.

O argumento de que o voto facultativo transformar-se-ia em fator desestabilizador da sociedade, à medida que promoveria o desinteresse pela cidadania e pelas questões do Estado, não encontra respaldo, portanto, na prática de centenas de países que não adotam o voto obrigatório e que - coincidência ou não - são exemplos de democracia em todo o mundo. Citem-se, para ficar em dois, os Estados Unidos da América e a Suíça.

Caminhando por outras searas, se o voto compulsório fosse garantia de estabilidade das instituições democráticas não teria havido golpe militar no Brasil nem na maior parte dos países ao sul do Equador. O que se tem é, portanto, uma tese que se contrapõe ao fenômeno e, não satisfeita com o desmentido categórico e reiterado dos seus postulados, tenta provar que o fenômeno é que está errado...

Nos dias presentes, o voto continua sendo obrigatório em aproximadamente trinta países do mundo, metade dos quais está na América Latina. Isso não quer dizer que países desenvolvidos, como a França, *verbi gratia*, não pratiquem o voto obrigatório.

A pesquisa que empreendi permitiu-me traçar um esboço demonstrativo de como as legislações estrangeiras tratam a matéria. A seguir, elenco alguns países, primeiro onde o voto é compulsório, depois onde o

voto é facultativo, indicando, para cada um deles, o dispositivo constitucional que versa sobre o assunto.

O voto é obrigatório nos seguintes países:

1 - Nação Argentina - art. 37. "Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio".

2 - República do Chile - art. 15. "En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio."

3 - República Popular de Angola - art. 20. "Todos os cidadãos maiores de 18 anos, com exceção dos legalmente privados dos direitos políticos, têm o direito e o dever de participar ativamente na vida pública, votando e sendo eleitos ou nomeados para qualquer órgão do Estado e desempenhando os seus mandatos com inteira devoção à causa da Pátria e do Povo Angolano."

É interessante notar que Angola constituiu-se num Estado socialista, onde o poder é exercido pelo MPLA - Partido do Trabalho, de inspiração marxista-leninista, conforme expressamente vai dito no artigo 2º de sua Carta Fundamental. Pois bem. O paradoxo é inevitável: o voto é obrigatório onde o partido é único e o cidadão nem tem opção. Para que, então, o voto?

4 - Estados Unidos Mexicanos - art. 35. "São prerrogativas do cidadão: I - votar nas eleições populares". Art. 36. "São deveres do cidadão da República: III - votar nas eleições populares, no respectivo distrito."

Curioso verificar que, apesar dos termos imperativos do dispositivo acima transcrito, não se vem aplicando sanção alguma àquele que deixar de votar. Leiam-se as palavras de José Woldenberg, expressas no artigo "El Voto", *in verbis*

"Los derechos y las prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36.

Dicha suspensión - según el dictado Constitucional - 'durará un año y se impondrá además de las otras penas

que por el mismo hecho señalare la ley'. No obstante, como todos sabemos, si uno no vota o deja de registrarse en el padrón no se le impone ningún castigo. De tal suerte que en nuestro país el derecho a votar es eso, una prerrogativa que si no se ejerce no acarrea pena legal alguna." (*In Serie Derechos Políticos, Academia Maxicana de Derechos Humanos, Filosofía y Letras, n.º. 88, Copilco Universidad, México-DF, 1997*).

5 - República Portuguesa - art. 49. 1. "Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. 2. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico."

6 - República da Venezuela - art. 110. "O voto é um direito e uma função pública. O seu exercício será obrigatório, nos limites e condições que a lei estabelecer."

7 - República Popular de Moçambique - art. 27. "Na República Popular de Moçambique todos os cidadãos têm o direito e o dever de, no quadro da Constituição, participar no processo de criação e consolidação da democracia, em todos os níveis da sociedade e do Estado." Art. 28. "Todos os cidadãos da República Popular de Moçambique maiores de 18 anos têm o direito de votar e ser eleitos, com exceção dos legalmente privados deste direito."

Assim como Angola, Moçambique é um Estado socialista, onde o poder é exercido pelo FRELIMO, partido único, de orientação marxista-leninista. É o que prescreve em claras linhas o artigo 3º da Constituição Federal.

8. Itália - art. 48. "São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que tenham atingido a maioridade. O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício constitui dever cívico. O direito de voto não pode ser limitado senão por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral cominados na lei."

9. França - art. 3º. "A soberania nacional pertence ao povo, que a exerce através dos seus representantes e através de referendos.

Nenhuma secção do povo e nenhum indivíduo se podem arrogar o seu exercício.

O sufrágio pode ser direto ou indireto nos termos previstos pela Constituição. É sempre universal, igual e secreto.

São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses, maiores, de ambos os sexos, no gozo dos direitos civis e políticos."

Em França, são eleitos por votação direta o Presidente e os Deputados (arts. 6º e 24, 1, CF). O senado, por sua vez, é eleito por votação indireta (art. 24, 2).

10. República Oriental do Uruguai - art. 77: "Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación; como tal es elector y elegible en los casos y formas que se designarán.

El sufragio se ejercerá en la forma que determine la Ley, pero sobre las bases siguientes:

1º. Inscripción obligatoria en el Registro Cívico;

2º. Voto secreto y obligatorio. La ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, reglamentará el cumplimiento de esta obligación."

Eis algumas ordens constitucionais onde o voto é facultativo:

11 - República Federal da Alemanha - art. 38. "Os deputados ao Parlamento Federal Alemão são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. São representantes de todo o povo, independentes de mandato imperativo e instruções e subordinados unicamente à sua consciência.

12 - Confederação Suíça - art. 43. "Todo o cidadão de um cantão é cidadão suíço. 2. A esse título, pode participar, no lugar onde tiver o seu domicílio, em todas as eleições e votações federais, desde que justifique devidamente a qualidade de eleitor."

13 - Estados Unidos da América - XV Emenda (1870): 1. "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão." XIX Emenda (1920): "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum

que por el mismo hecho señalar la ley'. No obstante, como todos sabemos, si uno no vota o deja de registrarse en el padrón no se le impone ningún castigo. De tal suerte que en nuestro país el derecho a votar es eso, una prerrogativa que si no se ejerce no acarrea pena legal alguna." (*In Serie Derechos Políticos, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Filosofía y Letras, n.º 88, Copilco Universidad, México-DF, 1997*).

5 - República Portuguesa - art. 49. 1. "Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. 2. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico."

6 - República da Venezuela - art. 110. "O voto é um direito e uma função pública. O seu exercício será obrigatório, nos limites e condições que a lei estabelecer."

7 - República Popular de Moçambique - art. 27. "Na República Popular de Moçambique todos os cidadãos têm o direito e o dever de, no quadro da Constituição, participar no processo de criação e consolidação da democracia, em todos os níveis da sociedade e do Estado." Art. 28. "Todos os cidadãos da República Popular de Moçambique maiores de 18 anos têm o direito de votar e ser eleitos, com exceção dos legalmente privados deste direito."

Assim como Angola, Moçambique é um Estado socialista, onde o poder é exercido pelo FRELIMO, partido único, de orientação marxista-leninista. É o que prescreve em claras linhas o artigo 3º da Constituição Federal.

8. Itália - art. 48. "São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que tenham atingido a maioria. O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício constitui dever cívico. O direito de voto não pode ser limitado senão por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral cominados na lei."

9. França - art. 3º. "A soberania nacional pertence ao povo, que a exerce através dos seus representantes e através de referendos.

Nenhuma secção do povo e nenhum indivíduo se podem arrogar o seu exercício.

O sufrágio pode ser direto ou indireto nos termos previstos pela Constituição. É sempre universal, igual e secreto.

São eleitores, nas condições determinadas pela lei, todos os nacionais franceses, maiores, de ambos os sexos, no gozo dos direitos civis e políticos."

Em França, são eleitos por votação direta o Presidente e os Deputados (arts. 6º e 24, 1, CF). O senado, por sua vez, é eleito por votação indireta (art. 24, 2).

10. República Oriental do Uruguai - art. 77: "Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación; como tal es elector y elegible en los casos y formas que se designarán.

El sufragio se ejercerá en la forma que determine la Ley, pero sobre las bases siguientes:

1º. Inscripción obligatoria en el Registro Cívico;

2º. Voto secreto y obligatorio. La ley, por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, reglamentará el cumplimiento de esta obligación."

Eis algumas ordens constitucionais onde o voto é facultativo:

11 - República Federal da Alemanha - art. 38. "Os deputados ao Parlamento Federal Alemão são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. São representantes de todo o povo, independentes de mandato imperativo e instruções e subordinados unicamente à sua consciência.

12 - Confederação Suíça - art. 43. "Todo o cidadão de um cantão é cidadão suíço. 2. A esse título, pode participar, no lugar onde tiver o seu domicílio, em todas as eleições e votações federais, desde que justifique devidamente a qualidade de eleitor."

13 - Estados Unidos da América - XV Emenda (1870): 1. "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão." XIX Emenda (1920): "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum

Estado em razão do sexo." XXIV Emenda (1964): "Não pode ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou qualquer dos Estados o direito dos cidadãos dos Estados Unidos de votar em qualquer eleição primária para Presidente ou Vice-Presidente, para eleitores do colégio eleitoral do Presidente ou Vice-Presidente, ou para Senador ou Representante do Congresso, em razão de não haver pago qualquer imposto eleitoral, ou algum outro imposto." XXVI Emenda (1971): "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos, de dezoito anos de idade ou mais, não será negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer dos Estados, por motivo de idade."

14 - Espanha - art. 69. "O Senado é a Câmara de representação territorial. 2. Em cada província serão eleitos quatro Senadores por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto pelos eleitos nela inscritos, nos termos a fixar por lei orgânica."

A Espanha é um Estado social e democrático, de monarquia parlamentar (arts. 1º c/c 56 e 66 CF).

15 - Japão - art. 15. "O povo possui o direito inalienável de escolher os titulares de cargos públicos e de os demitir. Os titulares de cargos públicos são servidores de toda a comunidade e não de qualquer grupo. É garantido o sufrágio universal dos adultos. O voto é secreto. Ninguém será obrigado a responder pela escolha que fizer."

16 - Cabo Verde - art. 48. "Os deputados são eleitos pelos círculos eleitorais por sufrágio livre, universal, igual, direto e secreto. São eleitores todos os cidadãos nacionais maiores de 18 anos, ressalvadas as incapacidades estabelecidas na lei."

Observação: Estado onde o poder é exercido pelo PAICV (Partido Africano de Independência de Cabo Verde), de inspiração marxista-leninista, art. 4º c/c 10, CF.

17 - Argélia - art. 58. "Todo o cidadão que preencha as condições legais é eleitor e elegível." Art. 80. "Todo o cidadão é obrigado a dar provas de disciplina cívica e a respeitar os direitos, as liberdades e a dignidade dos outros." Art. 105. "O Presidente da República é eleito por sufrágio universal, direto e secreto da maioria absoluta dos eleitores inscritos." Art. 128. "Os membros da Assembléia Popular Nacional são eleitos por sufrágio universal, direto e secreto, sob proposta da direção do Partido."

A nação argelina é um Estado socialista (art. 10, CF), teocrático (art. 2º, CF), sendo o islã a religião oficial. É, também, um estado de partido único.

Mesmo em países governados por ditaduras proletárias, como se viu da breve pesquisa esboçada, admite-se a facultatividade do voto. Estão eles, os ditos países, sendo menos hipócritas do que aqueles outros que, não obstante vivam sob a ditadura do partido único, instituem o voto obrigatório, certamente na tentativa de legitimar o poder pelo consentimento popular, esboçado numa artificiosa participação popular no processo eleitoral. Mero engodo.

A experiência dos países que adotaram o voto facultativo joga uma pá de cal nos argumentos fundamentalistas daqueles que - valendo-se do discurso embasado no catastrofismo, tão ao gosto nos dias de hoje, proclamam que o fim do voto obrigatório implicaria a perda de soberania do povo e o predomínio de aristocracias organizadas. Tudo isso não passa de terrorismo de opinião. Países extremamente desenvolvidos como os Estados Unidos, a Suíça, a Alemanha, o Japão e até países pobres, como ficou visto, desmentem categoricamente essa falácia.

Poder-se-ia objetar: ora, o voto pode ser facultativo nesses países porque o seu povo é educado e o nível de vida da população dá-lhe a oportunidade de informar-se e esse não é o caso do Brasil.

Essa linha de raciocínio prova, apenas, quanto o seu mentor está dissociado de uma visão ampla da democracia. Essa construção teórica equivaleria àquela de dizer que a democracia só poderia ser praticada nos países desenvolvidos, sem grandes diferenças sociais, não assim quando se tratasse de nação pobre, com forte concentração de renda. Esquecem os apologistas de tais "verdades" que a democracia é fator indispensável de progresso econômico e social. Nesse sentido, os termos da equação devem ser invertidos. Antes eram: desenvolva-se um país e depois dê-se-lhe democracia. Agora deve ser: dê democracia ao país para que ele possa desenvolver-se de forma sustentada e equânime.

É claro que as decisões são mais difíceis num regime democrático, mas tendem a produzir melhores frutos.

Não se nega que, num primeiro momento, possa haver, por parte de setores descrentes da população, um sentimento de alívio por não ter mais de votar. Mas isso seria logo superado, pela percepção de que a integração no jogo democrático é decisiva para o progresso nacional e a



cristalização dos interesses em âmbito mais dilatado. De qualquer sorte, esses setores já demonstram a sua descrença hoje, votando em branco, anulando o seu voto, ou mesmo se abstendo de votar. A obrigatoriedade não tem o condão de cooptá-los; a persuasão racional, talvez.

O voto deixaria de ser "o fardo da cidadania" para ser a consciente e estudada expressão da vontade.

Mas não se romantize: a democracia não é fácil.

### VII - A NATUREZA DO VOTO:

José Afonso da Silva (*In Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 12ª Edição, São Paulo, 1996), ao tratar a matéria, formula uma distinção pertinente, que às vezes passa despercebida a alguns. Diz o mencionado autor que a Constituição Federal distingue os conceitos de sufrágio, voto e escrutínio. Conquanto os três termos refiram-se ao processo de participação do povo no governo, o primeiro termo expressa, na verdade, o direito (sufrágio); o segundo termo expressa o exercício do aludido direito, ou seja, o voto seria o exercício do direito de sufrágio; já o escrutínio expressa o modo por que se exerce o voto. Sem dúvida, válida a lição.

Num primeiro lance de vista, percebe-se que é totalmente descabido falar-se em dever de sufrágio, na legislação brasileira. Até porque, como se disse a passos já dados, o cidadão não está na iminência de votar em qualquer nome, sendo-lhe possível, já que o escrutínio é secreto, votar em branco ou mesmo votar nulo. Esqueça-se, porque imprópria, qualquer alusão à obrigatoriedade do sufrágio. Ele é um direito público subjetivo democrático. Posição essa defendida não só pelo autor de que se vem de falar como também pelo consenso razoável da doutrina brasileira.

Mas cabe já agora perguntar: e o voto, qual a sua natureza?

Dê-se a palavra a José Afonso da Silva:

"Daí se conclui que o voto é um direito público subjetivo, uma função (função da soberania popular na democracia representativa) e um dever, ao mesmo tempo. *Dever jurídico* ou *dever social*. Não resta dúvida de que é um dever social, dever político, pois, 'sendo necessário que haja governantes designados pelo voto dos cidadãos,

como é da essência do regime representativo, o indivíduo tem o dever de manifestar sua vontade pelo voto'. Esse dever sócio-político do voto independe de sua obrigatoriedade jurídica. Ocorre também onde o voto seja facultativo. Mas, como simples dever social e político, seu descumprimento não gera sanção jurídica, evidentemente." (Op. cit., p. 342 - destaques no original).

Como reconhece o próprio autor epigrafado, da circunstância - de resto plenamente aceitável no campo teórico - de que, num regime representativo, é necessário que haja governantes indicados pelos cidadãos, razão por que o voto constituiria um dever político, não se segue que seja igualmente o voto um dever jurídico. Quem quer que defenda o contrário está, a bem dizer, fazendo uma clara opção axiológica. A premissa maior (num regime representativo os governantes devem ser indicados pelos cidadãos) associada à premissa menor (o voto é um dever político) não permite a conclusão de que seja compulsório o voto. Não é, pois, como pretendem alguns, um mero exercício de raciocínio lógico-dedutivo. É uma clara opção feita a partir de uma pauta valorativa.

Ora, é lícito inferir que o voto não é obrigatório, apenas o comparecimento do eleitor à seção eleitoral o é. Mas, sendo assim, aquele cidadão que comparece à seção eleitoral e vota em branco ou nulo terá cumprido o seu dever jurídico, mas não terá, com certeza, cumprido o seu dever social e político. E então? Então nada, porque o dever social e político é de índole moral, sem sanção externa organizada. Apenas o não comparecimento injustificado à seção eleitoral é que é legalmente sancionável.

Percebe-se, do que ficou exposto, que o mais - o cumprimento do dever social e político - está na soberana discricção do eleitor; enquanto o menos - o comparecimento à seção eleitoral no dia da votação - é imposto pela lei com todas as pompas e circunstâncias. Causa espécie!

Aqueles que afirmam que o voto deve ser obrigatório uma vez que essencial à sobrevivência do Estado deveriam, por imposição de coerência, esposar a tese de que o cidadão está na contingência de escolher um nome. O voto válido é que seria a obrigação do eleitor. O não-voto - o voto branco ou nulo - seria, portanto, a expressão de violação do dever de votar, jamais uma opção política, consciente ou não, consentida pela lei.

Difícil encontrar tese mais fascista ou alguém que se sinta em boa

sombra para ventilá-la.

Se se entender, como imagino que deva ser, que o ato de votar não significa o simples depósito da cédula eleitoral na urna de votação e a assinatura da respectiva ata, mas a efetiva escolha de um representante, dentre os candidatos registrados, penso que o exercício do direito de sufrágio (o voto), se obrigatório, é incompatível com o escrutínio secreto.

O voto é sim um dever, mas um dever social e político. E ponto. No nosso meio, historicamente, o comparecimento do eleitor à sessão eleitoral no dia da votação, esse sim, sempre foi um dever jurídico.

É de perguntar: a que serve o dever jurídico de comparecimento à seção eleitoral, o depósito da cédula e a subscrição da ata de votação?

#### VIII - O VOTO OBRIGATÓRIO E O MITO DA LEGITIMIDADE:

Afirmarei sem rodeios: é falsa a idéia de que o voto compulsório empresta maior legitimidade ao poder constituído.

Aliás, a minha percepção do processo eleitoral diz-me exatamente o contrário, ou seja, que o governante terá tanto maior legitimidade quanto mais espontâneo houver sido o processo de sua escolha.

Pense-se em duas eleições. Na primeira, em que o voto é obrigatório, 80% dos eleitores comparecem e votam, sendo válidos 62% dos votos proferidos. Na segunda, em que o voto é facultativo, 50% dos eleitores comparecem e votam, sendo desprezível o número de votos inválidos. Onde estaria a maior legitimidade do poder, no primeiro ou no segundo caso?

Não tenho dúvidas em responder que no segundo caso. E por quê? Porque a legitimidade do poder democrático é mais do que quantidade, é qualidade também. É inegável que aquele cidadão que - não tendo a obrigação legal de fazê-lo - vai à seção eleitoral e vota validamente concorre muito mais para o aperfeiçoamento da democracia do que aquele que comete o mesmo ato compelido apenas pelo receio da sanção e nada mais. O primeiro debate, em casa, na escola, com a família, com os amigos, na comunidade, as melhores opções, o rumo a seguir. O segundo reverbera contra o sistema e amaldiçoa os infelizes que o fizeram perder um dia de praia e sol, que bem poderia ser aproveitado num feriado ocasional.

Pode ser que se imagine de forma diversa: que a quantidade é o único dado praticamente importante numa democracia (visão míope, mas possível!). Ainda assim, resta saber se a instituição do voto obrigatório traz alguma garantia de participação popular.

Vejam os - em rápidas referências - os números das últimas eleições brasileiras, ocorridas no final do ano transato. Os apresentados a seguir foram colhidos na página do Tribunal Superior Eleitoral - TSE na Internet, no seguinte endereço: <http://www.tse.gov.br/ele/divulgacao/pres-html>.

Havia no Brasil, aptos a votar nas últimas eleições, 106.101.067 (cento e seis milhões, cento e um mil e sessenta e sete) eleitores. Desses, 21,49% (vinte e um vírgula quarenta e nove por cento) se abstiveram na eleição presidencial, ou, em números absolutos, 22.798.922 (vinte e dois milhões, setecentos e noventa e oito mil, novecentos e vinte e dois) eleitores não compareceram às urnas. Dos votos apurados, 8,03% (oito vírgula zero três por cento) foram em branco, ou 6.688.610 (seis milhões, seiscentos e oitenta e oito mil, seiscentos e dez) eleitores que compareceram votaram em branco; e 10,67% (dez vírgula sessenta e sete por cento) foram de votos nulos, ou 8.884.430 (oito milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e trinta) eleitores compareceram às urnas simplesmente para anular o voto. O candidato vitorioso em primeiro turno, ressalve-se, obteve 53,06% (cinquenta e três vírgula zero seis por cento) dos votos válidos, ou 35.936.916 (trinta e cinco milhões, novecentos e trinta e seis mil, novecentos e dezesseis) votos. Esse universo corresponde a apenas 33,8% (trinta e três vírgula oito por cento) do eleitorado. Ou seja, o Presidente eleito, em primeiro turno, governará escudado na aprovação de apenas um terço do eleitorado. Não mais que isso! Mas a democracia não é o governo da maioria?!

Se os dados a serem considerados forem regionalizados, a situação fica ainda mais dramática. Nos estados federados menos politizados e mais atrasados econômica e culturalmente, o fosso é mais abissal. Em Sergipe, por exemplo, onde a abstenção na eleição presidencial foi de 21,66% (vinte e um vírgula sessenta e seis por cento), os votos em branco alcançaram o patamar de 13,17% (treze vírgula dezessete por cento) e os votos nulos atingiram o escore 12,74% (doze vírgula setenta e quatro por cento), o candidato mais votado obteve 47,37% (quarenta e sete vírgula trinta e sete por cento) dos votos válidos. Esse dado pode impressionar num primeiro momento, mas, se olhado com mais acuidade, revelará uma outra realidade, menos alvissareira: o candidato vitorioso teve apenas 27,5% (vinte e sete vírgula cinco por cento) dos votos daqueles que detinham capacidade eleitoral ativa no estado. E onde fica - uma vez mais - a regra da maioria?!

É claro que eu não ataco o resultado da eleição, ou afirmo que o Presidente eleito não tenha legitimidade para governar. Não é esse o ponto. Desmascaro simplesmente o argumento falso dos que afirmam que o voto facultativo afugentaria o eleitor. Ora, acima vão transcritos os dados das últimas eleições presidenciais; mas quem quer que se dê ao trabalho verá que os elevados índices de abstenção, votos brancos e nulos são uma constante na história eleitoral brasileira. E por quê? São muitos os fatores, razão pela qual me limito a apontar dois. Primeiro, pelas deficiências do próprio sistema: é ingênuo imaginar que num regime democrático todos participam e votam, porquanto sempre haverá os dissidentes, de quaisquer ideologias, de quaisquer idéias, de qualquer coisa. Depois, pela incapacidade da classe política brasileira de empreender um discurso que persuada a sociedade, atolada até o pescoço na descrença e na desesperança.

O fenômeno observado na eleição presidencial repetiu-se nas eleições para governadores. Na Paraíba, minha terra natal, o governador reeleito obteve a espantosa marca de 80,72% (oitenta vírgula setenta e dois por cento) dos votos válidos, reelegendo-se em primeiro turno. Esse número, no entanto, mascara outros, igualmente gigantescos: um quarto dos eleitores não votaram, ou seja, 24,63% (vinte e quatro vírgula sessenta e três por cento) dos eleitores não compareceram às urnas; 22,34% (vinte e dois vírgula trinta e quatro por cento) votaram em branco e 12,76% (doze vírgula setenta e seis por cento) votaram nulo (*In <http://www.tse.gov.br/ele/divulgacao/gov-pb.html>*). A eleição para o governo da Paraíba pode ser lida sob duas óticas, igualmente superlativas. Pela primeira, o governador reeleito estaria amplamente apoiado na opinião pública, já que obteve mais de oitenta por cento dos votos válidos. Pela segunda, o governador só teria o beneplácito de 39,48% (trinta e nove vírgula quarenta e oito por cento) do eleitorado e não teria, assim, consentimento popular. Mas não se cometa o maior de todos os crimes contra a lógica: a generalização banal.

O resultado das eleições proporcionais - deputado federal e deputado estadual - foi ainda mais dramático.

O que isso prova? Prova que o voto obrigatório não funciona como instrumento de legitimação do poder. Prova que a crítica lançada ao voto facultativo pelos fautores do voto compulsório, segundo a qual a legalização da abstenção levaria ao descaso do cidadão pela coisa pública, é uma teoria catastrofista que esquece - ou omite propositadamente - uma realidade palpável, que o comparecimento obrigatório não se mostrou capaz de mudar. Prova que, numa democracia, é inútil forçar o cidadão a tomar decisões políticas quando ele não esteja convencido de que o deva, da sua

oportunidade ou da viabilidade das opções que lhe são oferecidas.

Mas poder-se-ia objetar: se o voto não fosse obrigatório, a situação seria ainda pior do que aquela que ficou descrita. Logo, melhor que se preserve o modelo. A objeção pecaria, outrossim, por diversas razões. A uma, é conjectura pura, porquanto nunca houve experiência no Brasil que apontasse o acerto da idéia. A duas, prefere insistir num equívoco histórico a investir em novas concepções que revolucionem as instituições democráticas. A três, pela sua postura conservadora e misonéista, que rejeita a mudança apenas porque altera o estabelecido. A quatro, fecha os olhos para a experiência internacional, na qual o voto facultativo vem sendo empregado com bons resultados e sem comprometimento da ordem democrática. A cinco, esquece que a participação popular deve ser incentivada através de uma política de educação cívica, fortemente apoiada em princípios democráticos, de limitação do poder do Estado, respeito aos direitos fundamentais e proteção da cidadania.

#### IX - OS INCONVENIENTES DE ORDEM PRAGMÁTICA DO VOTO OBRIGATÓRIO:

Adoto o voto facultativo por princípio, na linha de tudo o quanto restou dito atrás. Todavia, muitas são as razões de ordem prática que também socorrem essa posição.

A representação política não ganha absolutamente nada com a instituição do voto compulsório, mas corre sérios riscos de perda. Efetivamente, na medida que o ato de votar deve traduzir minimamente algum interesse do cidadão em participar dos assuntos da vida social, o que esperar daquele que - pelos mais diversos motivos - não se sente inclinado a qualquer manifestação?

Por outro lado, não me parece desacertada a alegação de quantos afirmam que o voto compulsório é aliado do poder econômico no processo eleitoral. E por quê? Porque todo aquele que vota de forma consciente e após estudada análise das opções está em condições muito mais difíceis de ser cooptado do que aquele que não tem nenhum compromisso com o voto que profere. O primeiro comparece às urnas espontaneamente; o segundo, pressionado pelo receio da sanção. Aquele que vota sem qualquer interesse verdadeiro - e só o faz porque tem medo da sanção - desde logo deixa muito claro o seu total descompromisso com o voto, ao qual atribui pouca ou nenhuma importância, razão por que lhe é fácil dele dispor, fazer dele objeto

de mercância, sem qualquer constrangimento.

E mais. Como verbera com acerto Celso Antônio Bandeira de Melo (*In* Direito Eleitoral, Coordenadores Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Mário da Silva Velloso, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 43), o voto compulsório favorece a eleição de oportunistas e demagogos, haja vista que, sem dúvida alguma, o indiferente é com muito maior facilidade manipulável do que aquele que vota movido pela convicção. O indiferente - aquele que se jacta de desinteressar-se da política e votar apenas porque está a isso compelido - tenderá muito mais facilmente a sufragar o nome de qualquer pessoa que tenha notoriedade, no campo esportivo ou artístico, sem perquirir, superficialmente que seja, as idéias políticas que essa pessoa professa.

Perceba-se que a participação do cidadão no processo eleitoral é utilizada como argumento a favor da legitimação do processo em si. Ou seja, quanto maior a participação popular, mais legítimos o processo eleitoral e o resultado do pleito. Esquecem-se de dizer - os que assim pensam - que o cidadão pode questionar o próprio processo eleitoral, não o legitimando. E essa postura pode ter forte conotação política, de engajamento. Veja-se o caso da emenda constitucional que permitiu a reeleição. Não são poucas as pessoas que a ela ficaram contrárias, quer por motivo de princípio, quer porque não admitem a mudança das regras do jogo para benefício do príncipe do momento. Pois bem. Essas pessoas não tiveram o direito de abster-se, antes foram compelidas a "legitimar" um processo eleitoral com o qual não estavam de acordo - e tinham motivos políticos para isso. Aqui não cabe dizer que a essas pessoas restava o caminho do voto em branco ou nulo, porque estes, ainda que inválidos, de alguma forma legitimam o processo. O que se pretendia era patentear a não-legitimidade do processo eleitoral em si mesmo.

Além de tudo, o voto obrigatório é uma ficção. O que é obrigatório mesmo é o comparecimento do eleitor à seção eleitoral. Por outro lado, de 1947 até hoje foram vinte os projetos de anistia dos faltosos; e de 1992 a esta data, todos os faltosos das eleições foram anistiados. O que estamos fazendo, então?

Extremamente interessante é o testemunho dado, em sessão realizada em 03.04.97, da Comissão Provisória do Senado Federal pelo Senador José Fogaça, do Rio Grande do Sul, a propósito de proposta de emenda à Constituição que visava a adotar o voto facultativo no Brasil. Diz-nos S. Exa., com a experiência de quem vive o processo político em todos os seus matizes, que, após longo período como adepto do voto obrigatório,

mudou de idéia radicalmente após o plebiscito que ratificou o presidencialismo entre nós. Para o parlamentar, 95% (noventa e cinco por cento) das pessoas que compareciam aos locais de votação não tinham clara idéia do que estavam votando. E - ainda segundo o senador - se um cidadão não tem uma idéia muito bem definida do que está sendo votado, ele prefere manter o conhecido, mesmo quando isso seja ruim, a votar no desconhecido. O voto obrigatório, por essa linha de raciocínio desenvolvida pelo ilustre parlamentar, embora ele não o diga, teria, como tem, um forte componente conservador.

Nas pegadas do senador citado, diria, em abono e com o propósito de ratificação, que o voto compulsório é uma tendência ao atraso, porque teoricamente por ele se obriga o cidadão a votar mas não se pode obrigá-lo a estudar, a deter-se sobre o assunto em pauta, a analisar, com percuciência, matérias complexas, como é o caso do sistema de governo. Certas pessoas interessam-se por um ou outro assunto e terão sempre melhores condições de se pronunciarem sobre aquilo por que têm vivo interesse.

Com a palavra S. Exa., que falará melhor:

"Digo isso, Sr. Presidente, Sr. Relator, porque entendo que o voto facultativo tem outra qualidade que deveria ser ressaltada: quando houver voto facultativo, estados, municípios e o próprio país poderão fazer com muito maior liberalidade, em número muito maior, plebiscitos e referendos. Há países, como a Suíça, que fazem plebiscito para tudo - para criar um imposto há plebiscito, para entrar ou não na União Econômica Européia há plebiscito, ou seja, há plebiscito para tudo na Suíça -, mas o voto não é obrigatório.

Então se pode fazer até dois plebiscitos em um dia porque votarão as pessoas interessadas, as pessoas que estudaram o assunto. Da mesma forma, a experiência vale nos Estados Unidos e em outros países europeus. De modo que o voto facultativo vai aperfeiçoar essa democracia participativa popular, vai permitir que ela seja mais ampla, mais abrangente do que é hoje". (*In* <http://www.senado.gov.br/web/HPRSINAL/Relat.htm>).

Derrube-se - por fim - um dos recorrentes mitos que cercam o voto obrigatório: ser ele foi instrumento de educação das massas. Não existe nenhuma correlação entre a compulsoriedade do voto e a educação política

do eleitor. O voto é obrigatório no Brasil há muito tempo e nem por isso se pode dizer que temos aqui um eleitorado satisfatoriamente educado politicamente.

#### X - CONCLUSÃO:

O voto é meio de exercício da democracia, não o seu fim. É, portanto, equivocado tomar a nuvem por Juno.

Compulse-se a história e verificar-se-á que a forma de governo dos gregos foi a maior expressão da democracia do mundo antigo. Depois dela, o maior penhor de democracia sobreveio após séculos, entre os XVIII e XX, nos Estados Unidos da América. Tanto ali como aqui não havia obrigatoriedade de o cidadão participar, quer da assembléia do povo, quer das eleições, através do voto. Poder-se-á criticar tais democracias por isso? Não me parece.

Os filósofos gregos Heráclito e Platão eram metafísicos, absolutistas e, por conta disso, autocráticos. Os sofistas, por seu turno, prezavam a experiência, eram relativistas e, pois, democráticos. Enquanto na autocracia campeia o pessimismo e a descrença no homem, as formas democráticas prezam a liberdade e crêem no homem. É preciso crer no homem e na democracia. O homem expande melhor as suas potencialidades quando vive em ambiente democrático; a democracia funciona melhor onde o homem é levado a práticas democráticas pela persuasão racional, não pela força ou coação.

A democracia ideal existe apenas na esfera das idéias humanas, não como realidade concreta. É claro, por isso, que os sistemas representativos nos quais o voto é facultativo possuem inconvenientes, que são, no entanto, amplamente superados pelos seus aspectos positivos, se comparados àqueles em que o voto é obrigatório. Desarrazoada, nessa perspectiva, a tese que rejeita o voto facultativo porque ele implicaria a não integração do eleitor na decisão de gerência da coisa pública. Pensar assim é creditar ao processo democrático o erro que seria do homem e, mais do que isso, é descrer do homem e fechar os olhos para os exemplos da história contemporânea.

O voto dado compulsoriamente, sem compromisso, contribui em nada para o aperfeiçoamento democrático, já o dizia, valendo-se de outros termos, José de Alencar. São suas palavras:

"A verdadeira democracia, o governo de todos por todos, requer, para sua realidade, não somente uma eleição em que vote a universalidade dos cidadãos, mas principalmente uma eleição na qual cada cidadão tenha plena consciência do seu voto.

...  
Não se extirpa esse mal porém com paliativos ineficazes, qual o das multas por não comparecimento e o da intransmissibilidade do voto. De melhor conselho é deixar que o povo sinta por si mesmo o perigo da inércia e abstenção nos negócios públicos.

Garanta-se o voto na maior plenitude com todas as condições favoráveis ao seu uso. O abandono dessa faculdade primordial corre por conta da consciência e dignidade do cidadão". (In *Systema Representativo*, Edição Fac-Similar, Senado Federal, Brasília, 1997, p. 104 e 128).

Desnecessário dizer que o aperfeiçoamento do sistema democrático no Brasil não está na dependência apenas do voto facultativo. Com ele muitas reformas políticas precisam ser implementadas, a partir de um amplo debate com a sociedade civil. Mas é imperioso começar a apontar os pontos de estrangulamento. E o voto obrigatório, do ponto de vista teórico e prático, é, ao meu sentir, um deles.

O voto é essencial à democracia. Mas a democracia não se resume ao voto. Ela é mais. É respeito aos direitos humanos, aos direitos fundamentais. É liberdade, negativa e positiva. É limitação do poder do Estado. É tolerância. É representação legítima dos interesses sociais. É convivência dos contrários. É respeito pelas minorias. É pluralidade. É a conformação da comunidade em uma estrutura social que rejeite as desigualdades extremas, impeditivas de que significativa parcela da população atenda as suas necessidades básicas, aquelas que são do homem, enquanto tal. A dito projeto democrático, nada tem a oferecer o voto obrigatório.

## BIBLIOGRAFIA:

- ALENCAR, José Martiniano de. *Systema Representativo*, Edição Fac-Similar, Senado Federal, Brasília-DF, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Editora Campus, Rio de Janeiro-RJ, 1992.
- Liberalismo e Democracia*, Editora Brasiliense, S. Paulo-SP, 1998.
- O Futuro da Democracia*, 6ª Edição, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro-RJ, 1988.
- Os Intelectuais e o Poder - Dúvidas e Opções dos Homens de Cultura na Sociedade Contemporânea*, Editora UNESP, S. Paulo-SP, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª Edição, Malheiros Editores, S. Paulo-SP, 1997.
- DIAS, Heitor. *Lições de Ruy*, Imprensa Oficial da Bahia, Salvador-BA, 1949.
- ECO, Humberto. *Cinco Escritos Morais*, Editora Record, Rio de Janeiro-RJ, 1998.
- KELSEN, HANS. *Teoria Geral do Estado*, Editora Martins Fontes, S. Paulo-SP, 1992.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Representatividade e Democracia*, In *Direito Eleitoral*, Org. Cármen Lúcia Antunes Rocha e Carlos Mário da Silva Velloso, Livraria Del Rey, Belo Horizonte-BH, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)*, 2ª Edição, Editora Saraiva, S. Paulo-SP, 1979.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Editora Atlas, S. Paulo-SP, 1997.
- SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à Nova Constituição Brasileira*, Volume I, Editora Atlas, S. Paulo-SP, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª Edição, Malheiros Editores, S. Paulo-SP, 1996.
- STONE, Isidor Feinstein. *O Julgamento de Sócrates*, Companhia das Letras, S. Paulo-SP, 1988.
- STRENGER, Irineu. *História da Filosofia*, Editora LTR, S. Paulo, 1998.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a Democracia?*, 2ª Edição, Editora Vozes, Petrópolis-RJ, 1996.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*, Malheiros Editores, S. Paulo-SP, 1998.
- WOLDENBERG, José. *El Voto*, In *Serie Derechos Políticos*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Filosofia y Letras, n.º 88, Copilco Universidad, México-DF, 1997.

**FEDERALISMO BRASILEIRO E  
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ**  
Professor da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, e  
Procurador do Município de Fortaleza.

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA**  
Coordenador do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da  
UNIFOR e Procurador do Município de Fortaleza.

**ÍNDICE**

- I. - Princípio Federativo e Estado Federal na História Política Brasileira
- II - A Constituição Federal de 1988: O Novo Federalismo Brasileiro
- III. - O Federalismo na Jurisprudência do STF
- IV - Conclusões
- V - Bibliografia

## I. - PRINCÍPIO FEDERATIVO E ESTADO FEDERAL NA HISTÓRIA POLÍTICA BRASILEIRA

### 1.

O exercício do poder, no âmbito de um Estado, é um dos problemas mais importantes da teoria política moderna e pode se manifestar de forma centralizada ou descentralizada, segundo existam, respectivamente, apenas um ou vários centros de irradiação.<sup>1</sup>

A centralização envolve a instituição, no âmbito do Estado, de um só centro de tomada de decisões, no que se refere à totalidade dos assuntos políticos e administrativos; em suma: o poder permanece unificado em torno e em um só centro. De acordo com José Horácio Meirelles Teixeira<sup>2</sup>, o poder político, num Estado centralizado: „não se divide, não se reparte com nenhuma outra ordem, por nenhuma outra autoridade. Todo o território estatal e todos os cidadãos, que aí se encontram, acham-se submetidos a um só governo, a uma só legislação, a uma só justiça“.

Já na hipótese de um Estado descentralizado, em virtude da pluralidade de centros decisórios, existem vários ordenamentos jurídicos, muito embora coordenados em torno de uma ordem jurídica central. Ainda segundo Meirelles Teixeira, trata-se de um Estado em que „... haverá, portanto, de um lado, assuntos, matérias, problemas de competência do governo central; e, de outro, assuntos, matérias, problemas deixados à competência e governos locais, isto é, dos governos provinciais“.<sup>3</sup>

Nesse particular, é de especial relevância destacar a advertência de Georg Jellinek<sup>4</sup>: o Estado centralizado, em toda a sua pureza, „só pode ser considerado como um tipo teórico, mas não como um tipo real“ (daí a relatividade dos conceitos de centralização e descentralização) - até mesmo porque „toda divisão de um Estado em círculos territoriais para fins de gestão administrativa e jurídica, implica necessariamente efeitos descentralizadores“.

As questões que envolvem centralização e descentralização política, na atualidade, muito delicadas. Com efeito, mesmo num Estado que se

<sup>1</sup> Cf. Badia, 1978:42.

<sup>2</sup> Cf. Meirelles Teixeira, 1991:611.

<sup>3</sup> Cf. Meirelles Teixeira, 1991:612-613.

<sup>4</sup> Cf. Jellinek, 1954:479.

proclame democraticamente descentralizado, as atribuições exercidas pelo poder central, podem, na realidade, caracterizá-lo como um Estado fortemente centralizado (ou com tendências fortemente centralizadoras).<sup>5</sup>

Tudo vai depender do contexto em que, na realidade, se desenvolvem as relações entre o poder central e os poderes locais, especialmente entre o executivo e o legislativo. No caso brasileiro, por exemplo, o executivo tem assumido posturas francamente centralizadoras, prática esta que tem se revelado constante em muitos períodos da História constitucional brasileira: logo após a proclamação da República, no período getulista, na época da ditadura militar e, inclusive, no atual governo brasileiro - onde essa tendência centralizadora se mostra em toda a sua amplitude, em nome de uma fictícia estabilidade política e social. Desse modo, com base na distinção entre centralização e descentralização políticas no território de uma organização estatal, foi possível elaborar uma distinção, já sedimentada na teoria política, entre Estado unitário e Estado federal.

O princípio federativo concretiza a idéia de uma forma de descentralização do poder estatal no âmbito de seu território, buscando uma harmonia na coexistência de diversas ordens jurídicas parciais com uma ordem jurídica central. Pablo Lucas Verdú afirma que *federar* significa tornar independentes determinadas unidades políticas que, até então, careciam de autonomia dentro de um mesma organização estatal.<sup>6</sup>

Num Estado federal, as respectivas esferas de competência regionais e central devem, o tanto quanto possível, ser harmoniosamente conciliadas. Juan Ferrando Badia, salienta que „o federalismo, como processo, e em sua cristalização jurídica sob a forma de Estado federal, encontra apoio, ineludivelmente, num tipo de estrutura social, numa qualidade específica de relações de convivência“.<sup>7</sup>

Estas relações de convivência demonstram que o federalismo, em suas origens, foi ditado por razões eminentemente práticas, relacionadas com a convivência pacífica de aglomerações sócio-políticas diversas num mesmo território, mas todas elas com uma finalidade comum: participação de todas elas, na qualidade de Estados membros, na formação de uma vontade nacional soberana unificadora.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ver: Baracho, 1986:48-49; 62.

<sup>6</sup> Cf. Verdú, 1986:277.

<sup>7</sup> Cf. Badia, 1978:69.

<sup>8</sup> Cf. García-Pelayo, 1993:215.



Para Ferrando Badia, a aspiração básica do federalismo radica na formação de unidades amplas cuja própria existência postula a existência de unidades menores, a manutenção do seu caráter originário e de sua liberdade e ação coordenada. Esta mescla de pretensões dá origem a dois princípios básicos do federalismo, quais sejam, autonomia e participação.<sup>9</sup>

Diante das considerações precedentes, já se pode destacar a definição de Estado federal, proposta por Pinto Ferreira: „O Estado Federal é uma organização, formada sobre a base de uma repartição de competências entre o governo nacional e os governos estaduais, de sorte que a União tenha supremacia sobre os Estados-Membros e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União“.<sup>10</sup>

É possível, igualmente, destacar alguns traços característicos do Estado Federal:

a) tendo em vista que se trata de um pacto entre diversos Estados para formarem uma Federação, os Estados-Membros conservam a sua autonomia, permanecendo a soberania, como atributo político inafastável, à União Federal;

b) o pacto entre estes Estados, antes soberanos, deve estar selado através de uma Constituição escrita e rígida, na qual estejam repartidas, de forma bastante clara, as competências que, aos Estados-Membros, em virtude da sua autonomia, devem ser asseguradas e onde estejam expressamente previstas as sanções a quaisquer tentativas de violação ou rompimento do pacto - o que possibilita a intervenção federal<sup>11</sup>;

c) em face da coexistência de dois tipos de ordens jurídicas - a central e as locais - os Estados-Membros, através de órgãos representativos,

9. Cf. Badia, 1978:78. Ver: Miranda, 1988:235-236. Comparar com Horta, 1964:49.

10. Cf. Ferreira, 1983:909. Da mesma maneira que se distingue do Estado unitário, o Estado federal também se distingue da Confederação, porque nesta última a soberania continua a pertencer aos Estados-Membros, enquanto que numa Federação ela pertence apenas à União Federal, resguardadas as autonomias das entidades que a compõem. Ademais, enquanto a Federação constitui um fenómeno essencialmente de natureza interna, a Confederação se dá no âmbito do Direito internacional, em virtude de um tratado firmado entre Estados soberanos. Segundo Juan Ferrando Badia (1978:85), o Estado federal ocupa um lugar intermediário entre a Confederação e o Estado unitário descentralizado. Comparar com Pontes de Miranda, 1970:67-69.

11. A possibilidade de intervenção federal mais confirma do que enfraquece o princípio federativo, em virtude da excepcionalidade das hipóteses e do difícil procedimento em que pode ser deflagrada - nota do autor. Cf., numa visão geral acerca da intervenção federal: Ferreira, 1983:931-940.

devem ter assento e tomar parte no processo legislativo nacional, isto é, devem obrigatoriamente participar da formação da vontade nacional.

A estrutura federal de Estado surgiu, na história constitucional brasileira, através do Decreto provisório nº 1, de 15 de novembro de 1889, paralelamente à proclamação da República. Entende Pontes de Miranda<sup>12</sup>, porém, que o Brasil não se constituiu num verdadeiro Estado federal; ao contrário, a organização federativa foi imposta às várias e antigas províncias do período imperial, as quais foram declaradas como „Estados“<sup>13</sup>:

A importância do município para a formação do Estado moderno foi decisiva, de uma maneira tal que vários tratadistas se dedicaram a este tema<sup>14</sup>. São inúmeras as definições propostas para caracterizar o Município. Pinto Ferreira<sup>15</sup>, por exemplo, conceitua-o como „... uma corporação territorial de Direito público, servindo como unidade geográfica e divisionária do Estado, dotada de governo próprio para a administração descentralizada de serviços estaduais ou provinciais e regulação de interesses locais, governo próprio que se realiza mediante a eletividade dos seus órgãos Executivo e Legislativo, aos quais geralmente se atribui a competência para a arrecadação e aplicação de suas rendas“.

A íntima relação da história constitucional brasileira com o municipalismo, desde a colônia e, especialmente, a partir da implantação do regime federalista, demonstra a grande participação dos Municípios na formação política brasileira. Hoje em dia, inclusive, o seu caráter de instância política autônoma é um fato indiscutível - muito embora, diante do caráter centralizador da política brasileira, muito tempo tenha decorrido até que se lhe outorgasse definitiva e constitucionalmente o caráter de entidade federada dotada de autonomia político-administrativa (CF/88, arts. 1º e 18), cessando, de uma vez por todas, o debate que se formou em torno de sua natureza jurídica.

O Decreto nº 510, de 22.07.1890, prescrevia, em seu artigo 67, que: „Os Estados organizar-se-ão por leis suas, sob o regimen municipal, com estas bases: 1º) Autonomia do Município em tudo o que respeite ao seu peculiar interesse; 2º) eletividade da administração local“.

12. Cf. Pontes de Miranda, 1970:317-318.

13. Decreto nº1, de 15.11.1889, art. 2º: „As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil“. Comparar com o art. 1º, da Constituição da República, de 1891.

14. Cf. Pinto Ferreira, 1983:953-962 (Ver pp. 953-954).

15. Cf. Pinto Ferreira, 1983:953-954. Comparar com: Baracho, 1986:93

Finalmente, o advento da Constituição de 1988 fortaleceu a posição dos Municípios na organização político-administrativa brasileira: o art. 1º se refere à sua qualidade de entidade integrante da República Federativa do Brasil; o art. 18 os eleva ao patamar de pessoa jurídica de Direito público interno dotada de autonomia - isto é, capacidade de legislar acerca de assuntos que lhe são próprios e através de instâncias legislativas próprias; o art. 29 prevê a possibilidade de os Municípios elaborarem suas próprias Leis Orgânicas, bem como a eletividade dos Prefeitos e Vereadores; e o art. 30 define a sua competência legislativa em função dos „assuntos de interesse local”, vale dizer, pela predominância local dos interesses que, para o Município, se revestem de fundamental importância e que atendem às suas necessidades mais diretas e imediatas - excluindo, dessa forma, qualquer ingerência da União ou dos Estados nestas matérias.

A autonomia e as atribuições políticas dos Municípios foram fortalecidas no sistema político-constitucional brasileiro conformado pela Constituição de 1988<sup>16</sup>. No entanto, a peculiar estrutura da federação brasileira, aliada, talvez, à permanência de algumas posturas contrárias a posição que os Municípios ocupam ou devam ocupar, leva à construção de algumas idéias incompatíveis com uma análise teórica e científica das normas constitucionais que tratam da matéria.

Exemplo disso é a constante negativa, doutrinária e jurisprudencial, da possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos municipais frente às regras e princípios plasmados na Constituição Federal. Não há, realmente, na Constituição Federal Brasileira (art. 102, inc. I, letra „a”), previsão expressa neste sentido, ficando o problema reduzido ao nível dos Tribunais de Justiça estaduais. Este é o argumento „normativo” e literal ao qual comumente se recorre para negar qualquer possibilidade de tal procedimento de controle concentrado das leis e atos normativos municipais - se o constituinte desejasse tal forma de controle da constitucionalidade, o teria expressamente previsto.

Outro argumento diz respeito à possibilidade de que, se assim ocorresse, o Supremo Tribunal Federal ficaria „abarroto” com ações diretas de inconstitucionalidade relativas a normas municipais. Este, um argumento que poder-se-ia qualificar de „prático”.

Nem um, nem outro, argumentos, porém, são plausíveis. A

<sup>16</sup>. Cf. Horta, 1964:112.

<sup>17</sup>. Cf. Horta, 1964:121;122;130.

<sup>18</sup>. Cf. Horta, 1995:522-526.

O artigo 68, da Constituição de 1891, a seu turno, assim prescrevia: „Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

Embora o respeito à autonomia municipal estivesse formalmente consagrado na primeira Constituição republicana brasileira, a realidade política e social da época demonstrou um quadro político diverso.<sup>16</sup>

Os primeiros anos da experiência republicana brasileira foram extremamente conturbados. Inexistia qualquer equilíbrio nas relações entre a União e os Estados-Membros, o que gerou várias reflexões acerca da extensão da autonomia destes últimos e da possibilidade de intervenção federal.<sup>17</sup>

A reforma constitucional de 1926, mesmo assim, manteve expressamente o mandamento constitucional de respeito à autonomia dos Municípios. No entanto, após o movimento revolucionário de '30 todo o sistema constitucional então vigente foi dissolvido, situação essa que permaneceu até o ano de 1934, quando a autonomia municipal foi novamente assegurada (art. 7º, inc. I, letra „d”), com significativos reforços no tocante à posição ocupada pelos Municípios na federação brasileira.

A Constituição de 1937 inaugurou um período ditatorial, com uma centralização política significativa nas mãos do Executivo - o que implicou inúmeras restrições e alterações no relacionamentos entre Municípios, Estados e União.

Apenas com a Constituição de 1946 foram restabelecidas as conquistas anteriores, reassegurando-se a autonomia municipal, a eletividade de prefeitos e vereadores, a fixação de tributos privativos dos Municípios e a prerrogativa de receberem receitas tributárias oriundas de repasse da União e dos Estados-Membros.

A volta aos tempos de ditadura, após 1964, trouxe sensíveis golpes para a conformação constitucional dos Municípios. A fictícia „autonomia municipal” prevista no art. 15 da emenda constitucional nº 1(1969), à Constituição 1967, excetuava da regra da eletividade dos Chefes dos Executivos municipais os Municípios considerados, por lei estadual, estâncias hidrominerais (nomeação do Prefeito por ato do Governador do Estado) e os Municípios declarados, por lei de iniciativa do Executivo federal, de interesse da segurança nacional (nomeação do Prefeito por ato do Presidente da República).

conformação constitucional da posição dos Municípios no sistema constitucional vigente não autoriza tais conclusões. Se os Municípios são entidades políticas integrantes da federação brasileira, o mesmo tratamento dado à União e aos Estados, no tocante à sistemática de controle concentrado da constitucionalidade, deve ser-lhes dispensado - inclusive sob pena de, em assim não ocorrendo, haver uma violação do princípio federativo.

Além disso, é necessária a incerta via do recurso extraordinário para que um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo municipal. A segurança jurídica ficaria melhor resguardada se houvesse a possibilidade de um pronunciamento mais rápido, que solucionasse - bem ou mal - de uma vez o problema. Como se pode constatar, a questão se encontra mais a nível de política jurídica do que no âmbito da ciência jurídica.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro foi chamado, por diversas vezes, a solucionar conflitos entre as entidades integrantes da Federação brasileira. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 926/5-DF (LEX-JSTF, vol. 189, pp. 60-98), por exemplo, os Ministros integrantes desta Corte decidiram, à unanimidade de votos, concretizando a regra contida no art. 150, VI, „a”, da Constituição Federal brasileira, que é vedado à União Federal violar, por emenda constitucional, o princípio da imunidade recíproca entre os membros da Federação, pois tal procedimento, se configurado, até mesmo porque oriundo de poder reformador, colocaria em risco a sua própria estabilidade e violaria o pacto federativo, plasmado no Texto Constitucional Federal.

Como bem assinalou o Min. Carlos Mário Velloso, „a imunidade recíproca, segundo o ministério de Geraldo Ataliba, é ontológica, porque diz respeito ao cerne do pacto federativo, ou porque decorre da própria natureza do federalismo (...), dado que, se inexistente, pode fazer ruir o Estado Federal”. No mesmo sentido, manifestou-se o Min. Celso de Mello, para quem „a imunidade tributária recíproca - consagrada pelas sucessivas Constituições republicanas brasileiras - representa um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação; a concepção de Estado Federal que prevalece em nosso ordenamento positivo impede - especialmente em função do papel que a cada unidade federada incumbe desempenhar no seio da Federação - que qualquer delas institua impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das demais”.

## II - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: O NOVO FEDERALISMO BRASILEIRO

### 1.

Nesta parte do trabalho, proceder-se-á a uma tentativa de compreender a função do Supremo Tribunal Federal - doravante STF - no trato com a questão do federalismo por meio de sua jurisprudência sobre o assunto. Assim, alguns esclarecimentos preliminares se fazem necessários.

Num primeiro instante, o trabalho de se investigar toda a produção jurisprudencial do STF sobre federalismo ultrapassa a possibilidade deste *paper*. A questão do federalismo no Brasil não se esgota somente nos tópicos constitucionais, tampouco nas manifestações do STF que se relacionam com o tema. Apenas a título de informação, sabe-se que o federalismo no Brasil engloba até os dias de hoje, por exemplo, o desafio da integração entre as distintas regiões do Brasil.<sup>19</sup>

Obstáculos a essa integração real, o que implica na eliminação das desigualdades regionais, - econômicas, mas igualmente culturais e ideológicas - se localizam muito mais na capacidade de organização da sociedade civil sinceramente comprometida com a superação desse *status quo*, a fim de que seja possível o exercício de pressão política nesse sentido contra o estado brasileiro, do que propriamente em qualquer tipo de ação que venha a ser desencadeada pela mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil. Essas variações, embora tentadoras à investigação científica, não se constituirão no objeto a ser aqui tratado.

Exigir da instância máxima do Poder Judiciário de um país formalmente organizado sob uma constituição democrática a principal tarefa da realização institucional de sua democracia, não parece se configurar como a melhor das opções, até mesmo porque numa perspectiva verdadeiramente democrática este Poder Judiciário deverá desempenhar muito mais a função de ser controlador de poder do que propriamente produtor de poder.

O que se tentará ver será, pois, a movimentação dessa mais alta instância sobre federalismo face ao que se dispõe institucionalmente, ou seja,

<sup>19</sup>O desafio da integridade territorial foi o problema central em cuja órbita gravitou boa parte da política do Brasil monárquico. A solução desse problema se deu relativamente rápida: em 1845 o governo central era vitorioso sobre a Guerra dos Farrapos ocorrida no Rio Grande do Sul. Até o final do Império, nenhum movimento de intenções separatistas ameaçou a estabilidade política do país.

na conformidade do que lhe é imposto pela Constituição Federal. Por meio de suas decisões, como concebe o STF o federalismo no Brasil? Essa concepção colabora em que medida para a consolidação, primeiro, da democracia no Brasil, e, segundo, para uma versão democrática específica de federalismo? Estas serão as perguntas a que a busca de resposta se efetivará neste *paper*.

Por fim, cumpre lembrar que não serão todas as decisões que se relacionam com federalismo que serão observadas. De modo específico, serão consideradas aquelas que envolvam matéria tributária de sede constitucional e aquelas que versem sobre intervenção. As primeiras, porque a autonomia das unidades federadas depende necessariamente de sua independência financeira e orçamentária. As segundas, porque é por meio da intervenção que se garante a autonomia política dessas mesmas unidades, e com isso se consolida o que se denomina de conflito interno de poder domesticado, típico de um estado federal.

## 2.

Pouca dúvida resta atualmente que a forma de organização estatal federalista possui maior potencialidade democrática do que aquela unitária. Não se afirma aqui que a solidificação de uma sociedade democraticamente estável é impossível sob a forma unitária de estado. O que se ressalta no federalismo é que a existência de diferentes centros de decisão dotados com capacidade de poder transfere para o ambiente local a mediação da política, induzindo os envolvidos a uma participação mais efetiva nessa mediação. Aqui, a política não é concebida como uma atividade distante, a ser decidida praticada somente por aqueles que estão fisicamente no centro do poder, e pouco passa a ser monopolizada pela versão representativa da democracia<sup>20</sup>. A política num estado federal pode potencialmente vir a ser encarada como o mecanismo que integra o cotidiano dos cidadãos, uma vez que existirá sempre um centro de poder relativamente próximo de sua vida institucional.

O federalismo brasileiro, ao lado do suíço, do americano e do argentino, é um dos mais antigos do mundo<sup>21</sup>.

Em 1889 com a proclamação da República se deu a implantação de

<sup>20</sup>Manavides, Paulo: A Constituição Aberta, p. 17.

<sup>21</sup>Sobre esta comparação e mais alguns dados a respeito da origem do federalismo no Brasil, uma consulta ao trabalho de Peter Michael Huf é oportuno: *Die Entwicklung des bundesstaatlichen Systems in Brasilien*.

uma república federalista no Brasil. A referência tradicional ao caráter golpista do movimento que trouxe a república e optou pelo sistema federativo no Brasil é comum entre a maioria do intelectuais brasileiros. Daí a necessidade de alguma ressalva sobre o assunto.

Em primeiro lugar deve ser esclarecido que o movimento republicano tinha um forte componente positivista, por influência da presença militar em seu meio. A corrente positivista era aquela, dentre as republicanas, a mais bem definida ideologicamente<sup>22</sup>. Essa constatação empresta ao movimento, mesmo que timidamente, um aspecto diferenciador de uma simples quartelada. Observa-se, assim, que a discussão em torno de idéias era presente.

Um segundo tópico diz respeito ao deslocamento de forças políticas, econômicas e sociais que a república significou. Para Nelson Werneck Sodré a monarquia caiu exatamente porque se mostrava incapaz de formular uma política que levasse à acumulação de capital, o que introduziria o Brasil na etapa do desenvolvimento industrial. Nesse sentido, as classes econômicas comprometidas com esta fase de superação do capitalismo viram na república a possibilidade de ter essa política implantada<sup>23</sup>. Esse ponto, se não propõe em si um pensamento contrário à tese de que a república fora um movimento eminentemente golpista, pelo menos provoca reflexão sob o tema, o qual tem sido tratado muito mais na forma de lugar-comum do que mesmo submetido a rigores científicos.

A visão extremamente pessimista sobre o Brasil como um todo atinge também o federalismo. A maior parte da literatura de Direito Constitucional insiste até na versão de que nunca tivemos a discussão sobre federalismo. Inclusive o próprio STF. No acórdão proveniente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 216, de 23 de maio de 1990, entendeu o STF que " (...) Esse tema [do federalismo] essencial à organização político-administrativa do Estado brasileiro, ainda não foi decidido pelo STF. Da resolução dessa questão central, emergirá a definição do modelo de Federação

<sup>22</sup>Vianna, Oliveira, O Ocaso do Império, p. 114. Ainda sobre o papel dos militares nessa fase histórica do Brasil: Carone, Edgard: A Primeira República (1889-1939). Texto e Contexto, 4ª edição, Bertrand, Rio de Janeiro, 1988; Castro, Celso: Os Militares e a República, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1995.

<sup>23</sup>Sodré, N. Werneck, A Ideologia do Colonialismo, p. 125. A respeito dessa posição, ressalte-se ainda, o posicionamento de Ma. de Lourdes Monaco Janotti, que ressalta a alteração da hegemonia política das classes econômicas, bem como as "inovações na esfera político-administrativa e nas relações sociais" onde "Desarticularam-se o antigo sistema parlamentar do Império, introduzindo-se novas relações entre os poderes" (Janotti, Ma. de Lourdes, M., A República - Oposição e Consolidação, p. 54).

ser efetivamente observado nas práticas institucionais"<sup>24</sup>. Sobre as consequências teóricas de o STF se julgar capaz de definir os contornos do federalismo para o Brasil se constitui em objeto de discussão acerca de seu papel enquanto controlador de poder, e não como produtor de poder, dando um prisma de teoria da democracia. Daí a razão de não nos ocuparmos dessa indagação aqui.

Na verdade, o STF não deve ser concebido com um definidor de política no estado brasileiro, mas sim como um controlador do estado em favor da sociedade. Não lhe compete, então, a definição de um conceito de federalismo, mas sim a implementação do que a Constituição Federal impõe ao estado brasileiro em termos de limites para o estado federal. A contextualização destes limites os quais informarão as decisões do STF sobre o tema, esta sim, deverão ser extraídas, sobretudo, da advertência histórica e já se tem no Brasil e, após, no estrangeiro.

Importante ressaltar aqui que o STF ignora toda a discussão existente sobre federalismo que existia, por exemplo, durante o período imperial. Sobre este ponto, a obra de Tavares Bastos e seu constante diálogo com o visconde de Uruguai, Paulino José Soares de Sousa entre centralização e descentralização constitui apenas um dos indicadores de que pelo menos o debate sobre federalismo não é novidade no Brasil<sup>25</sup>.

Um dos principais temas da assembléia constituinte que elaborou a primeira constituição republicana foi exatamente a definição institucional do Supremo Tribunal Federal. O que igualmente torna o assunto mais interessante é que dos 222 deputados constituintes dez haviam sido juizes e seis se tornaram mais tarde ministros do STF<sup>26</sup>.

A discussão sobre o papel do STF englobava a sua competência para exercer o controle da constitucionalidade, tarefa entregue ao Poder Moderador, o qual era exercido diretamente pelo Imperador<sup>27</sup>. Um outro ponto, embora envolvesse indiretamente o STF, se reduzia mais ao problema da organização judiciária no Brasil, qual seja, o da existência de um Poder Judiciário único, mantido pela Federação, ou da capacidade de os estados

<sup>24</sup> n.º 216, p. 200.

<sup>25</sup> Província, de Aureliano Cândido de Tavares Bastos: Senado Federal, Brasília, 1997 (edição fac-similar da L. Garnier, RJ, 1870). Recentemente: Gabriela Nunes Ferreira: Centralização e Descentralização - O debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai, Depto de Ciência Política da USP/editora 34, São Paulo, 1999.

<sup>26</sup> m. eles: Américo Lobo Leite Pereira, André Cavalcanti de Albuquerque, Anfilóbio Botelho Freire de Carvalho, João Pedro Belfort Vieira, Joaquim Xavier Guimarães Natal, José Hígino Duarte Pereria.

terem também sua própria organização judiciária, como forma de manifestação de sua autonomia.

Ao final dos trabalhos restou vencedora a opção de uma organização judiciária dualista, onde os estados pudessem ter sua organização judiciária própria, e uma justiça federal, competente para o conhecimento e julgamento de questões em que a União Federal figurasse como parte ou interessada - estas competências se encontravam discriminadas no art. 60 da Constituição de 1891.

Igualmente vencedora foi a posição em favor de o STF poder controlar a constitucionalidade de leis. Aqui se observa o início de uma nova fase na formação do Poder Judiciário e de seu papel na formação do estado brasileiro. E, nesse contexto, é que se consolida a tradição do STF de atuar nas questões tributárias e intervenções políticas, denunciando assim sua visão a respeito do sistema federalista.

Porém, como é disciplinado constitucionalmente o federalismo no Brasil? Quais suas mais determinantes linhas? Sem dúvida que o fato de os Municípios integrarem a atual federação brasileira no mesmo grau que União Federal, Estados-Membros e Distrito Federal é a grande novidade, não somente para o federalismo brasileiro, como também para o federalismo num plano internacional.

A autonomia federal, do ponto de vista constitucional, se acha razoavelmente bem distribuída e acompanhada de garantias que, pelo menos formalmente, possuem a característica de viabilizar o pacto federativo no Brasil. Aos Estados-Membros e Distrito Federal foi assegurada a competência concorrente com a União Federal, além de suas competências específicas; os Municípios dividem com União Federal, Estados-Membros e Distrito Federal a competência comum. Registre-se, ainda, que até mesmo a competência legislativa privativa da União pode ser exercida pelos Estados-Membros, mediante autorização de lei complementar específica.

Do ponto de vista tributário-financeiro, União Federal, Estado-Membros, Distrito Federal e Municípios exercem sua competência plena, sem interferências de outras pessoas da federação. Parece evidente que é

<sup>27</sup>De acordo com o art. 98 da Constituição de 1824 „O Poder Moderador era a chave de toda a organização Política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante (...)”. O exemplo brasileiro adotado durante o período imperial foi lembrado por Carl Schmitt, quando este defende que o guardião da constituição há de ser o *Reichspräsident* e não um tribunal constitucional. Cf. Schmitt, Carl: *Der Hüter der Verfassung*, p. 133, nota de rodapé nº. 1.

neste ponto que reside a garantia da autonomia política, a qual se realiza, como se disse, por meio da independência de arrecadar recursos próprios.

Não bastasse estes aspectos, o sistema federativo é elevado ao grau de garantia eterna (*Ewigkeitsgarantie*), o que implica na decisão firme de manutenção de todos os princípios constitucionais relativos ao federalismo.

É claro que os resultados desta articulação forma e de ordem constitucional têm se mostrado diferentes do que provavelmente esperavam os constituintes. A recente obra de Fernando Abrucio e Valeriano F. Costa bem demonstram os vícios ainda a serem eliminados para que se estabeleça uma relação federativa de cooperação e não de desagregação; esta última ainda determinante pelo menos entre os Estados-Membros<sup>28</sup>.

Ocorre que, ante um outro olhar, a prática de uma descentralização efetiva do poder político tem se revelado importante para a solidificação da democracia no Brasil pelo motivo de que a discussão sobre política local em alguns Estados-Membros tem credenciado a política como instrumento da mediação entre poder e sociedade, obrigando governos estaduais a realizarem permanentes diálogos com sua própria população, representada pelos deputados estaduais. Eis aqui um boa novidade, embora não seja precisamente a mesma em todos Estados da federação.

Neste sentido, o caso do Rio Grande do Sul tem sido um exemplo a ser observado, onde um legislativo estadual que recorre a mecanismos institucionalmente postos à sua disposição para enfrentar o executivo, pode ser um ator importante da prática política local. Este cenário seria impensável sob a Constituição de 1967/69<sup>29</sup>.

<sup>28</sup>Refrimo-nos ao livro Reforma do Estado e o Contexto Federativo Brasileiro, de Fernando Luiz Abrucio e Valeriano Mendes Ferreira da Costa (Konrad-Adenauer-Stiftung, Coleção Pesquisas, nº. 12, São Paulo, 1998, 187pp.

<sup>29</sup>A respeito do exemplo gaúcho, cf. L. Gustavo M. Grohmann: O Processo Legislativo no Rio Grande do Sul: 1995 a 1998, comunicação apresentada ao Primeiro Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política - ABCP -, 17 a 20/12 de 1998, Rio de Janeiro, 40pp.

### III - O FEDERALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

#### 1.

Em 15. de setembro de 1993 o STF declarou inconstitucional a Emenda Constitucional nº. 03/93, a qual determinava no par. 2º de seu art. 2º que o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira não se subordinava nem ao princípio da anterioridade, previsto pelo art. 150, III, b e IV da Constituição Federal, tampouco àquele da reciprocidade de imunidade tributária entre os entes da federação brasileira, estabelecido pelo art. 150, VI da Constituição. Para a análise aqui proposta interessa a argumentação em torno da compreensão do STF sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 03/93 no que diz respeito ao art. 150, VI, uma vez que envolve a questão federativa.

De acordo com o art. 150, VI é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre renda e patrimônio uns dos outros. Para o STF a violação a este princípio é atentatória ao pacto federativo brasileiro, exatamente pelo motivo de que qualquer emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado não será admitida, em função do art. 60, par. 4º, I da Constituição Federal. Para o STF esse era o caso que se tinha quando da apreciação da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 03/93<sup>30</sup>.

Se por um lado esta decisão poder ser lida como uma manifestação de proteção ao princípio do federalismo determinado pela Constituição federal, por outro lado ela não deixa de ser menos polêmica. É que se tem aqui o STF elevado a uma condição de ator político fundamental para a decisão dos processos na vida institucional brasileira. Lembre-se, ainda, que esta condição foi conferida ao STF pelo próprio STF, o que, no mínimo, enseja indagações de outra ordem, mais precisamente, na compatibilização deste entendimento do STF com a teoria democrática.

O atual estado brasileiro é definido constitucionalmente como um Estado Democrático de Direito. Num estado assim constituído, a separação de poderes responde por uma das bases fundamentais da democracia, qual seja, aquela determinada pelo princípio de que ninguém pode ser seu próprio juiz. Não se pode ter como compatível com pressupostos de conformação estatal autenticamente democrática uma interpretação constitucional que resulte na superposição de um órgão estatal sobre outros, ainda mais quando

<sup>30</sup>ADI nº. 926-5-DF, p. 61.

esta superposição é produto de um processo decisório que se encontra inteiramente nas mãos do eventual beneficiário.

O STF ao pretender resolver um problema criou, na verdade, um segundo de potencialidade igualmente ameaçadora quanto à observação do princípio federativo. É que como resultado da decisão acima trazida se tem a definição institucional de pressupostos democráticos não pelo Poder Legislativo - a quem compete, num estado democrático de direito, a direção dos rumos do estado, pelo fato de ser este Poder o que elabora as leis para os outros - porém pelo Poder Judiciário.

A repercussão deste resultado não deixa de incluir o federalismo. Define-se o próprio Poder Judiciário como o autêntico *policy making* de um estado, tem-se então que também o federalismo definido constitucionalmente passará a ter a feição que este Poder determinar. Neste caso, não gozarão as disposições constitucionais sobre federalismo da autonomia inerente àquela de um sistema constitucional. Terão estas que aguardar o pronunciamento, no caso do STF, para atingirem a eficácia que a assembléia constituinte efetivamente pensou ter-lhe conferido. Este, aliás, foi o entendimento do STF citado anteriormente sobre o caso da decisão da ADIn nº. 216.

Sem dúvida a motivação do STF possui ainda uma base determinante de reflexão sobre a autonomia dos Estados-Membros da federação brasileira. A repartição das competências dos entes federativos - aqui não somente dos Estados-Membros, mas também aquelas dos Municípios brasileiros - impôs um sistema inédito de autonomia, o qual, como se disse, garantido pela capacidade de arrecadação própria destas entidades. Sem a autonomia de captação de recursos próprios, permanece a autonomia inviabilizada. Ainda, com a preponderância de um ente da federação sobre outros, o comprometimento da federação é igualmente ameaçador.

Percebe-se, então que na escolha entre uma opção, cujo resultado atinja a estrutura teórica do sistema federativo brasileiro (o STF como *policy making* também dos contornos da federação no Brasil); e um outra cujo resultado garanta, num registro pragmático o pacto federativo, o STF ficou com a segunda alternativa. Aqui, recorrendo à ausência de contornos institucionais mais elaborados sobre o federalismo no Brasil, o STF ocupa um vazio que, pelo menos a priori, não seria propriamente seu.

## 2.

Passe-se agora à análise do STF sobre as decisões envolvendo a intervenção da União Federal nos Estados-Membros e destes nos Municípios.

De acordo com os dispositivos constitucionais - arts. 34 a 36, a intervenção da União Federal nos Estados-Membros somente será possível (art. 34): a) para manter a integridade territorial; b) repelir invasão estrangeira; c) pôr termo a comprometimento da ordem pública; d) garantir o livre funcionamento dos Poderes nos Estados; e) reorganizar finanças; f) prover a execução de lei federal e assegurar a observância dos preceitos constitucionais da forma republica, sistema representativo e regime democrático; dos direitos da pessoa humana, da autonomia municipal, da prestação de contas da administração pública e da aplicação das verbas para o desenvolvimento do ensino.

Os Estados-Membros somente intervirão nos Municípios e a União Federal nos Municípios dos Territórios somente nos casos de (art. 35): a) não pagamento da dívida fundada; b) não forem prestadas contas, c) não aplicação de receitas no desenvolvimento do ensino; d) garantir o cumprimento de lei federal, da ordem e de decisão judicial.

O STF possui uma atribuição institucional determinante em casos de intervenção federal, já que segundo o art. 36 da Constituição é este Tribunal quem decidirá pelo pedido de intervenção, podendo mesmo, em alguns casos, requerê-la.

Constata-se logo de início que o texto constitucional brasileiro tem sido extremamente cuidadoso ao tratar das possibilidades de intervenção. Na verdade, esta cautela deve ser entendida como reflexo da atmosfera democrática em que a Constituição foi elaborada e de sua decisão de introduzir no Brasil um sistema federativo efetivamente baseado na autonomia e respeito a centros locais de poder. Tanto o é que quando do art. 34, VII, a, a ameaça a regime democrático autoriza a intervenção.

A intervenção é medida de caráter excepcional. Ela se constitui mesmo na ruptura da ordem básica do federalismo, daí o motivo da cautela do STF em relação à decisão que eventualmente autorize intervenção federal em algum Estado-Membro. Um fato que bem traduz este cuidado é a constatação de que, durante a vigência da Constituição Federal de 1988 inexistiu até o momento intervenção da União Federal em Estado-Membro<sup>31</sup>.

a) Ponto pacífico na jurisprudência do STF sobre intervenção é aquele da impossibilidade de a União Federal intervir em Municípios. Neste sentido, a decisão do STF é clara: „Impossibilidade de decretação de intervenção federal em Município localizado em Estado-Membro. Os Municípios situados no âmbito dos Estados-Membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente a esses entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-Membro”<sup>32</sup>.

Esta decisão garante a autonomia política do Estado-Membro e demonstra que a decisão política de intervenção nos Municípios se constituirá em tarefa do poder político local. Tem-se, então, a observação de que o federalismo constitucional brasileiro também desconcentra suas atribuições de intervenção, autorizando a conclusão de que esta concepção de federalismo enxergou no poder político local não somente a legitimidade para avaliar a necessidade de intervenção, como também estendeu a este poder local a responsabilidade pela manutenção do pacto federativo.

b) Fortalecendo sua jurisprudência sobre a autonomia dos poderes estaduais em matéria de intervenção, decidiu o STF que não cabe recurso para o próprio STF de decisão de Tribunal de Justiça estadual que indeferiu pedido de intervenção. É este o resultado do RE nº. 149986/SP e RCL nº. 464/Ce<sup>33</sup>.

Ao decidir que a justiça estadual possui competência última para decisão sobre intervenção - nos casos aqui trazidos, mesmo a intervenção federal - se constata novamente a direção adotada pelo STF de também dividir com o poder local a faculdade de autorizar intervenção.

c) Se por um lado o cuidado do STF com a intervenção tem servido ao equilíbrio e à segurança do federalismo, tem esta cautela também gerado jurisprudência sobre a qual repousaria a dúvida de que a intervenção não significaria mesmo a manutenção do federalismo nos seus termos institucionais, já que esta manutenção também o objetivo da intervenção.

<sup>32</sup>Mesmo no caso do Estado de Alagoas, a União Federal não decretou oficialmente a intervenção. O Estado nordestino de Alagoas é um dos mais pobres da Federação brasileira, ostentando os indicadores sociais mais baixos em comparação com outras unidades da Federação. Extrema desorganização de finanças, irregularidades da administração pública e a ausência de governabilidade foram causas principais do descabro institucional que assolou este Estado durante o período em que se efetivou a conhecida „intervenção branca”.

<sup>33</sup>IFQO nº. 590/Ce, p. 01.

<sup>34</sup>P I e p. 1, respectivamente.

Aqui se busca a referência ao caso registrado no Estado do Mato Grosso, registrado no IF nº. 114/MT. A existência de fato criminoso e cruel ocorrido em cidade localizada a 700 quilômetros da Capital do Estado moveu o Procurador-Geral da República a requerer intervenção no Estado que se achava „sem condição mínima para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”<sup>34</sup>.

O STF decidiu que, tendo em vista as informações das autoridades locais de que o inquérito policial havia sido instaurado, e todas as medidas para apurar o esclarecimento do fato estavam sendo tomadas, não se configurou o caso de intervenção, de acordo com a previsão constitucional do art. 34, VII, b. O que é de concluir é que mesmo sabedor da dificuldade tradicional que possuem os Estados-Membros de maior dimensão territorial para alcançarem todos os cantos de seu território e, eventualmente, da real necessidade de envio de reforço para se garantir a autoridade, o STF não cedeu em sua compreensão de que os motivos que possam conduzir a uma intervenção devem explícita e inquestionavelmente estarem postos. O desrespeito a direitos da pessoa humana no Brasil, e em especial nos seus mais ermos locais, não é novidade. Esta ponderação não foi realizada pelo STF.

No mesmo sentido, mas anteriormente ao caso acima descrito, o STF já havia decidido de maneira a solidificar seu entendimento. Em 1992 o STF negou pedido de intervenção federal no Estado do Pará baseado no fato de o governo estadual não intervir em Município para garantir os direitos da pessoa humana. Neste caso o pedido havia sido requerido por partido político e deputado federal, tendo sido negado pelo Tribunal de Justiça do Estado. O STF indeferiu o pedido por ter o entendimento de que somente o Procurador-Geral da República dispõe da legitimidade para requerer intervenção e que não cabe recurso da decisão da justiça local que igualmente indefere pedido de intervenção<sup>35</sup>.

<sup>34</sup>IFO nº. 114/MT, p. 01.

<sup>35</sup>IF nº. 102/Pa.



#### IV - CONCLUSÕES

No que pese a trajetória histórica de o STF possuir uma proximidade com o Poder Executivo no Brasil, há de se reconhecer de que este desenvolvimento histórico não é linear, porém conflitivo.

Tanto o desenvolvimento desta posição histórica como sua conflituosidade, se deixam demonstrar no aspecto do federalismo, desde os primeiros tempos do STF. De início, é de se ressaltar que o STF não pode ser responsabilizado isoladamente pelas eventuais distorções que a experiência federalista vem tendo no Brasil. Como se discutiu, estas distorções do mundo real se vinculam muito mais à ausência de cultura democrática das elites políticas brasileiras - o que vem sendo alterado pelo menos nos últimos dez anos - do que à falta de discussão teórica existente no País sobre o assunto ou de sua conformação constitucional.

Por meio de inúmeros pontos de seus diferentes julgados se pode ver a compreensão de federalismo que o STF possui. Porém, as questões tributárias envolvendo principalmente Estados-Membros e aquelas de intervenção merecem especial atenção, exatamente porque envolvem a credibilidade que o poder central - no Brasil, tradicionalmente concentrador - tem no poder local como credenciado a resolver seus próprios problemas, tanto financeiro como políticos, ainda que estes problemas se relacionem com questões tão decisivas como a integridade territorial e manutenção do poder da autoridade instituída.

Do ponto vista das questões tributárias a tendência do STF tem se mostrado favorável à União Federal. Não é novidade esta tendência. Ressalte-se, por exemplo, as idéias de Alberto Torres (ex-ministro do STF no começo do século), e, nos dias de hoje, o diagnóstico de F. Abrucio e V. Costa, ambos a sugerir uma certa incapacidade dos Estados-Membros brasileiros de se credenciarem como atores autônomos e integradores da federação, pelo menos no plano de disputas econômicas.

Embora com naturais ressalvas, não tem sido este o quadro no que diz respeito à jurisprudência do STF em intervenções. Aqui, se observa que o STF possui claramente a compreensão da gravidade de uma intervenção federal e de suas conseqüências políticas.

Mais que isso: o STF, em última análise também um representante do poder central tradicionalmente concentrador na história brasileira, passa a vislumbrar maturidade política no poder local, colaborando dessa maneira

com uma descentralização do centro de decisões políticas de grande monta. Esta reflexão seria pouco provável há vinte anos atrás.

O que revela desafiador é uma análise mais precisa desta duplicidade de entendimentos no interior do próprio STF. Se por um lado se constata o crédito na maturidade dos poderes políticos locais indica o reconhecimento da implantação efetiva do federalismo; por outro a perspectiva centralizadora em questões que envolvam aspectos determinantes para a garantia de uma real autonomia federativa, como é o caso das questões tributárias, revela o longo caminho a percorrer.

A análise que se propõe requer o aprofundamento das questões aqui levantadas, mas com certeza transitaria necessariamente pela observação dos votos dos ministros, pelo estudo detalhado dos casos e de suas circunstâncias, permitindo com isso um mapeamento menos impreciso do problemas cotidianos que o federalismo ainda enfrenta no Brasil.

## V - BIBLIOGRAFIA

- ABRUCIO, Fernando Luiz e Valeriano Mendes Ferreira da Costa (1998): Reforma do Estado e o Contexto Federativo, São Paulo: Coleção Pesquisas, nº. 12, Konrad-Adenauer-Stiftung.
- AGESTA, Luis Sanchez (1980). Curso de Derecho Constitucional Comparado, 7a. edição, Madrid: Universidade de Madrid/Sección de Publicaciones.
- BADIA, Juan Ferrando (1978). El Estado Unitario, el Federal y el Estado Regional, Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira (1977). Regimes Políticos, São Paulo: Ed. Resenha Universitária.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira (1986). Teoria Geral do Federalismo, Rio de Janeiro: Editora Forense.
- BASTOS, Celso Ribeiro (1992). O Município: sua evolução história e suas atuais competências, in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 1, Vol. 1, outubro-dezembro, pp. 54-76, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo (1988). Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato - Le Forme di Stato e Le Forme di Governo. Le Costituzioni Moderne, sexta edição, totalmente revista, Milano: Giuffrè.
- BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo (1988). Costituzioni Straniere Contemporanee, Vol. 2, „Le Costituzioni di Sette Stati di Recente Ristrutturazione“, sexta edição, inteiramente refeita, textos escolhidos, comentados e organizados pelo autor com a colaboração de Mario Ganino, Milano: Giuffrè.
- BONAVIDES, Paulo (1993). A Constituição Aberta, Belo Horizonte: Del Rey. Ciência Política, 10a. edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1948). Teoria General del Estado, tradução de José Lión Deperre, México, D.E: Fondo de Cultura Económica.
- DAVID, René (1993). Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 2a. edição brasileira, tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes.
- FERREIRA, Pinto (1983). Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, Vol. 2, 6a. edição, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1991). Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, in Obras Completas, Tomo II, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1993). Derecho Constitucional Comparado, Madrid: Alianza Editorial S.A.
- GROHMANN, L. Gustavo M (1998): O Processo Legislativo no Rio Grande do Sul: 1995 a 1998: comunicação apresentada ao Primeiro Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 17 a 20 de dezembro, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.
- HORTA, Raul Machado (1964). A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro, tese de concurso para a Cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- HORTA, Raul Machado (1995). Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo, in Estudos de Direito Constitucional, pp. 345-522, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora.
- HORTA, Raul Machado (1995). Tendências Atuais da Federação Brasileira, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 83, julho, pp. 7-27, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.
- HUF, Peter Michael (1991). Die Entwicklung des bundesstaatlichen Systems in Brasilien, Schriften der Deutsche-Brasilianischen Juristenvereinigung, Band 11, Frankfurt/M: PeterLang Verlag.
- JANOTTI, Maria de Lourdes Monaco (1990). A República - Oposição e Consolidação, in: História Política da República, pp. 51-68, org. por José Roberto do Amaral Lapa, Papirus Editora: Campinas.
- JELLINEK, Georg (1954). Teoria General del Estado, traducción y prólogo por Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Editorial Albatros.
- KELSEN, Hans (1990). Teoria Geral do Direito e do Estado, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- LOSANO, Mario G. (1993). Los Grandes Sistemas Jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero, 2a. reimpressão, tradução de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Editorial Debate, S.A.
- MIRANDA, Jorge (1988). Manual de Direito Constitucional, Tomo III, 2a. edição, Coimbra: Coimbra Editora Ltda.
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio (1991). Curso de Direito Constitucional, organizado e atualizado por Maria Garcia, Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- PONTES DE MIRANDA (1970). Comentários à Constituição de 1967 - Com a Emenda n. 1. de 1969, Tomo II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SALDANHA, Nelson (1983). Formação da Teoria Constitucional, Rio de Janeiro: Forense.

- DANHA, Nelson (1987). O Estado Moderno e a Separação de Poderes. São Paulo: Saraiva.
- IMITT, Carl (1931). Der Hüter der Verfassung, 3. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot.
- DRÉ, Nelson Werneck (1961). A Ideologia do Colonialismo - Seus Reflexos no Pensamento Brasileiro. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Instituto de Superior de Estudos Brasileiros.
- PREMO TRIBUNAL FEDERAL. IF nº. 102/Pa. (1992). <http://www.stf.gov.br>. Publicação no Diário da Justiça de 13.03.1992, p. 2921, Ementário vol. 1653-01, p. 0001, Brasília.
- \_\_\_\_\_. (abril/junho 1993). ADIn nº. 216, in: Revista de Direito Administrativo, (Repositório autorizado da jurisprudência do STF) vol. 192, , Rio de Janeiro, pp. 200-210.
- \_\_\_\_\_. ADIn nº. 926-5-DE in: LEX - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nº. 189, Lex Editora, pp. 61-98.
- \_\_\_\_\_. RE nº. 149986/SP (1993). <http://www.stf.gov.br>. Publicação no Diário da Justiça de 07.05.1993, p. 8336, Ementário vol 01701-05, pp. 00888, Brasília.
- \_\_\_\_\_. RCL nº. 464/Ce. (1995). <http://www.stf.gov.br>. Publicação no Diário da Justiça de 24.02.1995, p. 3675, Ementário vol. 01776-01, p. 0001, Brasília.
- \_\_\_\_\_. IF nº. 114/MT (1996). <http://www.stf.gov.br>. Publicação no Diário da Justiça de 27.09.1996, p. 36154, Ementário voç 1843-01, p. 0001, Brasília.
- \_\_\_\_\_. IFOO nº. 590/Ce. (1998). <http://www.stf.gov.br>. Publicação no Diário da Justiça de 09.10.1998, p. 0005, Ementário vol. 01926-01 pp. 0001, Brasília.
- ERDÚ, Pablo Lucas (1986). Curso de Derecho Político, Vol. II, 3a. Edição, Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- ERGOTTINI, Giuseppe de (1983). Derecho Constitucional Comparado, tradução e introdução de Pablo Lucas Verdú, Madrid: Espasa-Calpe, S.A.
- TANNA, Francisco José de Oliveira (1959). O Ocaso do Império, 3ª edição, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora.

## VALORIZAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO – CAMINHO RUMO A UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MAIS EFICIENTE

FÁTIMA MARIA NUNES MEMÓRIA DE AN DRADE

Procuradora do Município de Fortaleza

Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

O Estado, entidade abstrata, para existir no mundo material há de dispor do elemento humano, a fim de que sejam executados os serviços públicos - todos aqueles prestados pelo Estado, em benefício e em atendimento aos reais interesses da coletividade. Conta a Administração Pública assim com "a massa dos servidores públicos, ou o chamado *personal administrativo*", na explanação do saudoso Professor Valmir Pontes.<sup>1</sup> Em quaisquer das funções nas quais atua - administrativa (executiva), legislativa ou judiciária - o Estado expressa sua vontade através de seus agentes, que lhe conferem realidade anímica.

Já pode ser vislumbrada, sem maiores esforços, a importância do elemento humano na realização das atividades do Estado. É o agente público que age junto à sociedade, prestando-lhe o serviço público, atuando em nome do poder público.<sup>2</sup>

Elucida Themístocles Brandão Cavalcanti que "*não se pode estudar a situação e as funções dos servidores do Estado sem partir da noção do serviço público. Dessa noção é que se poderá bem compreender porque os funcionários públicos têm uma situação peculiar, porque precisam os servidores do Estado possuir um espírito e uma mentalidade muito especiais e porque não é possível realizar as finalidades do Estado sem que seus funcionários tenham em alto grau um espírito público, caracterizado por um acentuado sentimento de renúncia, de disciplina e de apego às coisas do Estado a quem servem ... A noção do serviço público no estudo do direito administrativo é de uma importância muito grande, porque ela representa uma idéia central no conjunto das atividades da administração*".

<sup>1</sup> in Programa de Direito Administrativo, p. 137.

<sup>2</sup> Agente público aqui no sentido adotado pelo prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, como gênero mais amplo "*que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade de ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente*". (in Curso de Direito Administrativo, p. 121)

E arremata que "para a generalidade dos autores, a finalidade do Estado consiste, especialmente, em prover à manutenção e à execução dos serviços públicos ... Daí também, a relatividade do conceito de serviço público, variável de acordo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas".<sup>3</sup> Certo, porém, que "todo serviço público visa atender a necessidades públicas".<sup>4</sup>

Adotando-se como parâmetro a bem escalonada divisão didática concebida pelo Professor Celso Antônio, a partir do gênero "agentes públicos" chegamos à espécie "servidor público", definido pelo brilhante administrativista como "todos aqueles que entretêm com o Estado e entidades de sua administração indireta ou fundacional relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência".<sup>5</sup> Falaremos amiudamente neste estudo dos servidores públicos ocupantes de cargo, os que se encontram submetidos a um regime estatutário com o Estado. Como bem aponta Rubem Nogueira "o Poder Público não contrata com os seus funcionários, não ajusta com eles condições de serviço e remuneração, mas estabelece, em lei, ou regulamento, unilateralmente, as condições de exercício da função pública; prescreve os direitos e deveres da Administração e o público, os requisitos de eficiência, sanidade, capacidade e moralidade: fixa os vencimentos e tudo o mais para investidura no cargo e o desempenho das funções. O complexo de tais regras compõe o Estatuto a que ficam sujeitos os funcionários e que a Administração pode tomar a iniciativa de, mediante lei, mudar, alterando condições de serviço e aumentando ou reduzindo direitos e obrigações, uma vez respeitados os direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos."<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Cita ainda Léon Duguit, que asseverava: "Déjà en 1911 nous écrivions: 'Quelles sont les activités dont l'accomplissement constitue pour les gouvernants une obligation? À cette question on ne peut point faire une réponse fixe. Il y a là quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier degré. Il est même difficile de fixer sans général de cette évolution. Tout ce qu'on peut dire, c'est que à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics augment, et que le nombre des services s'accroît par la même. C'est logique. En effet, la civilisation on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente, parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est la civilisation.' Esse conceito de DUGUIT merece ser transcrito, porque representa um pensamento muito preciso da relatividade da noção do serviço público, que pode ser verificada, quer na doutrina, quer nas realizações práticas dos diferentes regimes administrativos." (pp.10-12)

<sup>4</sup> E adita Maria Sylvia Zanella di Pietro: "mas nem toda atividade de interesse público é serviço público". (in Direito Administrativo, p. 85).

<sup>5</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>6</sup> O autor recorre aqui à nomenclatura adotada pela Constituição Federal anterior, a qual utilizava o termo "funcionário público". (p.255)

Certo que o Estado exerce seu *múnus* de maneira unilateral, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado. Para isto, impõe regras específicas para a seleção das pessoas que integrarão seu corpo administrativo e que realizarão as tarefas tendentes à prestação dos serviços públicos.<sup>7</sup>

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a seleção dos agentes que trabalharão para o Estado dar-se-á necessariamente por meio de concurso público. Somente pelo ingresso legitimado proporcionado pelo concurso público, incitando o exercício real da isonomia e da cidadania, expurgando privilégios espúrios de apadrinhamentos (tão comuns em nossa cultura<sup>8</sup>), é que se pode vislumbrar um início sadio de prestação laboral por parte dos aprovados. Isto porque o candidato que dependeu apenas de seus próprios méritos intelectuais para aportar no serviço público não se sentirá impellido a retribuir favores, no exercício de suas atividades públicas. Os detentores momentâneos do poder, por seu turno, esbarrarão no anteparo seguro da estabilidade, garantia coibidora de ingerências perniciosas ao interesse público.<sup>9</sup>

No desempenho das funções irrogadas por lei, o servidor público deverá pautar seu comportamento pela ética (como, de resto, os demais cidadãos) e pelas normas estatutárias. Cumprindo seu mister, deverá observar os deveres arrolados nos diversos estatutos, sob pena de eventuais sanções correspondentes às condutas desacertadas. A grande maioria do exército de servidores públicos cumpre com zelo suas atividades, o que geralmente passa despercebido pelos canais divulgadores e formadores de opinião. Aqueles poucos que maculam a instituição, pelo cometimento de ilícitos, tornam-se alvo fácil de censura por parte de uma mídia sequiosa em atacar a máquina estatal. A corrupção, mormente em países sem tradição de punir os corruptos (e corruptores) leva à descrença no aparelho estatal, abalando os alicerces

<sup>7</sup> "O ingresso no funcionalismo público é dominado pelo princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e pelo da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros. Isso não significa, porém, que todos, sem exceção, possam ou devam entrar para o serviço público. O ingresso no funcionalismo, nos termos da Constituição, está sujeito aos requisitos que a lei estabelecer, requisitos esses de ordem geral, quando dizem respeito a condições ou exigências de caráter ético jurídico, e de ordem especial, quando se referem à capacidade ou habilitação profissional. dentre os requisitos de caráter ético-jurídico, destacam-se os concernentes à nacionalidade, à idade, à prestação de serviço militar, ao bom procedimento e à saúde." (Valmir Pontes, in op. cit., p. 149).

<sup>8</sup> Já registrava Eça de Queiroz, em sua produção literária, acerca dos apadrinhamentos como forma de ingresso no serviço público português do século passado.

<sup>9</sup> A estabilidade, após a reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 09/98) somente poderá ser alcançada por algumas categorias, que desempenhem as denominadas "funções de Estado".

de um Estado democrático de Direito. Pontifica com argúcia Cármen Lúcia Antunes Rocha que *"a corrupção administrativa faz com que a Administração particularize-se. Sua prática configura a sobreposição do interesse particular sobre o interesse público. Os fins públicos, que dominam e justificam a atividade do Estado, passam a ser desconhecidos, desprezados, comprometidos. A moral institucional deixa de existir, pois a sociedade passa a ser um meio. Meio não apenas para realizar fins e razões de Estado - o que determina a existência de regime antidemocráticos -, mas para concretizar fins e razões de algumas pessoas ou grupos na obtenção de suas vantagens particulares"*.<sup>10</sup>

Os meios necessários para frear estas atitudes indesejáveis estão à disposição do administrador zeloso. Há que se lançar mão das sindicâncias, dos processos administrativos disciplinares, adoção das punições previstas estatutariamente (advertência, suspensão, demissão) e, se for o caso, responsabilizações na esfera civil e penal. Afinal, a Constituição Federal de 1988 erigiu a moralidade como princípio da Administração Pública (*caput* do art. 37).<sup>11</sup> Mister lembrar que *"sem o due process of law a demissão do agente público é ilegal"*.<sup>12</sup>

Não obstante ocorram tais excrescências, o normal, consoante frisamos, é o satisfatório encaminhamento da máquina estatal, através da prestação dos serviços públicos e correto manuseio da *res publica*. O servidor trilha seu caminho sequioso de melhores oportunidades, planos de carreira que possibilitem ascensão funcional, oferecimento de cursos de qualidade com regularidade, e, é claro, padrões vencimentais compatíveis com sua qualificação. E os administradores, porventura têm proporcionado o atendimento a estas expectativas? Na maioria das vezes, têm os mesmos convergido suas atenções para obras que granjeiem aplausos por sua imponência, pelo retorno que computarão nas urnas. Preocupam-se em pavonear-se, bebericando do transitório néctar do poder, olvidando as aspirações mais profundas da sociedade. Esquecem do humano, agindo como deuses. E assim passa-se uma, e outra, e infindáveis administrações sem que a qualidade de vida dos administrados sofra uma alteração a melhor, neste rol incluída a categoria dos servidores, também ressentida com o desprezo às suas reivindicações. Ao contrário, quando se desejam medidas de impacto junto à opinião pública, a primeira providência é o achatamento dos

<sup>10</sup> in Princípios Constitucionais da Administração Pública, p. 202.

<sup>11</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha aponta que *"no desdobramento deste princípio, tem-se no mesmo dispositivo constitucional a definição de que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"* (art. 37, § 4º) (in Princípios Constitucionais da Administração Pública, p. 226)

<sup>12</sup> José Cretella Jr., in Prática do Processo Administrativo, p. 20.

vencimentos, corte de vantagens, os atuais programas de demissão voluntária, ameaça de demissão, enfim, o equilíbrio das contas públicas deve passar necessariamente, na visão míope dos tecnocratas de Brasília, pelo corte de despesas com o funcionalismo público. Herança de um Estado hipertrofiado de servidores, ingressos para atender a fins politíqueiros, e não visando um preenchimento racional dos quadros de carreira. Frise-se que pagamos alto custo ainda hoje pela admissão inescrupulosa de servidores feita no passado, desprezando-se concursos públicos.

Conseqüência deste desmazelo da grande maioria dos administradores públicos é a apatia na condução dos seus misteres por parte de alguns servidores públicos, personificando a típica figura do "barnabé" brasileiro.<sup>13</sup> Isenção da apaixonada parcialidade que nos caracteriza como lúcidos optantes pela carreira no serviço público, tal figura anômala tende hodiernamente ao esvaziamento, vez que a mentalidade da nova geração, egressa da seleção natural do concurso público, comunga com novos ideais e desembainha outras fronteiras. A passos lentos, porém sempre em frente, a vocação natural do ser humano é em direção ao seu aprimoramento e, via de conseqüência, ao aprimoramento da sociedade. Se levarmos em consideração o nascedouro da Humanidade, da Lei de Talião, da escravidão, passando pela institucionalização de tantas injustiças, constatamos que muito progresso foi alcançado na espiral histórica. No caso brasileiro, há pouco vivenciamos um fato inédito de *impeachment* de um Presidente da República, indicador seguro da invocação do sistema jurídico para expurgar do poder um governante autor de "ilícitos políticos, administrativos e penais".<sup>14</sup>

Pugnando pelo aprimoramento da Administração Pública, tem-se em mente a necessidade de que a máquina estatal esteja em sintonia com as reais aspirações e necessidades da coletividade e possa, efetivamente, oferecer os serviços que atendam aos direitos pessoais, sociais e políticos.<sup>15</sup> Deve

<sup>13</sup> Paletó na cadeira a denunciar falsamente sua presença na repartição pública; a figura dos "batedores de ponto", verdadeira afronta ao contribuinte, que tanta revolta causam aos tenazes servidores cumpridores de seus deveres; a típica roda de conversa em pleno expediente, postergando o atendimento ao público, enfim, inúmeros casos são conhecidos por parte dos administrados no contato com a realidade das repartições públicas brasileiras.

<sup>14</sup> Aponta a professora mineira Cármen Lúcia como causa deste *impeachment* "o seu acintoso agravo ao princípio da moralidade administrativa constitucionalmente posto como fundamento do sistema jurídico em vigor". (op. cit., p.228)

<sup>15</sup> Jorge Miranda bem define o que sejam direitos sociais: *"há direitos da pessoa situada na sociedade, na sociedade civil ... São os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades. São os direitos advinentes da inserção do homem em sociedade, ou talvez melhor, nas múltiplas sociedades sem as quais não poderia ele alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais stricto sensu destinados à satisfação das suas necessidades"*. (in Manual de Direito Constitucional, p. 86).

pautar-se, para a boa consecução de seus objetivos, nos estritos parâmetros demarcados pelo princípio da legalidade, inafastável comando constitucional.<sup>16</sup> Deve oferecer estes serviços públicos segundo ainda os princípios "da permanência, da generalidade, da eficiência, da modicidade, e da cortesia, de acordo com o magistério da maioria dos especialistas".<sup>17</sup> E para a consecução desses fins, urge adoção de reformas administrativas que consolidem o melhor aproveitamento das qualidades dos servidores, capacitando-os e reciclando-os constantemente, garantindo sua atuação laboral isenta de fisiologismos, livrando a estrutura administrativa da figura nefasta do nepotismo, dentre outras curiais providências. Torna-se imperioso que os administradores públicos fomentem o aperfeiçoamento de seu pessoal, prognosticando retorno seguro no rendimento destes servidores.

Capítulo importante na percepção dos problemas que assolam a Administração Pública é seguramente a presença, nos denominados "cargos em comissão", de pessoas estranhas ao serviço público, totalmente descomprometidas com o espírito público. Por ocuparem cargos de relevo na Administração Pública (geralmente na Chefia dos Órgãos), o ideal seria que fossem escolhidos entre servidores públicos, vinculados de forma permanente com a estrutura administrativa. Ao contrário, tais pessoas passam poucos anos no exercício de funções estratégicas, deixando as seqüelas de suas deliberações (inclusive financeiras, ocasionando, amiúde, ônus ao erário público) para os futuros ocupantes. Muitas das vezes tais pessoas sobrevivem da iniciativa privada, onde residem interesses antagônicos e inconciliáveis com a causa pública. Os grandes desmazelos que assolam a Administração Pública provêm desta classe de "alienígenas" do serviço público, fato desconhecido da população, a qual atribui seus erros à generalidade dos servidores de carreira.

<sup>16</sup> Ensina Fausto Quadros que "no Direito Administrativo moderno, e, portanto, segundo a concepção actual de Estado de Direito, o princípio da legalidade (Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ou Prinzip der Vorbehalt des Gesetzes) exprime, não apenas um limite à actuação das Administração, mas, mais do que isso, o próprio fundamento jurídico da actividade administrativa, e de toda a actividade administrativa (9). Isto quer dizer, antes de tudo o mais, que todo e qualquer comportamento da Administração - não apenas a actividade unilateral, traduzida na aprovação de regulamentos e na prática de actos administrativos, como também a actividade bilateral, que se materializa na celebração de contratos administrativos.(10)(11) - deve estar previsto e permitido por lei anterior, sob pena de se afectar sua a sua própria existência jurídica. O princípio da legalidade da Administração, com esse entendimento, decorre do primado da lei e na generalidade dos Estados de sistema político de tipo ocidental, por se traduzir no primeiro princípio estruturador do Direito Administrativo, tem consagração constitucional, como acontece com o art. 266, no 2 da nossa Constituição". (in O concurso público na formação do contrato administrativo, pp. 706.707).

As mudanças verificadas na Administração Pública, porém, são lentas, pois "apesar das transformações atuais não se alterou a visão da estrutura administrativa estatal, que sofreu simples retoques, como se nada tivesse acontecido no mundo nos últimos cinquenta anos".<sup>18</sup> A necessidade de reforma administrativa é imperiosa, o que levou a administrativista Odete Medauar a proclamar, dentre algumas medidas "que iniciariam um processo contínuo de reforma administrativa", uma "seleção de pessoal mais rigorosa; treinamento e reciclagens constantes; responsabilidades personalizadas".<sup>19</sup> Vê-se que o aprimoramento dos servidores é *conditio sine qua non* para que a Administração Pública possa efetivamente avançar na qualidade da prestação dos serviços públicos à população. Sem o requisito apontado, comprometida estará a prestação destes serviços, razão de ser do próprio Estado.

<sup>17</sup> O mestre Diógenes Gasparini cita ainda a Lei paulista n. 7.835/92, "que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos" a qual define: "serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança"(art. 17), enquanto a Lei carioca n. 1.481/89 entende que "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade e generalidade na sua prestação"(art. 4º)" (in Direito Administrativo, p. 214).

<sup>18</sup> Baena de Alcazar, citado por Odete Medauar, in O Direito Administrativo em evolução, p.129.

<sup>19</sup> op. cit., p.131.

## BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1993;
- CAVALCANTE, Themístocles Brandão, O funcionário público e o seu regime jurídico. Vol. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958;
- CRETELLA JR., José. Prática do Processo Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 1995;
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1995;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992;
- MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992;
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1988;
- NOGUEIRA, Rubem. Curso de Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989;
- PONTES, Valmir. Programa de Direito Administrativo. Fortaleza: Imprensa Oficial do Estado do Ceará, 1966;
- QUADROS, Fausto. O concurso público na formação do contrato administrativo - Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, Lisboa, Dezembro, 1987;
- 3 - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte: Del Rey, 1994;



**DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E  
O DIREITO DE CONSTRUIR.**

**MARIA LINDÁURIA DE LIMA NASCIMENTO**  
Procuradora do Município  
Especialista em Direito Público

**SUMÁRIO:**

1. Desapropriação: considerações preliminares.
2. Requisitos constitucionais. Indenização Prévia.
3. Preço Justo.
4. Declaração de Utilidade Pública.
5. Declaração de Utilidade e o Direito de Construir.
6. Referencial Bibliográfico.

## 1. DESAPROPRIAÇÃO: considerações preliminares

A Constituição Federal de 1998 em seu artigo 3º determinou que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, por conta disto o princípio que norteia o nosso sistema jurídico é o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, a propriedade na ordem jurídica atual não tem caráter absoluto. O proprietário não poderá dispor da propriedade como bem entender, tendo em vista que ela deverá atender a sua função social.

O Estado no afã de promover o bem comum muitas vezes terá que desapropriar imóveis de particulares e estes só poderão discutir o preço e o procedimento, porque a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXIV estabelece que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição."

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, define desapropriação como "o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, adquirindo-o originariamente mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (1) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 9ª EDIÇÃO, MALHEIROS, 1997, pág. 523.

A desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização. (2) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, DIREITO ADMINISTRATIVO, 5ª EDIÇÃO, ATLAS, 1995, pág. 134).

## 2. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

Os requisitos constitucionais exigidos para a desapropriação resumem-se na ocorrência de **necessidade ou utilidade pública ou de interesse social** e no **pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro** (CF, art. 5º, XXIV), ou em títulos especiais da dívida pública (no caso de desapropriação para observância para o Plano Diretor do Município, art. 182, § 4º, III) ou da dívida agrária (no caso de desapropriação para fins de reforma agrária, art. 184).

No entender de Seabra Fagundes, os três fundamentos para desapropriação condensam-se no conceito unitário de utilidade pública, "que é em si tão amplo, que a menção apenas dessa causa bastaria autorizar a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, tanto quando fosse útil fazê-lo, como quando tal se afigurasse necessário ou de interesse social".

## 3. INDENIZAÇÃO PRÉVIA

A exigência de prévia indenização sempre existiu na legislação brasileira, constitucional e ordinária, nas desapropriações por utilidade pública ou interesse social, salvo neste último caso, na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 e no Decreto-Lei n. 554, do mesmo ano.

Clóvis Beviláqua disse que a indenização deveria ser prévia, salvo nos casos de (1) recusa do proprietário em receber (art. 591 do Código Civil), (2) o bem-estar sujeito à garantia real (art. 762, V. do Código Civil), (3) estar penhorado, "porque a penhora retira o bem da posse do devedor e o destina a venda judicial para com o produto para com o produto ser pago o exequente", ou (4) a propriedade estar sendo disputada por ação real, e o dono não tiver título transcrito. Para o grande civilista, o registro de imóveis adquire particular relevância porque a transcrição é o modo de adquirir o domínio de imóveis (art. 530, do Código Civil). Por isso, "se no registro se acha transcrito o título pelo qual o desapropriado adquiriu o bem, é ele que, perante a lei e o direito, é o proprietário, e conseqüentemente a ele deve ser forçosamente entregue a quantia arbitrada para o pagamento da indenização", conquanto seja possível anular o registro, por ação própria. (CRUZ, J. Oliveira. Op. Cit., p. 143-144).

Indenização prévia significa que o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. Este mandamento constitucional vem sendo frustrado, pelo retardamento da Justiça no julgamento definitivo das desapropriações, mantendo o expropriado

despojado do bem e do seu valor, por anos e anos, até transitar em julgado a condenação. Os depósitos provisórios geralmente são ínfimos em relação ao preço efetivo do bem, o que atenta contra o princípio da indenização prévia. Essa burla à Constituição só poderá ser obviada pelo maior rigor dos juízes e tribunais na exigência de depósito prévio que mais se aproxime do valor do bem expropriado. (3) HELY LOPES MEIRELLES, DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 20ª EDIÇÃO, PÁG. 526).

#### 4. PREÇO JUSTO

A indenização justa é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser repostado em pecúnia no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes, os lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária. (4) HELY LOPES MEIRELLES, DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 20ª EDIÇÃO, PÁG. 525).

#### JUROS COMPENSATÓRIOS

##### Juros compensatórios

A omissão da expressão juros compensatórios não haveria mesmo de conduzir à sua exclusão, em face da situação descrita pelos autores e embargados, que obviamente não iriam se contentar com o mero pagamento da indenização, sem os consectários a ela inerentes, que são os juros moratórios e os juros compensatórios. É o que proclama o Ministro Orozimbo Nonato, em precedente lembrado pelo saudoso Ministro Luís Galotti (RTJ, 54, P353)

#### CORREÇÃO MONETÁRIA

O STJ vem decidindo repetidamente ser cabível o índice de preço ao consumidor (IPC) no reajustamento dos títulos da dívida agrária (TDA), que também se destinam a indenizar expropriações, e o faz com arrimo no artigo 184 da Constituição Federal e no princípio da isonomia.

A Fazenda do Estado de São Paulo pediu extinção da execução do processo expropriatório, pelo fato de haver pago o saldo devedor dentro do prazo de 01 (um) ano do pagamento anterior, quando feita a última atualização.

As decisões invocadas pelo recorrente não coadunam com a realidade inflacionária que o País atravessa e colidem com a Súmula nº 561 do Pretório Excelso e a jurisprudência pacífica das Primeira e Segunda Turmas do STJ.

Os juros compensatórios são destinados ao ressarcimento pelo impedimento de usufruição dos frutos derivados do bem: vale dizer, é a compensação pelo uso do bem alheio pelo Poder Público, antes da justa indenização, motivo pelo qual, havendo demora no pagamento, os juros integram o valor indenizatório.

Por essas razões, finca-se que os juros compensatórios, integrando a indenização, na espécie, correspondem ao valor do imóvel, contemplando as perdas e danos, considerando o que o proprietário, razoavelmente deixou de lucrar. Explica-se, portanto, porque são cumuláveis os juros compensatórios e os moratórios (estes, remunerando o capital, paralizando o retardamento da obrigação de pagar, conforme a lei, contrato ou sentença), sem que a cumulatividade constitua o anatocismo (Embargos de Divergências no REsp. 24.943-5- Rel. Min. Gomes de Barros - in DJU de 30.08.93-).

Assegurados os juros compensatórios, guarnecidos os lucros cessantes, descabe a pretensão de auferí-los a título próprio ou autonomamente, somados aos compensatórios, edificados na via jurisprudencial. Existe precedente:

"Administrativo. Desapropriação. Juros Compensatórios e Lucros Cessantes. Cumulatividade Descabida.

I- Impossível cumular, em ação desapropriatória, a condenação de juros compensatórios com lucros cessantes, sob pena de "bis in idem", visto que aqueles se destinam a compor o patrimônio do desapropriado indenizando-o dos lucros que deixou de auferir em razão da expropriação. (5) RDA, RENOVAR, FGV, JULHO/SET - 1994, VOL. 197.

#### 4. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA.

Declaração de utilidade pública é o ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória. (6) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 9ª EDIÇÃO, MALHEIROS, 1997, pág. 857.

## 5. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E O DIREITO DE CONSTRUIR

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade, mas determina também que a propriedade tem que atender a sua função social. Assim, o direito de propriedade não é mais absoluto, pois o interesse da coletividade deve sempre sobrepor-se ao individual.

Tendo o Estado o dever de cuidar do bem-estar da sociedade muitas vezes ele tem que desapropriar bens de particulares em benefício da coletividade. Mas, essa desapropriação tem que ser por necessidade pública ou utilidade pública ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Mas, acontece que a simples declaração de utilidade pública, que constitui um dos requisitos constitucionais para desapropriar, já traz em si alguns gravames a pesar sobre o bem expropriando. Destes gravames um dos aspectos é dado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.365, segundo o qual, **"declarada a utilidade pública, ficam as autotidades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer a força policial"**.

Um outro aspecto do vínculo em questão é o consubstanciado no parágrafo 1º do art. 26 do citado diploma legal:

**"serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante"**.

Voto do Ministro do STF, Evandro Lins e Silva- Salta aos olhos, desde logo, a imperfeição técnica da redação legal. **"Desapropriação"** é ato administrativo complexo, cujo processamento compreende três etapas fundamentais. A qual delas se refere o legislador ao falar genericamente em desapropriação? A única interpretação plausível, por ser a que possibilita aplicação ao texto legal, é a que entende por **"desapropriação"** o início do processo expropriatório, ou seja a declaração de utilidade pública. E isto porque efetuado o pagamento ou a consignação da indenização como dispõe o artigo 29 da mesma lei, expedir-se-á em favor do expropriante mandado de imissão de posse, não sendo mais possível ao particular efetuar benfeitorias no bem expropriando.

Por conseguinte, declarada por decreto a utilidade pública do bem expropriando, não fica o proprietário impedido de nele realizar benfeitorias, mas perde o direito de indenização das benfeitorias úteis que fizer sem o assentimento do expropriante".

Por outro lado a Constituição vigente determina que o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal é de competência

local. Reconhecendo-se a competência do Município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Sendo o Município o responsável pelo controle do uso e ocupação do solo, é imprescindível que qualquer munícipe que pretenda erigir uma construção obtenha previamente da Edilidade licença para construir.

Licença é um ato administrativo vinculado e como tal, mister se faz que o interessado na obtenção do alvará de construção satisfaça todos os requisitos para adquirir o direito de construir.

Ato administrativo vinculado – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos. Exemplo: licença para edificar; aposentadoria, a pedido, por completar-se o tempo de serviço do requerente. (Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, pág. 262).

A licença reconhece e consubstancia um direito do requerente. Trata-se, porém, de um direito cujo exercício é condicionado ao preenchimento de determinadas exigências e de alguns requisitos impostos em lei. A outorga da licença significa o atendimento dessas exigências e requisitos, salvo se a própria licença houver sido liberada com desrespeito às normas legais, caso em que ela será inválida, não surtindo aqueles efeitos. (7) José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª edição, págs. 392/293.

Assim, uma vez atendidos os requisitos legais, a licença há de ser deferida, porque sendo esta um ato administrativo vinculado não poderá o Poder Público deixar de a conceder.

Hely Lopes Meirelles, com sua cultura inominável, expõe, em seu **"Direito de Construir"**, *ad verbis*:

**"Illegal é a recusa de aprovação de projeto de construção ou de plano de loteamento pelo simples fato de haver decreto expropriatório do terreno, ou mero plano de obras públicas para a área, ou qualquer outra circunstância que, de futuro, possa impedir a construção particular, pois a Administração Pública não tem o poder de bloquear a propriedade privada e estancar o direito de construir, indefinidamente e sem indenização do proprietário prejudicado."** (grifo nosso). (8) Hely Lopes Meirelles, Direito de Construir, 5ª Edição, pág. 167).

Segundo orientação de Lúcia Valle Figueiredo, **"impedir o proprietário de edificar em seu terreno pela mera existência quer de planos de melhoramentos públicos, quer de decreto declaratório de utilidade pública, afigura-se uma prática agressiva ao sistema jurídico"** (9) Disciplina

Urbanística da Propriedade, ed. RT, 1980, P. 36).

Na precisa definição de Celso Antônio, "a licença para construir é o ato administrativo pelo qual o Executivo, exercitando competência vinculada, libera a construção de determinada obra, por verificar e proclamar a consonância entre um projeto de construção e o direito de construir legalmente garantido ( Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, Ed. RT, 1981, p. 173).

A Jurisprudência neste entendimento é clara, ao dispor, *in verbis*:

**SÚMULA 23 DO STF** – "Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada".

Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes ao dispor sobre o direito de construir do particular em área que seja totalmente atingida por obra pública, caso a Administração Pública não deseje indenizar.

A jurisprudência não discrepa da orientação doutrinária. "Declarada a utilidade pública o proprietário do terreno não fica impedido de nele construir, mas somente será indenizado da benfeitoria, se houver consentimento do poder expropriante" (RDA 98/169). É o que se lê de RT 200/383/114, 381/133 E 399/134. O STF já pacificou tal orientação ( RTJ 43/ 619 e 50/178).

"Cumpra assinalar que, consoante pronunciamentos unânimes da doutrina e da jurisprudência, essa restrição ao direito de construir, por não implicar retirada total e definitiva do uso da propriedade, não sujeita o Poder Público a qualquer tipo de indenização, ainda que acarretando desvalorização temporária da propriedade atingida. Essa restrição insere-se no campo genérico do exercício regular do poder de polícia de que dispõe a Administração, a exemplo do que ocorre quando ela implementa a legislação do uso e de ocupação do solo, onde as limitações de uso, ditadas pelo interesse público, são de todos conhecidas ( recuo obrigatório, gabarito de construção etc.).

Será diferente na hipótese de o ato administrativo acarretar total prejuízo na fruição do bem atingido, como no caso do decreto Estadual de nº 10.251/77, que criou o Parque Ecológico da Serra do Mar. Nesse caso, os proprietários atingidos por esse ato, que equivale a interdição do uso da Propriedade, poderão dentro do prazo prescricional, pleitear a respectiva indenização por via da chamada desapropriação indireta, pois a situação se equipara à ocupação administrativa da propriedade". (10) Kiyoshi Harada, Desapropriação Doutrina e Prática, Atlas, 1997, pág. 73

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Malheiros, 1997, pág. 523.
2. ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo, 5ª edição, Atlas, 1995, pág. 134).
3. MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, pág. 526).
4. MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, pág. 525).
5. RDA, RENOVAR, FGV, Julho/Set – 1994, Vol. 197.
6. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Malheiros, 1997, pág. 857.
7. DA SILVA, José Afonso, Direito Urbanístico Brasileiros, 2ª edição, págs. 392/293.
8. MEIRELLES, Hely Lopes, Direito de Construir, 5ª edição, pág. 167).
9. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Disciplina urbanística das propriedade, ed. RT, 1980, P. 36).
10. HARADA, Kiyoshi, Desapropriação Doutrina e Prática, Atlas, 1997, pág. 73.

## A TEOLOGIA DE PLATÃO

**MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ**

Procurador do Município de Fortaleza

Mestre em Direito Constitucional - UFMG

Doutorando em Filosofia do Direito - UFMG

Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza

o dh qeos hmin pantwn crhmatwn metron an eih  
malista

**Platão.** *Nomon*, D, 716c.

Die ganze Philosophie ist nichts Anderes als das Studium der Bestimmungen der Einheit; ebenso ist die Religionsphilosophie eine Reihenfolge von Einheiten, immer die Einheit, aber so, daß diese immer weiter bestimmt ist.

**G.W.E. Hegel.** *Vorlesungen über die Philosophie der Religion. Sämtliche Werke.* Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden. Hermann Glockner (hrsg.). Band XV. 3. Aufl. Stuttgart: Fr. Frommans Verlag - Günther Holzboog, p. 113.

Ao Prof. Dr. Henrique Cláudio de Lima Vaz, S.J., dedico esta monografia, com uma especial gratidão pelo estímulo e pelas lições que me foram concedidas.

## 1. A TEOLOGIA FILOSÓFICA GREGA

O termo teologia (qeologia), originariamente utilizado por Platão (*República*, II, 379a), surgiu, no contexto da filosofia grega, para significar um discurso sobre a existência e a natureza do divino<sup>1</sup>. A idéia veiculada por este conceito, que começou a se formar no século VI a.C., e foi aperfeiçoada no século seguinte, surgiu intimamente relacionada, de um lado, com a religião grega e, de outro, com o aparecimento da filosofia. Trata-se, desse modo, de um estágio mais avançado do conhecimento e da explicação das coisas divinas, até então reservados aos sábios e advinhos, aos sacerdotes e anciãos das tribos e limitados aos ritos e cultos religiosos.<sup>2</sup>

Na época de Homero e Hesíodo, a teologia, ainda em estágio rudimentar, se confundiu com a mitologia, que foi um modo de expressão essencial da religiosidade grega<sup>3</sup>. Estes poetas, fabricantes de mitos, revelavam aos gregos, a origem do universo e dos deuses<sup>4</sup>. Criavam, também, modelos éticos a partir dos paradigmas que tomavam de empréstimo dos heróis humanos e das entidades divinas que eles retratavam. Arautos da vontade dos deuses, intermediários privilegiados entre os deuses e os homens, os poetas foram, ao mesmo tempo, explicadores do mundo e educadores da sociedade:

“De um modo muito geral, e ultrapassando a análise platônica, poder-se-ia, retomando as coisas por um outro lado, dizer que o poeta é o intermediário privilegiado entre uma comunidade e os sistemas de explicações e valores aos quais esta comunidade adere. Numa palavra,

<sup>1</sup>. Cf. REALE, G. *História da Filosofia Antiga*. Vol. 5. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1995, p. 252.

<sup>2</sup>. Cf. *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Vol. 30. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 1937, pp. 526-527.

<sup>3</sup>. Cf. VERNANT, J.P. *Entre Mythe et Politique*. Paris: Les Éditions du Seuil, 1996, p. 277. Ver, também: CASSIRER, E. *El Mito del Estado*. Trad. de Eduardo Nicol. México: Fondo de Cultura Económica, 2a. Edição. 7a. Reimpressão, 1992, pp. 7-23, 48-73.

através do mito, é toda uma comunidade que se dá em modelo a ela mesma. É necessário, portanto, absolutamente, evitar considerar a atividade poética de um ponto de vista exclusivamente estético. Pois nos mitos fabricados pelos poetas se misturam, de maneira inextricável, valores éticos, saberes de toda espécie e dimensão religiosa.

[...]

Enquanto educador, o poeta dá forma e transmite aquilo que faz a identidade de uma comunidade; vale dizer, a sua consciência”<sup>5</sup>.

A partir do surgimento do modo de pensar filosófico e da emergente tentativa de compatibilizar *mythos* e *logos* na significação do Universo, a civilização grega presenciou um imenso esforço, por parte dos filósofos, a partir da Escola Jônica, para submeter o discurso mítico ao tribunal da razão<sup>6</sup>, para justificar racionalmente a origem do Universo e os diversos problemas que envolvem o Ser, tanto ao nível da natureza, como no âmbito da convivência humana e, especialmente, as várias questões que suscita a explicação da Causa primeira de todas as coisas:

“Inicialmente convém lembrar que entre as causas que explicam historicamente o aparecimento da filosofia - pelo menos na tradição ocidental - está justamente o problema da transposição da visão religiosa do mundo num sistema de explicação racional. A filosofia surgiu justamente no terreno da tentativa levada a cabo pelos primeiros pensadores gregos e continuada por Platão e Aristóteles, para buscar demonstrar a existência de uma relação de homologia, relação de semelhança que fosse

<sup>4</sup>. Para Vernant (*op.cit.*, p. 281), o âmbito da mitologia é o lugar onde se explicitam as crenças religiosas, o lugar onde elas se perpetuam, em se exprimindo sobre o modo e na forma de narrações elaboradas. Ver, também, a análise de: JAEGER, W. *Paidéia. A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 3a. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1995, Livro Primeiro; NESTLE, W. *Storia della Religiosità Greca*. Trad. de A. B. Firenze: La Nuova Italia, Editrice, 1973, pp. 13-260.

<sup>5</sup>. Cf. BRISSON, L. *Mythos e Philosophia. In: Introduction à la Philosophie du Mythe*. Vol. 1. Paris: Vrin, 1996, pp. 14-15.

<sup>6</sup>. Atente-se, aqui, para as palavras de Tucídides (c. 465-c.395 a .C.): “Pode acontecer que a ausência do fabuloso em minha narrativa pareça menos agradável ao ouvido, mas quem quer que deseje ter uma idéia clara tanto dos eventos ocorridos quanto daqueles que algum dia voltarão a ocorrer em circunstâncias idênticas ou semelhantes em consequência de seu conteúdo humano, julgará a minha história útil e isto me bastará. Na verdade, ela foi feita para ser um patrimônio sempre útil, e não uma composição a ser ouvida apenas no momento da competição por algum prêmio” - *In: História da Guerra do Peloponeso*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 28.

a mais complexa possível, entre a visão religiosa do mundo e a visão racional que surgia na Grécia, acompanhando os primeiros passos da ciência. Sendo a visão religiosa do mundo uma visão totalizante que procurava englobar todos os aspectos da experiência humana: o Universo e o homem, a origem, o destino e o fim, a filosofia se viu face-a-face com o desafio de construir, com procedimentos da razão, com conceitos e métodos do *logos* demonstrativo, uma visão do mundo que apresentasse uma estrutura homóloga à visão religiosa, ou seja, que respondesse à pretensão de explicação total que a visão religiosa reivindicava e que encontrara sua tradução no *logos* mítico”<sup>7</sup>.

A teologia filosófica, ou teologia natural, enquanto dirigida ao conhecimento racional do Deus da tradição filosófica ocidental - do Divino que se manifesta no mundo físico - e da explicação racional do Ser Absoluto, é, pois, contemporânea da crítica à teologia mítica dos poetas, da tentativa de crítica e de explicação racional do *mythos* pelo *logos*. O problema teológico no alvorecer da filosofia ocidental, significa, em sua origem, “dar razão de Deus” (H.C. Lima Vaz). Ele postula uma “exigência de fundamentação racional do mundo num Princípio Absoluto” e tem como ponto-de-partida “a correspondência postulada entre a Razão humana e o mundo que se oferecia na experiência natural. A ordem do mundo permitia à Razão elevar-se ao Primeiro Princípio”<sup>8</sup>. Nesse sentido, Werner Jaeger:

“A teologia natural era o domínio dos filósofos: era a teoria da natureza do divino na medida em que ele se revela na natureza das coisas. (...) A filosofia grega é uma autêntica teologia natural, porque fundada sobre um conhecimento racional que penetra na natureza mesma das coisas (...) A teologia supõe uma atitude de espírito que é característica dos Gregos e que só poderia ser explicada pela grande importância que o pensamento grego atribuía ao *logos*, pois a palavra *theologia* significa

investigação acerca de Deus ou dos deuses (*théoi*) pela via do *logos*”<sup>9</sup>.

A partir de então, vários filósofos passaram a criticar o modo por meio do qual os poetas representaram os deuses. Dentre eles, destacou-se Xenófanes, cujo pensamento influenciou a maioria dos pensadores que o sucedeu, especialmente Heráclito e Empédocles. Xenófanes criticou profundamente o politeísmo e o antropomorfismo dos poetas. Afirmou que Homero e Hesíodo atribuíram aos deuses tudo aquilo que, nos mortais, deve ser reprovado: o roubo, o adultério e a traição mútua; ao mesmo tempo, tal como fizeram os etíopes e os trácios, fabricaram as divindades à sua própria semelhança. Além disso, estava profundamente convencido de que aos fenômenos da natureza poderiam ser fornecidas explicações racionais, sem recorrer às anteriores explicações mitológicas, muito menos à intervenção dos advinhos. Ora, Deus não pode ser, de modo algum, semelhante aos homens, nem corporal, nem espiritualmente; ele não precisa de membros ou de órgãos sensoriais, porque ele provoca tais fenômenos por seu próprio pensamento, sem mover um só músculo. Deus, que tudo pensa, tudo entende e tudo vê, é o maior dentre os deuses e os homens. Imóvel e imutável, Ele não nasce, nem morre. Ele existe.

Xenófanes foi, também, o autor de novas concepções éticas, quando, discorrendo sobre a piedade, tratou da boa conduta numa assembleia (frag. 1). A propriedade, a pureza e a simplicidade em todos os momentos e aspectos da cerimônia, aliadas a palavras reverentes e um discurso puro, sob a forma de hinos à divindade, precederão aos sermões em torno da nobreza, da justiça e da virtude, excluindo-se todas as histórias de gigantes, titãs ou centauros e os poemas sobre conflitos humanos dos quais nenhum proveito se pode tirar.<sup>10</sup>

De acordo com A.J. Festugière, o fato de que a divindade fosse concebida como unidade ou pluralidade era, para os gregos, algo sem importância, em comparação com o problema de saber como era necessário compreender a sua natureza e as suas relações com o mundo. Segundo o

<sup>7</sup>. Cf. JAEGER, W. *À la Naissance de la Théologie. Essai sur les Pré-socratiques*. [S.n.t.]. Paris: Les Éditions du Cerf, 1966, pp. 9-10. Comparar com, do mesmo autor, *Paidéia*, cit., p. 892.

<sup>10</sup>. Cf. Xenófanes, frgs. 1-2; 11-16; 23-26. In: DIELS, H. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. Vol. 1. 4a. Edição. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1922, pp. 129-135. Ver, também: SCHOFIELD, M. *Théologie et Divination*. In: *Le Savoir Grec. Dictionnaire Critique*. Paris: Flammarion, 1996, pp. 527-540. Comparar com: PATOCKA, J. *Platon et l'Europe*. Tradução de Erika Abrams. Paris: Verdier, 1983, Cap. III; JAEGER, W. *À la Naissance de la Théologie*, cit., Capítulo III.

<sup>7</sup>. Cf. VAZ, H.C.L. *O Problema de Deus no Pensamento Contemporâneo*. In: *Síntese* (Nova Fase), N. 23. Volume VIII. Set./dez., 1981, p. 18; Enciclopédia Italiana, pp. 526-527.

<sup>8</sup>. Cf. VAZ, H.C.L. *O Problema de Deus no Pensamento Contemporâneo*, pp. 22-23; 27. Ver, também: GEFFRÈ, C. *Théologie Naturelle*. In: *Dictionnaire Critique de Théologie*. LACOSTE, J.-Y. (dir.). Paris: PUF, 1998, pp. 787-788.



autor, foi um sentimento sempre vivo da perfeição divina, um melhor entendimento do que a divindade não deve ser e do que convém que ela seja, o sentido dos diversos problemas que resultam desta perfeição nas relações entre Deus e os homens, entre a Providência e o mal; uma tendência, enfim, para um panteísmo religioso um pouco vago, foi a forma mais comum que persistiu na teologia grega tradicional, que antecedeu a Platão.<sup>11</sup>

Ainda segundo Festugière, a preocupação maior dos pré-socráticos foi a contemplação do mundo, no qual dois fenômenos, sobretudo, os surpreenderam. Em primeiro lugar, a unidade, ordem e conservação do mundo a partir do equilíbrio dos contrários no curso regular da natureza. Em segundo lugar, a Causa Primeira das coisas e do seu movimento no mundo. Os físicos, a partir de suas considerações destes dois fenômenos, e, principalmente, do movimento regular dos astros celestes, não possuíam uma fé nos deuses mitológicos, mas, ao contrário, nos deuses-astros, cujo movimento eterno necessariamente supõe um princípio motor, uma alma, da qual promana sua divindade: "A divindade cantada pelos poetas era, em suma, um produto purificado do velho animismo primitivo; o deus dos cosmologistas, uma maneira simbólica para exprimir a vida e a ordem universais".<sup>12</sup>

## 2. A TEOLOGIA DE PLATÃO

### 2.1. A CRÍTICA FILOSÓFICA DO MITO

Luc Brisson mostra que o mito, na Grécia antiga, era um discurso por meio do qual se comunicava toda e qualquer informação sobre um passado longínquo, conservado na memória de uma dada coletividade, que a transmitia oralmente de uma geração a outra, tenha sido tal discurso elaborado pelos poetas - técnicos, transmissores profissionais -, pelos sábios da tribo ou ainda pelas mulheres - transmissores não profissionais.<sup>13</sup> Ao longo de todo este processo de comunicação, intervém uma relação de imitação (*mimesis*) entre o mito e a realidade à qual ele faz referência<sup>14</sup>, seja ao nível do discurso (*lógos*), seja ao nível do modo de expressar este discurso (*léxis*). Tal processo de imitação ocorre de uma maneira ambígua, pois torna presente uma realidade ausente e, além disso, só atinge sua finalidade se o mito é

<sup>11</sup>. FESTUGIÈRE, A. J. *Les Origines de l'Idée de Dieu chez Platon*. In: *L'Idéal Religieux des Grecs et l'Évangile*. 2a. edição. Paris: Librairie Lecofrre, 1932, pp. 179-180.

<sup>12</sup>. Cf. FESTUGIÈRE, A. J., *op.cit.*, pp. 177-181 (p. 181).

<sup>13</sup>. Ver: Platão. *Crítias*, 107a4-e3, 108b3-7, 108d3-6; *Górgias*, 527a5-6; *República*, I, 350e2-4, II, 373b6-8, 377c2-4, 377d4-6, 381e1-6; *Timeu*, 21b1-7; *Leis*, X, 887d2-3.

<sup>14</sup>. Ver: Platão. *Crítias*, 107a4-e3.

efetivamente transmitido aos interlocutores aos quais se dirigem os poetas. A imitação realizada coloca, neste particular, um problema de ordem ética, vez que seu emissor afeta diretamente o público que o ouve, o qual procura assimilar-se às entidades e aos heróis retratados nos recitos e nos poemas:

"Através do processo de comunicação do mito, a realidade que faz objeto da mensagem comunicada se torna presente ao receptor de uma maneira tão intensa que a sua ausência efetiva é esquecida e que, conseqüentemente, ela deflagra um processo de identificação que modifica o comportamento físico e, sobretudo, moral do receptor em questão".<sup>15</sup>

Platão, no entanto, viveu num período em que a postura da nascente filosofia era de crítica racional do discurso mítico, pois, como destaca Geneviève Droz, "buscar o fundamento ou a razão de ser daquilo que é excluí a narrativa ou a ficção". Desse modo, em sendo a sua preocupação primordial dar ao conhecimento, pretendido verdadeiro, um rigor demonstrativo completamente desconhecido daqueles filósofos que o antecederam, não podia deixar excluir a sua desconfiança perante os poetas, fabricantes de mitos, e colocar o discurso mítico no âmbito do conhecimento não-verificável, incerto e, além disso, não-argumentativo.<sup>16</sup>

Entre *mythos* e *lógos* há uma oposição epistemológica categórica. Daí o caráter de não-verificabilidade do primeiro. O *logos* que se manifesta no discurso filosófico atribui-lhe o caráter de discurso verdadeiro na medida em que o conhecimento filosófico (filosofia), enquanto conhecimento verdadeiro (*episteme*) se dirige, preliminarmente, em direção às formas inteligíveis - em contraposição àquele conhecimento que versa somente sobre as coisas sensíveis percebidas pelo corpo (*doxa*) - e, em última instância, à recuperação, pela anamnese, da fruição inata do Ser Absoluto, da Idéia do Bem e do Belo.<sup>17</sup>

<sup>15</sup>. Cf. BRISSON, L., *op.cit.*, pp. 29-33(32); CASSIRER, E., *op.cit.*, pp. 73-93. Ver: Platão. *República*, III, 395b8-d3.

<sup>16</sup>. Cf. DROZ, G. *Os Mitos Platônicos*. Tradução de Maria Auxiliadora Ribeiro Kneipp. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 9. Comparar com MATTÉL, J.F. *Platon et le Miroir du Mythe: de l'Âge d'Or à l'Atlantide*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, Introdução; RISSO, A. *Il mito, Segno della Misura Formativa*. In: *I modi di Amare Sophia: La Paideia Strutturale del Dialogo Platonico*. Firenze: La Nuova Italia, 1996, Cap. 1; BRISSON, L., *op.cit.*, pp. 33-41.

Ver: Platão. *Sofista*, 263e3-5, 268c-d, 269c9-d7; *Timeu*, 26c7-e5, 37c-38c, 51d3-e6; *República*, II, 376e-III, 403c; *Político*, 271a5-b3; *Crátilo*, 408b6-d4; *Górgias*, 523a1-3, 527a5-8.

<sup>17</sup>. Comparar com: BRISSON, L., *op.cit.*, pp. 33-41. Ver, de Platão: *Mênnon*, 8180d-86b; *Fédon*, 73c e seguintes.

As noções de tempo e de experiência sensível, por outro lado, são de especial relevância para compreender a oposição entre *mythos* e *logos*. Em primeiro lugar, porque o surgimento da filosofia implicou, nas palavras de Henrique Cláudio de Lima Vaz, uma leitura do tempo histórico por meio das categorias do modo de pensar filosófico. O conhecimento do mito, que se dá somente por meio da tradição ou pelos relatos dos poetas, é um discurso atemporal, pois o passado longínquo e o futuro incerto não constituem referenciais epistemológicos válidos ou confiáveis para determinar o seu grau de certeza e verificabilidade.

Por outro lado, a idéia de experiência que informa o discurso sobre as coisas sensíveis não é indiferente ao tempo, já que elas se situam num mundo sujeito ao devir, num mundo mutável e instável; a verificabilidade da opinião, ao contrário do mito, pode ser aferida em função da relação de analogia ou participação, entre o mundo sensível e o mundo supra-sensível, e requer somente tenha o indivíduo experimentado a realidade ou dela sabido por quem com ela teve contato. Desse modo, pode-se concluir que

“É necessário, pois, que a representação do tempo tenha perdido a estrutura repetitiva própria da simbólica do mito, ou tenha sido transposta da lógica do idêntico para a dialética do idêntico e do diferente, para que o *agora* ou o *atual* do tempo possa revestir-se de uma novidade qualitativa e o tempo presente assuma uma dignidade, vem a ser, uma estrutura axiológica capaz de desqualificar a primazia do antigo e pôr em questão a instância normativa de um passado fixado na identidade de uma origem, diante da qual o presente deva abdicar da sua novidade. Ora, somente quando, com o nascimento da filosofia nas ilhas da Jônia no século VI a.C., a razão demonstrativa ou o *lógos* como *epistêmê* ou como ciência passa a ocupar o centro simbólico da civilização grega, uma tal revolução na representação do tempo terá lugar. Com ela, o conceito de modernidade (se não o termo) pode igualmente surgir, ou seja, a filosofia situada no presente da reflexão pode conferir ao mesmo presente a dignidade de instância de compreensão e julgamento do passado, ou a dignidade do novo que advém ao tempo como diferenciação qualitativa na identidade do seu monótono fluir”.<sup>18</sup>

Toda a obra de Platão, porém, apesar do rigor dialético e

argumentativo até então nunca visto, foi informada pelo propósito educador, pelo espírito grego da *paideia*. Assim, não parece estranho tenha ele recorrido, muitas vezes, com intuito pedagógico, à elaboração de narrativas, para se fazer compreender, para demonstrar algo que, ao nível do conhecimento meramente sensível, não poderia ser percebido, mas apenas pelo “olho da alma” (*República*, VI, 508d; VII, 519b; *Banquete*, 219a).<sup>19</sup>

Como bem salienta Geneviève Droz, “o mito, intervindo lá, onde a dialética se mostra inoperante, não pode pretender à verdade; propõe, como bem mostrou Victor Brochard, uma hipótese plausível, ainda que não verificável, sugere o provável”. O discurso mítico que é muitas vezes utilizado por Platão, geralmente na forma de uma narrativa fictícia, apela mais à imaginação, ao sentimento estético ou ao sentimento religioso do que à razão discursiva; ele atua nos âmbitos religioso, ético e político como um estimulante moral e espiritual, sempre tendo como paradigma o mundo das idéias. Precisamente aqui, reside a sua superioridade diante das fábulas de Homero e Hesíodo, a sua maior utilidade frente ao discurso sofístico e a sua eficácia pedagógica<sup>20</sup>: “E foi assim, Glauco, que o mito foi salvo do esquecimento e não se perdeu. Ele pode, se lhe dermos crédito, salvar-nos a nós mesmos” (*República*, X, 621d)<sup>21</sup>. No mesmo sentido, Giovanni Reale:

“Em suma, o mito em Platão renasce não apenas como expressão de *fantasia*, mas, antes, como expressão daquela que poderemos denominar fé (Platão usa no *Fédon* o termo esperança, *elpis*). Com efeito, o discurso filosófico platônico sobre alguns temas escatológicos na maior parte dos diálogos, do *Górgias* em diante, torna-se uma espécie de fé acompanhada de razões: o mito procura um esclarecimento no *logos* e o *logos* um complemento no mito. À força da fé que se explicita no mito, Platão confia ora a tarefa de transportar e elevar o espírito humano a âmbitos e esferas de visões superiores que a razão dialética, sozinha, tem dificuldades em alcançar, mas que

<sup>18</sup>. Cf. LIMA VAZ, H. C. de. *Religião e Modernidade Filosófica*. In: *Síntese*. Nova Fase. Vol. 18. N. 53. Abril/junho, 1991, p. 149. Comparar com FRIEDLÄNDER, P. *Platon: Verdad del Ser y Realidad de Vida*. Tradução de S. González Escudero. Madrid: Tecnos, 1989, Capítulo IX; BRISSON, L., *op.cit.*, pp. 36-38.

<sup>19</sup>. Ver: REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), p. 63.

<sup>20</sup>. Cf. DROZ, G., *op.cit.*, p. 10-12. Comparar com BRISSON, L., *op.cit.*, p. 39-42.

<sup>21</sup>. Comparar com: *República*, II, 378e7-379a4; *Político*, 269b5-c3; *Timeu*, 22c3-d3. Ver, também: GOLDSCHMIDT, V. *A Religião de Platão*. Tradução de Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970, p. 39-40.

pode conquistar mediamente; ora, ao invés, Platão confia à força do mito a tarefa, no momento em que a razão alcançou seus limites extremos, de superar intuitivamente esses limites e de coroar e completar esse esforço da razão, elevando o espírito a uma visão ou, ao menos, a uma tensão transcendente.

[...]

Em suma, é um mito que, ao ser criado, é despojado pelo *logos* dos seus elementos puramente fantásticos para manter somente seus poderes alusivos e intuitivos".<sup>22</sup>

Esse encontro, de extrema importância, entre a razão filosófica e a antiga religião mitológica, implicou uma profunda alteração no sistema das representações simbólicas do Universo e do Divino. Nas palavras de Henrique Cláudio de Lima Vaz:

"Como se situará a religião em face dos saberes 'modernos', ou seja, daqueles que se organizam em torno da filosofia como novo centro simbólico do sistema das representações? Eis aí uma questão extremamente complexa, que seria temerário querer expor em poucas linhas. Podemos dizer, no entanto, que será no terreno da filosofia, ocupando o centro do sistema simbólico da modernidade, que se estabelecerá o confronto decisivo com a religião, centro incontestável do sistema simbólico tradicional.

O mais visível efeito da atração que a filosofia, enquanto *logos* demonstrativo, exerce sobre a religião, é a estruturação do próprio discurso filosófico na forma de teologia racional. A presença da modernidade na religião será assinalada desde então, na tradição ocidental, pelo florescimento das teologias, essa criação tão caracteristicamente grega.

[...]

Portanto, o influxo sobre a religião das modernidades que se sucedem sob a signo da razão clássica se traduz na constituição das teologias".<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Cf. REALE, G. *História da Filosofia Antiga*. Vol. II. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994, pp. 41-42.

<sup>23</sup> Cf. LIMA VAZ, H. C. de. *Religião e Modernidade Filosófica*, pp. 151-152.

Nas relações entre mito e filosofia e entre a antiga religião e a teologia racional ocorreram fenômenos semelhantes, vez que tanto a filosofia como a teologia racional buscaram transpor para o domínio da razão demonstrativa, tanto a mundividência do homem como o seu sentimento religioso anteriores ao surgimento do saber filosófico<sup>24</sup>: "A filosofia na tradição ocidental foi, na verdade, até Kant, uma teologia. Uma teologia racional, tentativa de explicação do mundo pela articulação sistemática dos sentidos múltiplos que se descobrem na experiência e que terminava na afirmação de um Absoluto".

## 2.2. A CRÍTICA À MITOLOGIA DOS POETAS

A filosofia platônica é permeada por um profundo nexos com a teologia, entendida esta como o conhecimento da divindade ou, como o próprio Platão afirma, uma assimilação da natureza divina o tanto quanto seja possível ao homem (*Teeteto*, 176b). Conhecimento de Deus, no sistema das idéias platônicas, significa conhecimento do Ser Absoluto, conhecimento da Idéia do Bem, do Bom e do Belo. Como afirma Karl Albert, a filosofia platônica compreende um momento teológico cuja evidência aparece tão mais clara quanto se atenta para o fato de sua grande influência sobre a teologia das épocas posteriores.<sup>25</sup>

Do mesmo modo que no âmbito da crítica epistemológica aos mitos, Platão, agora no domínio da teologia, não os descarta totalmente, mas o coloca de um modo que encontrem fundamento no conhecimento discursivo verdadeiro. Nesse ponto, o sistema platônico representa o ápice das idéias iniciadas com Xenófanes, Anaxágoras e Diógenes de Apolônia, e perfeccionadas por Sócrates. Tanto o Sócrates da República (364a e ss.), como o velho ateniense das Leis (X, 885b), reputam essencial a crença nos deuses como a melhor salvaguarda da *pólis*. Platão reputa que Homero e Hesíodo, verdadeiros fabricantes de mitos, sabem apenas tornar mais sonoro e persuasivo o eco de nossos costumes, desejos e crenças, mas não são absolutamente capazes de os julgar (*República*, 508d-607a). A sua teologia, levando em conta a finalidade de educar o povo, não somente é destituída de fundamento racional, como também é má, pois a idéia de divindade que ela veicula tanto é imoral, como corrompe os bons costumes.

<sup>24</sup> Cf. VAZ, H.C.L. *O Problema de Deus no Pensamento Contemporâneo*, pp. 18-19, 22; *Religião e Modernidade Filosófica*, pp. 152-153.

<sup>25</sup> Cf. ALBERT, K. *Sul Concetto di Filosofia in Platone*. Tradução de Paola Traverso. Milão: Vita e Pensiero, 1991, p. 75.

Platão, nesse particular, se preocupa em contrapor a estas más teologias uma teologia sã, pois as autoridades da *pólis* não deverão aceitar que se fale de Deus aos jovens sem representá-lo como se deve, vale dizer, sem que se proclame que Ele é essencialmente bom e verdadeiro. É na *República* (376a - 380c) em que ele expõe as "linhas fundamentais da teologia" (tupoi peri teologias - 397a):

- "- Adimanto, nem tu nem eu somos poetas neste momento, mas apenas fundadores de uma cidade. E aos fundadores de uma cidade compete somente conhecer os modelos com base nos quais os poetas devem compor os seus mitos e impedir que eles os transgridam, mas não devem inventar estes mesmos mitos.
- Justo, disse. Mas quais seriam os modelos a seguir quando se fala dos deuses?
- Mais ou menos estes - respondi -: é necessário sempre representar a divindade como ela é verdadeiramente, tanto nos poemas épicos, como nos poemas líricos e nas tragédias.
- Sim, é necessário fazer isto.
- Ora, se a divindade é realmente boa, não deve ser definida nestes termos?
- Como não?
- Mas nada que é bom é nocivo. Ou não?
- Me parece que sim.
- E, portanto, o que não é nocivo poderá causar algum dano?
- De nenhum modo.
- E o que não causa dano é causa de qualquer mal?
- Muito menos isto.
- E o que não causa nenhum mal pode ser causa do mal?
- E como poderia?
- Mas o que é bom é vantajoso?
- Sim.
- E é também causa do bem estar?
- Assim, pois, o que é bom não é causa de todas as coisas, mas é causa somente do bem e não do mal?
- Precisamente - disse.
- Portanto, a divindade - prossegui -, sendo boa, não será a causa de todas as coisas, como dizem as pessoas, mas o será somente de algumas poucas que acontecem aos homens, e não de muitas, porque o bem que nós

possuímos são muito maiores do que os males; e enquanto a causa do bem não pode ser reconduzida a outra coisa que a divindade, para os males se deve buscar uma causa diversa, que não a divindade.

- As tuas palavras me parecem muito verdadeiras, disse".<sup>26</sup>

Platão considerou os poetas como teólogos porque o discurso mítico era, também, uma forma, embora não verificável e não demonstrativa, sobre os deuses. A teologia de Platão foi uma proposta de discurso racional e demonstrativo sobre Deus; ela constituiu uma conseqüência inexorável da análise do sentimento e da idéia do Divino. Foi, também, uma conseqüência logicamente necessária de suas reflexões de ordem metafísica sobre o Ser. Representar o Divino como se deve, tal como ele verdadeiramente o é, significa que o discurso sobre Deus (teologia) deve seguir exatamente as mesmas regras, o mesmo procedimento do discurso filosófico (filosofia): ser demonstrável, verdadeiro e argumentativo. Em suma: discorrer sobre os verdadeiros atributos de Deus é discorrer sobre os verdadeiros atributos do Ser Absoluto: Deus, em suma, é, essencialmente, Bom em si mesmo, Belo em si mesmo, Verdadeiro por si mesmo, Imóvel e Imutável.

### 2.3. A CRÍTICA AOS FÍSICOS. A SEGUNDA NAVEGAÇÃO

Segundo A. Diès, os filósofos que antecederam a Platão qualificaram como divinas as várias entidades que, segundo eles, constituíam o suporte imperecível de toda a realidade, o pensamento mais ou menos consciente que governa as metamorfoses ou saboreia a felicidade imóvel: o fogo de Heráclito, o infinito de Anaximandro, p.ex. O mundo vivo e divino sempre foi, para o pensamento grego, ao mesmo tempo, objeto de uma contemplação maravilhada (*tauma*) e o sujeito, por excelência, dessa contemplação, a alma cósmica que reflete e saboreia a sua própria beatitude. Aliás, mostra Festugière, quanto ao tema, que foi precisamente a observação do movimento dos astros que levou aos físicos a divinizá-los. Tal movimento, regular e eterno, supõe necessariamente um princípio motor, uma alma. Ora,

<sup>26</sup> Cf. Platão. *República*, 379a-379c. Comparar com: *República*, 505a, 508a-509c, 517b-c, 518b, 526c, 530c, 532b-c; *Fédro*, 245b-e, 247c; *Sofista*, 249d; *Filebo*, 15a; *Timeu*, 29a-35a, 37a, 38a, 92c; *Leis*, 896d-899a, 903b-904b; *Fédon*, 80a-81a; *Banquete*, 210a, 210e, 211b-c. Ver, sobre o assunto: DIÈS, A. *Autour de Platon. Essais de Critique et d'Histoire*. Tomo II. Paris: Gabriel Beauchesne, Éditeur, 1927, pp. 523-525; 530-533, 536; JAEGER, W. *Paidéia*, cit., pp. 875-876; FRIEDLÄNDER, P., *op.cit.* e Reale, G., *op.cit.* (Vol. II), pp. 78-79 (o mito como "um falar por imagens"). A respeito da posição que Plotino toma diante da interpretação platônica dos mitos teogônicos: BEIERWALTES, W. *Pensare l'Uno*. Tradução de Maria Luisa Gatti. Milão: Vita e Pensiero, 1991, pp. 108-115.

estar em movimento sempre e sem quaisquer interrupções é o que caracteriza todos os seres divinos, o sol, a lua, os astros, todo o universo.<sup>27</sup>

A partir de Anaxágoras - continua Diès -, pelo menos, essa admiração diante da ordem cósmica e esta crença na vida consciente que a governa, passou a ser objeto de reflexões e análises. A ordem do mundo, que se concebia como prova da existência da divindade, nunca foi possível sem uma inteligência suprema, que distribui e organiza as medidas de todas as coisas, do inverno, do verão, do dia, da noite, da chuva, dos ventos e dos dias ensolarados. Em seguida, indaga o autor: é o mundo divino em Platão? O Universo visível é uma divindade? A resposta é afirmativa - assevera - desde que se parta do princípio que esta divindade perceptível é uma imagem, uma cópia do modelo que é o Deus inteligível.<sup>28</sup>

A justificação de tais afirmativas se torna possível a partir da idéia platônica da "segunda navegação" (*deuteros plous*). Desde os diálogos da juventude, com ênfase no Crátilo e no Ménon, Platão questionou as opiniões dos físicos em torno da Causa Primeira da realidade, a partir de várias interrogações em torno da estrutura e da inteligibilidade do real e sobre os possíveis meios a partir dos quais seria possível apreender o inteligível. Eis aqui o ponto-de-partida da elaboração, principalmente Parmênides, no Fedro e no Fédon, da teoria das Formas, realidades transcendentais e inteligíveis, alcançáveis apenas por meio do saber noético e separadas do mundo sensível no qual é possível apenas reconhecer uma cópia do modelo (*paradeigma, eidos*) fornecido pela realidade não empírica:

"Dessa maneira, a terminologia platônica torna-se clara. E também torna-se claro o célebre termo 'paradigma', ou seja, 'modelo', com o qual Platão designa o papel das Idéias em confronto com os sensíveis que as 'imitam' e são como suas 'cópias'. Platão exprime com o termo 'paradigma' aquela que, com linguagem moderna, se poderia denominar a 'normatividade ontológica' da Idéua, isto é, como as coisas devem ser, ou seja, o dever ser das coisas".<sup>29</sup>

Platão, seguindo uma das diretrizes comuns a todo o pensamento filosófico grego, buscava encontrar um fundamento comum para a

<sup>27</sup>. FESTUGIÈRE, A.J., *op.cit.*, pp. 180-181.

<sup>28</sup>. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 531-533, 538-540.

<sup>29</sup>. Cf. REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), p. 81.

multiplicidade das várias realidades empíricas que compartilhavam de um mesmo gênero (a justiça em-si, para todas as ações justas, a bondade em-si para todas as ações boas, a beleza em-si para todas as coisas bela, etc.) e, ao mesmo tempo, uma realidade não submetida às metamorfoses próprias do mundo sensível, algo que fosse por si próprio, que existisse por si próprio, o "absolutamente conhecível" de que fala a República (V, 477a). Desse modo, as Formas platônicas ou, o que é o mesmo, o mundo das Idéias, somente alcançáveis pela *noësis*, são realidades absolutamente estáveis e permanentes, isentas da diversidade e da contradição inerentes ao mundo empírico e, portanto, dele separadas (*khôris*). Distintas de suas realizações concretas, não se pode vê-las ou tocá-las, mas apenas contemplá-las por meio do intelecto.<sup>30</sup>

A Forma, ou Idéia, não é acessível desde logo àquele que busca o conhecimento. Realidade inteligível que é, situada no além do mundo sensível, ela exige esforço e paciência, uma espécie de comportamento ascético para que se possa atingir essa realidade que existe independentemente do mundo sensível para que o espírito pode alcançar mediante a anamnese, a reminiscência, a recuperação de um conhecimento inato e perdido no momento em que a alma caiu num corpo mortal. Entre as formas e as coisas sensível existe uma relação analógica, de participação; uma relação entre o modelo ou paradigma e a cópia imperfeita, na qual o mundo sensível - *omoiwmata* - só existe porque participa do mundo inteligível, o Ser universal - *pantelws on*, o único que pode ser objeto do conhecimento verdadeiro - *paradeigma, eidos* -, o único Ser que é, ao mesmo tempo, Intelecto e Inteligente.<sup>31</sup>

Ora, Platão mostra que poetas e físicos, na explicação do mundo, ignoraram tanto a verdadeira *physis*, que é a alma, como a causa primeira e verdadeira de todas as coisas, que é o domínio do inteligível e do divino (A. Diès). A só contemplação da natureza, dos astros e do seu movimento ordenado se reconduz, naturalmente, a Deus. No Fédon (97e, 98a -98b), Sócrates esperou ter encontrado em Anaxágoras uma explicação do universo pela idéia do melhor, pois cada coisa sensível tem o seu lugar onde deveria ser melhor que ela estivesse; o Todo deve ser explicado pela excelência de suas partes que, naturalmente, implica o bem comum de todas elas. Também

<sup>30</sup>. Ver: REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), pp. 49-60. Ver, também, do mesmo autor: *Para uma Nova Interpretação de Platão*. Trad. de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997, Segunda Parte, Capítulos 5 a 10.

<sup>31</sup>. Ver: CANTO-SPERBER, M. *Platon*. In: *Philosophie Grecque*. Monique Canto-Sperber (dir). Paris: Presses Universitaires de France, 1997, pp. 219-236. Comparar com FESTUGIÈRE, A.J., *op.cit.*, pp. 181-186; GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, pp. pp. 48-49.

Ver ainda: Platão. *Fédon*, 74a, 100b-d; *República*, V, 475e; *Timeu*, 27d, 28a-c.

nas *Leis* (903c), Platão ensina que a inteligência organizadora do universo tem sempre em vista a excelência e a conservação do Todo; isso não significa que ela negligencie as partes, mas sim que ela delas não se ocupa jamais sem as orientar para o bem do conjunto; como um bom médico ou como todo bom artesão, ela faz a parte pelo Todo e não o contrário.

Todo o problema das teorias dos físicos foi, desse modo, pretender ver no mundo sensível, onde reina a diversidade e a mutabilidade, a característica da divindade quando, ao contrário do que eles pensavam, ela reside única e exclusivamente no mundo inteligível, onde reinam as formas eternas e imutáveis. É somente no mundo inteligível onde se pode vislumbrar o divino que os físicos pretenderam ver no fogo ou no ar. Verdadeiras e divinas, somente podem ser as Formas inteligíveis, nunca as coisas sensíveis. É justamente no mundo supra-sensível (*Timeu*, 30c-d) onde se encontra a existência realmente existente, incolor e impalpável de que fala o *Fedro* (247c), o lugar invisível e inteligível, oposto ao lugar visível e corporal de que fala a *República* (508c, 509d, 516b, 532d)<sup>32</sup> :

“Alguém afirmou que Platão é o fundador da teologia ocidental. A afirmação, no seu sentido justo, é exata. A ‘segunda navegação’, isto é, a descoberta do supra sensível, deveria dar a Platão, pela primeira vez, a possibilidade de ver o divino justamente na perspectiva do supra- sensível, como fará depois toda sucessiva concepção evoluída do divino”.<sup>33</sup>

#### 2.4. A DIVINDADE E A IDÉIA DO BEM

A teologia platônica recolocou, sob um ponto-de-partida transcendente, as questões em torno da Divindade. Não seria mais das antigas narrativas míticas ou dos elementos básicos da Natureza que se podia atingir o Divino, mas a partir do mundo inteligível e do intelecto que o contempla. Só assim se pode fazer uma boa e sã teologia e buscar a Causa Primeira da existência e do curso harmonioso e regular da Natureza e do Universo: a Idéia do Bem:

“Este é o meu parecer: a idéia do Bem é o limite extremo do mundo inteligível, ainda que se a perceba dificilmente,

<sup>32</sup> Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 528-531, 538-540. Comparar com FESTUGIÈRE, A.J., *op.cit.*, pp. 177-181. Ver ainda: Platão. *Leis*, 886c, 891c, 891e, 892c, 966e-967d.

<sup>33</sup> Cf. REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), p. 302.

idéia que, uma vez percebida, dá margem para afirmar que é a causa de tudo o que existe de justo e belo em todas as coisas. No mundo visível, ela produziu a luz e o astro que é o seu senhor e no inteligível a verdade e o intelecto e quem pretenda ter uma conduta sábia, tanto em sua vida privada, como em sua vida pública, deve contemplar esta idéia” (*República*, 517b-c).<sup>34</sup>

Para Auguste Diès, tal raciocínio demonstra uma lógica perfeita: se a divindade reside primariamente na realidade inteligível, sede e fonte do intelecto, como não poderia ela culminar nesta Forma suprema do Bem que, Sol do Universo invisível, cria ao mesmo tempo, a inteligibilidade ontológica das outras formas, e, no domínio do intelecto, o pensamento por meio do qual ele atua? Se a Idéia do Bem, por sua inteligibilidade suprema, se situa para além da existência sensível, é porque a sua potência mesma e sua dignidade transcendem todos os outros seres. Se a idéia do Bem não é, expressamente, denominada divina, pelo menos é compreendida como tudo aquilo que existe de melhor, de mais feliz e de mais excelente no Ser.<sup>35</sup> Nas palavras de Giovanni Reale:

“Afirmar que a Inteligência é causa e ordenadora de todas as coisas significa afirmar que ela dispõe todas as coisas da melhor maneira possível. Isto implica que a ‘Inteligência’ e o ‘Bem’ sejam articulados estruturalmente e que não se possa falar da primeira sem falar do segundo. Afirmar a Inteligência como causa implica *eo ipso* afirmar o melhor (o Bem) como condição do nascer, do perecer e do ser das coisas”.<sup>36</sup>

No mesmo sentido, Festugière: a teologia platônica se inspira e se guia por uma aspiração a uma realidade, ao mesmo tempo que mais humana, mais real, menos fluente e menos imperfeita que todas as coisas perecíveis; ela manifesta uma tendência para uma plenitude ontológica que, desde o início, sobretudo a partir do Banquete, até às *Leis* e ao *Timeu*, é o pano-de-fundo permanente dos Diálogos. A Forma suprema, a Idéia do Bem, é uma necessidade lógica para a análise racional do Ser; a teoria das Formas, desde o início, se viu confrontada com a necessidade de atingir uma realidade transcendente, de tal forma que todos os atributos que a enriquecem são os

<sup>34</sup> Ver, também: *República*, 509b, 508a-509c, 518c, 532c.

<sup>35</sup> Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 543 (pp. 541-544).

<sup>36</sup> Cf. REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), p. 51. Ver, também: JABGER, W., *Paideia, cit.*, pp. 875-879; GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, pp. 19-31.

atributos próprios da Divindade Bondade, Beleza, Veracidade, Imobilidade e Imutabilidade. Estes atributos, por sinal, são obtidos pela análise da Idéia do Divino, do mesmo modo que as propriedades do homem o são pela análise da Idéia de homem.<sup>37</sup>

Lembra, ainda, Diés, que existe uma analogia entre o movimento ascendente em direção ao Bem em-si, descrita na República (505a) e a ascensão para o Belo em-si, de que fala o Banquete (210a, 210e, 211 b-c). Ambos visam alcançar, respectivamente, o limite do plano do Inteligível e o limite do reino do Amor. Conhecer estes domínios constitui o saber mais alto e mais digno. Se o primeiro é considerado como aquilo que existe de mais excelente e mais feliz, o segundo, por sua vez, é expressamente concebido como divino (Banquete, 211e-212a)<sup>38</sup>. Tal paralelismo não é, de maneira alguma, fora de propósito: o Bem em-si e o Belo em-si são entidades associadas ao Justo em-si, ao Santo em-si; a tudo o que é realidade ou Forma inteligível. Um *qeon*, no pensamento platônico, é tão mais *qeios* quanto mais ele se aproxima das realidades transcendentais, pois a Divindade reside nas Formas, nas Idéias e, sobretudo, no Bem em-si (Fedro, 248b, 249c).<sup>39</sup>

## 2.5. O DEMIURGO

Na ordem das razões platônicas, Bondade e Beleza são aspectos privilegiados das múltiplas dimensões do Ser. Sinônimos de utilidade, de ordem e harmonia e, igualmente, da melhor adaptação a um fim, retratam a tendência ao perfeito acordo na realização e no acabamento do Todo, causa primeira e princípio originário da existência e da disposição das partes.<sup>40</sup> Deus, na organização do mundo, quis que o Bem ultrapassasse, o tanto quanto mais possível, o mal, colocando, tal qual um artesão, cada coisa no seu lugar, onde ela pudesse melhor servir à sua finalidade.<sup>41</sup>

Da mesma maneira que Xenofonte - e, de certo modo, influenciado por ele -, Platão tinha consciência de que uma das grandes causas da desordem, na cidade e nos indivíduos, era proveniente da falsa idéia da Divindade que os antigos educadores haviam transmitido aos gregos. Os deuses de Platão, por isso mesmo, não são os mesmos deuses dos fabricantes de mitos, mas deuses cuja conduta moral é irreprochável, possuem em sua totalidade o conhecimento verdadeiro, não são sujeitos às mudanças do mundo físico e tendem, sempre, à verdade.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Cf. FESTUGIÈRE, A.J., *op.cit.*, p. 189, 195.

<sup>38</sup> Ver, ainda: Fedro, 250c; Teeteto, 176e.

<sup>39</sup> Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, p. 544.

<sup>40</sup> Ver. Parmênides, 130b; Filebo, 15a; Fédon, 75d-e; República, 507b; Leis, 903b-c, 904a-b.

<sup>41</sup> Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, pp. 544-545.

<sup>42</sup> Ver, também: ALBERT, K., *op.cit.*, pp. 53-87. Ver, em Platão: Banquete, 204a-b; Fedro, 278d.

No entanto, como lembra Diés, não era suficiente colocar o psíquico e o inteligível no lugar das entidades irracionais cantadas pelos antigos mitos. Era necessário, para que se preservasse tais crenças, tornar o tanto quanto fosse possível, mais inteligente e racional a mitologia, pois ela era a única a poder representar na criança que reside em todos, por meio da imaginação, a verdade abstrata e supra-sensível. O Timeu representa, nesse particular, o esforço de Platão para, por meio de um mito que se esforça para ser, ao máximo, verossímil (*eikos muqos*), contar a criação do mundo e de seus elementos, a formação dos homens e das leis que os governam. Ele é, desse modo, numa expressão que Diés tornou clássica, é a "transposição platônica" das antigas cosmogonias.<sup>43</sup>

Tudo o que existe tem, necessariamente, um autor, uma causa do seu existir: "a relação entre as coisas e as Idéias não pode ser pensada como imediata; é necessário um *mediador*, ou seja, um princípio que realize a imitação, assegure a participação, atualize a presença e seja fundamento da comunhão. É este o grande problema da Inteligência ordenadora e da sua função"<sup>44</sup>. Se este autor, esta Inteligência, trabalha a partir de um modelo imutável - o mundo inteligível -, a sua obra será inevitavelmente bela e o seu artesanato o mais excelente dos artesãos. A alma e o corpo do mundo são fabricadas pelo Demiurgo (*dhmiourgos*), cujo trabalho tem como paradigma as Formas, material pré-existente sobre o qual ele trabalha. Para construir a Alma e o Corpo do mundo, o Demiurgo tem como modelo o Ser Vivo Inteligível, o qual contém todos os seres vivos inteligíveis. Sempre guiado pelo intelecto e procurando realizar e concretizar racionalmente o Bem em-si da melhor forma possível.

O Demiurgo, no entanto, se confronta, em seu trabalho, com a Necessidade, a existência da ordem e da desordem que caracterizam a matéria, levando em conta a sua resistência às ações orientadas para um determinado fim. Com efeito, se as Formas são modelos eternos, distintos de sua realização concreta, o Devir pode colocar um conflito entre o modelo e a cópia. Daí a exigência do equilíbrio e da ordem, principalmente levando em conta que a Necessidade coloca limites à ação teleológica do Intelecto Supremo.

<sup>43</sup> Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, p. 545. Ver, também, do mesmo autor, sobre o tema: *La Transposition Platonicienne. In: Autour de Platon. Essais de Critique et d'Histoire*. Tomo II. Paris: Gabriel Beauchesne, Éditeur, 1927, pp. 400-449.

<sup>44</sup> Cf. REALE, G., *História da Filosofia Antiga*, cit., p. 81; *Para uma Nova Interpretação de Platão*, Quarta Parte, Capítulos 16 a 21.

Como o mundo sensível é permanentemente mutável, porque sujeito ao Devir, os seus elementos devem ser produzidos no interior de um espaço, do mesmo modo que o reflexo se produz num espelho ou numa superfície de água. Platão introduz, neste passo, conceito de cora (espaço), uma realidade que não possui nenhuma característica própria e que, precisamente por essa razão, se torna capaz de receber todas as características possíveis; ele compara este espaço criacional como uma massa de modelar que pode tomar quaisquer características, já que não possui nenhuma aprioristicamente.

Deus, como se viu, é essencialmente Bom e quer imprimir à sua obra a maior perfeição possível. Ele agiu sobre a *khôra* sujeita à Necessidade e nela introduziu um movimento ordenado e harmônico, já que a ordem e harmonia espelham a excelência. Ele fez com que se representasse, no devir do espaço e do tempo, a diversidade do mundo inteligível, de tal maneira que, a exemplo de um espelho, as imagens deste mundo possam sempre estar presentes no mundo sensível, possam mostrar a relação de analogia que existe entre ambos e tornem mais clara a primazia da alma sobre o corpo. Por meio de uma tal representação, Ele permite aos mortais que reencontrem o conhecimento que lhes é inato, vale dizer, por meio da experimentação do sensível alcancem o conhecimento verdadeiro, no plano das Idéias. Ele mostra, por outro lado, especialmente pela revolução dos astros celestes, o seu desejo de ordem e harmonia, tanto na natureza como na cidade.<sup>45</sup>

O Demiurgo, para Platão, é o Deus, por excelência; o Deus que existe sempre (*Timeu*, 34a), o Autor e o Pai de todos os outros deuses (*Timeu*, 41a). Ele é Bom por si mesmo, e esta peculiaridade, que o faz trabalhar como um artesão ou um bom pai, é uma qualidade do seu querer: a sua bondade é um exemplo a ser seguido e é justamente por isso que a sua vontade é criadora. Ele é, portanto, o melhor dos autores ou a melhor das causas (*Timeu*, 29a), porque atua sempre tendo por medida a Idéia do Bem, divina em si mesma.<sup>46</sup>

Ele é o mais excelente dos Seres Inteligíveis e Eternos (*Timeu*, 37a) e age por pensamento, por cálculo (*Timeu*, 30c, 37a), trabalhando sobre o modelo eterno, cuja perfeição busca reproduzir da melhor maneira possível, transmitindo, ao mesmo tempo, nesse processo, à sua obra, a sua própria perfeição, porque quis que todas as coisas se tornassem o mais possível a Ele

<sup>45</sup>. Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 545-547. Ver, também: De STRYCKER, É. *Précis d'Histoire de la Philosophie Ancienne*. Tradução de J.M. Delanghe. Paris: Vrin, 1978, pp. 98-112.

<sup>46</sup>. Ver: GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, pp. 61-67.

semelhantes: boas, ordenadas e mensuradas (*Timeu*, 29e, 39e, 41b, 68d)<sup>47</sup>.

O dhmiourgos e o modelo - o Ser Vivo Inteligível - simbolizam, em Platão, a Divindade. O Demiurgo representa o sujeito criador, por excelência, o modelo, o objeto de criação, por excelência. O mundo inteligível contém em si as Essências, as Idéias eternas e imutáveis, estes deuses não-criados, dos quais o mundo visível é uma cópia, um simulacro; este mundo inteligível é um exemplo, um paradigma para o intelecto que o transpõe para o mundo sensível. O Demiurgo, por sua vez é a inteligência suprema que contempla e que cria: "O Demiurgo do *Timeu* é a inteligência organizadora que Platão herdou de Anaxágoras e que ele aperfeiçoa, espiritualizando-a e divinizando-a".<sup>48</sup>

Nota, ainda, Diès que, nas passagens propriamente didáticas ou pedagógicas dos Diálogos, Platão o Demiurgo é expressamente identificado com o Intelecto Organizador. Já nas passagens em que Platão recorre às narrativas em forma de mitos o Demiurgo é expressamente entendido como um Deus pessoal. No entanto, independentemente da época em que foram elaborados os seguintes diálogos, o papel do Intelecto nunca muda<sup>49</sup>:

- a) *Crátilo*, 400a: Platão, citando Anaxágoras, fala sobre o Intelecto e a Alma que ordenam e mantêm todo o resto;
- b) *Fédon*, 97c: Platão, igualmente se referindo a Anaxágoras, afirma que o Intelecto é o ordenador e a causa universal de todas as coisas;
- c) *Fedro*, 247c: Platão se refere, aqui, ao Intelecto que ordena e supervisiona todas as coisas;
- d) *Sofista*, 265e-266b: O Intelecto ou Divindade intervém na organização e na vida do mundo sensível; o Demiurgo, fonte da razão e da ciência imanentes ao mundo, não é senão o Intelecto; O Demiurgo criou a natureza e os seres vivos, transformando o não-ser em Ser;

<sup>47</sup>. Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, p. 547. Ver, para uma análise global: *Timeu*, 29a-b, 29e, 30a, 30d, 31a, 34a, 37a, 38a, 39e, 41a, 92c.

<sup>48</sup>. Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 550-551. Ver, também: GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, pp. 57-61.

"O Demiurgo é poihths do mundo (...). trata-se de uma fabricação, a obra de um artesão que é, também, um artista (...); em todo caso, o produto de uma inteligência (...); tudo isso parece indicar uma certa transcendência" - Cf. FESTUGIÈRE, A. J., *op.cit.*, p. 191 (nota 3).

<sup>49</sup>. Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 552-553. Ver, ainda: *Fedro*, 246e; *Timeu*, 28a, 28c, 29d, 30a, 37c, 41a; *Político*, 269a, 270a, 272e, 273b, 273d.



- e) *Filebo*, 28d-30 a : O Universo é ordenado e governado por um Intelecto e por uma Razão admirável; o Intelecto comanda eternamente no Todo;
- f) *Leis*, Livros X e XII Tudo o que o Céu contém é obra do Intelecto Organizador

Conclui, por fim, que, no *Timeu*, deixando de lado o mundo sensível, o qual somente possui a Divindade a título de imagem e de simulacro, a idéia do Divino aparece sob duas formas:

- a) *Enquanto objeto do intelecto humano ou do Intelecto Supremo*, quando Platão designa o mundo inteligível, a unidade que engloba e sintetiza todas as espécies ideais de seres vivos, e que se chama o Deus Inteligível;
- b) *Enquanto sujeito que contempla e reproduz o modelo divino*, o qual se chama, então, Demiurgo.

O Demiurgo é a mais excelente das causas (aspecto subjetivo da Divindade) e o mais excelente dos Inteligíveis (aspecto objetivo da Divindade). Em Platão, invisível, Inteligível e Divino são qualidades inseparáveis (Fédon, 80b). No pensamento do narrador do *Timeu*, o Todo Inteligível, do qual o Intelecto faz, ele mesmo, parte enquanto objeto, e o Intelecto, que contempla este Todo Inteligível, tomam, de tempos em tempos, o lugar, um do outro. O Divino é sempre representado, ao mesmo tempo, pelo Inteligível e pelo Intelecto Supremo, pelo Ser Absoluto e pelo pensamento supremo; aquele primeiro, um Deus imaterial e o segundo, um Deus pessoal.<sup>50</sup>

### 3. A RELIGIÃO DE TENDÊNCIA ASTRAL (O LIVRO X, DAS LEIS).

Na teologia platônica, a exemplo de epistemologia, percebe-se uma hierarquia ontológica, no sentido de que o grau de divindade corresponde aos diversos graus do Ser que, principiando nas imagens do mundo sensível, alcançam o grau último no mundo inteligível: nas Idéias e, dentre estas, na Idéia do Bem. O Ser mais Divino, portanto, é o Ser universal, o Ser que reúne em si a plenitude e a totalidade, sem qualquer restrição ou limitação; o Ser que é causa de si próprio. Este Ser Universal, o "Ser totalmente Ser", é o Todo, onde coincidem suma do Ser e suma da Divindade: Ele possui, em termos absolutos, a Vida, a Alma e o Pensamento<sup>51</sup>.

<sup>50</sup>. Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, pp. 554-555. Comparar com: REALE, G., *op.cit.* (Vol. II), pp. 81-82; 150-152; DROZ, G., *op.cit.*, pp. 123-129; De STRYCKER, E., *op.cit.*, pp. 110-112. Ver, ainda, de Platão: *Timeu*, 41a-d; *Górgias*, 507e-508b.

<sup>51</sup>. Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, p. 556-559. Ver, de Platão: *Sofista*, 248e-249d; *República*, 529b-530c, 611d-e; *Fédro*, 246d; *Timeu*, 30c; *Leis*, 820e-821d, 898e, 899a; *Parmênides*, 157e; *Teeteto*, 203e.

Festugièrre mostra que, nos Diálogos platônicos, a idéia de *qeologia* é intimamente relacionada com a idéia de *metewrologia*; a primeira, significando o discurso por meio do qual se trata dos deuses e a segunda, o discurso por meio do qual se trata dos *météôra*, das coisas celestes, os astros do céu; enquanto a primeira é o objeto da atividade dos poetas, à segunda se dedicam os sábios.

Antigamente, os poetas, os fabricantes de mitos, cantaram e retrataram os deuses antropomórficos; os físicos, por sua vez, analisaram, cada um ao seu modo, as entidades celestes. Com Platão, o discurso sobre os astros, a meteorologia, assumiu uma dignidade teológica suprema, pois o *Kósmos* e os *météôra* são, por sua própria essência, divinos<sup>52</sup>:

"CLÍNIAS: Não te parece, pois, fácil, estrangeiro, afirmar a verdade sustentando que os deuses existem?

ATENIENSE: Como?

CLÍNIAS: Existem, em primeiro lugar, a Terra, o Sol, os Astros e todos os outros corpos celestes, bem como a ordem perfeita das estações, distribuída em anos e em meses, e o fato de que todos os Gregos e os bárbaros creem que os deuses existem" (*Leis*, X, 885e-886a).

No Livro X das *Leis*, a discussão de que se ocupa Platão gira em torno de refutar o materialismo como princípio que se encontra na origem da Natureza. Ao contrário dos que afirmam que o acaso e o movimento desordenado constituem a Causa Primeira do Ser, Platão mostra que nada existe sem que tenha, por princípio, uma causa inteligente e imaterial. A presença de Deus (*parousia*) em todas as coisas torna-as belas, ordenadas e mensuradas e, portanto, tudo que existe participa da Divindade (*Leis*, 899b). Além disso, mostra que a alma é anterior ao corpo e, portanto, é o espiritual e não o físico que comanda a origem e a evolução da Natureza. Prioridade da alma significa o mesma que divindade da alma, pois é a partir dela que o *lógos* ordenador determina, na desordem do Devir temporal, o melhor lugar de cada coisa.<sup>53</sup>

Victor Goldschmidt mostra que às divindades astrais, na *Leis*, é confiada a administração do Universo e que o estudo das coisas celestes é concebido como o fundamento mais sólido da piedade. Qual a razão?

<sup>52</sup>. FESTUGIÈRE, A.J. *Four l'Histoire du Mot qeologia. In: La Révélation d'Hermès Trismégiste*. Tomo II. Paris: Libraire Lecoffre, 1949, pp. 508-509.

<sup>53</sup>. Cf. DIÉS, A., *op.cit.*, pp. 568-569.

"Por este único fato de que as almas astrais imprimem, a seus corpos brilhantes, movimentos exatamente conformes às realidades divinas que elas contemplam.

[..]

A única função dos astros consiste em obedecer às Formas, em reproduzir, por sua revolução, os movimentos que sua inteligência descreveu em torno das Formas. Mas por esse ato mesmo organizam e administram o Universo".<sup>54</sup>

O movimento circular axial dos corpos celestes é similar ao movimento da inteligência (*Leis*, 897e); o primeiro, visível, o segundo, invisível. Estes astros são, do mesmo modo que o homem, dotados de corpo e alma. No entanto, estes dois elementos estão de tal modo harmonicamente ligados nos astros que nenhum deles padece de paixões, nenhum deles tende para a discórdia ou mesmo para sua dissolução. Daí porque são mais fiéis aos paradigmas que habitam o mundo inteligível.<sup>55</sup>

O homem é um intermediário entre os astros e os animais. Tudo o que nele é mortal foi criado pelas divindades astrais para que recebesse a alma imortal que, por sua vez, foi criada pelo Demiurgo. Cada alma, portanto, é originariamente ligada a um determinado astro e, por meio do movimento do intelecto em direção às Formas, deverá recuperar, em sua condição terrestre, o seu estado primitivo, a fruição total do Uno perdida com a sua queda no corpo mortal. Imitando as revoluções dos corpos celestes, regulando o seu comportamento pelo comportamento dos astros, o homem imitará o Ser puro e divino: tornar-se-á, o tanto quanto possível, semelhante a Deus (*omoiwsis*).<sup>56</sup>

As *Leis* representam um verdadeiro tratado acerca da legislação da *pólis* e confiam aos filósofos a tarefa de exortar, instruir e persuadir os *polites* sobre a necessidade de um comportamento justo e virtuoso, e, em especial, a obediência às prescrições legais. Nenhum legislador, segundo Platão, pode desonrar-se ao não tutelar o culto aos deuses da cidade, mas deve "gritar com toda a sua voz para defender as antigas leis que afirmam a existência dos deuses" e, também, assegurar que nem as leis nem as artes não existem em virtude de causas físicas, mas sim que foram criados pela

<sup>54</sup> Cf. GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, p. 61.

<sup>55</sup> Cf. GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, p. 68. Ver: Platão, *Timeu*, 4b, 41a-b; *Fedro*, 245c-d.

<sup>56</sup> Cf. GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, p. 70. Comparar com NESTLE, W., *op.cit.*, pp. 271-278. Ver: Teeteto, 176b; *República*, II, 383c, VI, 500c, X, 613a; *Timeu*, 90d; *Leis*, IV, 716cd.

Inteligência de acordo com a reta razão - kata logon orqon (*Leis*, 890d). Aliás, esse é um dos princípios pedagógicos enunciados logo no início do Livro X (888b): a mais relevante de todas as questões a serem discutidas com os jovens diz respeito aos deuses, a viver uma vida excelente, possuindo uma idéia correta sobre os deuses e àquele que estabelece em favor deles uma legislação é precisamente a quem corresponde ensiná-los, agora e sempre, a verdade sobre esta questão.<sup>57</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

A teologia de Platão induz, segundo Auguste Diès, à conclusão de que a verdadeira realidade, causa e fim de todo o resto, é a realidade espiritual. O Ser Universal é, pois, a plenitude perfeita. A Divindade a ele pertence primariamente, pois ele é plenitude e perfeição ontológicas, objeto universal, Causa exemplar e final. Ela lhe pertence, também, inseparavelmente, mesmo que de forma secundária, enquanto ele é Espírito Supremo, sujeito onde se reflete o objeto, pensamento criador, causa eficiente universal. O mundo sensível, e tudo o que ele contém, só podem ser considerados verdadeiros se habitados pela Divindade, isto é, na medida em que, dócil à ação do Espírito, ele se deixa penetrar, ordenar e espiritualizar pela presença do Inteligível e do Divino. A Platão coube o mérito de substituir a divinização, tão banal no paganismo, pelo esforço ativo de uma analogia moral com a Divindade e, ao mesmo tempo, a deificação, pela contemplação da Realidade Inteligível. Enfim: às vagas lendas de imortalidade, Platão forneceu o valor da razão filosófica.<sup>58</sup>

Na análise de Giovanni Reale, Platão é, sem dúvida, o criador da teologia ocidental, na medida em que, ao alcançar o plano do supra-sensível e nele ter situado a problemática teológica, descobriu a categoria segundo a qual é possível e necessário pensar o divino: a categoria do imaterial. A dialética platônica, enquanto capacidade de discernir e ordenar a multiplicidade na unidade, expressão suprema do pensamento do ser humano e o fundamento de toda a sua capacidade de agir e de operar no mundo torna-se, também, a característica essencial do Intelecto Divino e do seu modo de trabalhar<sup>59</sup>. E é justamente nesse sentido que Platão se refere à necessidade de assimilação a Deus, o tanto quanto seja possível ao homem:

<sup>57</sup> Ver: GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, pp. 112-131; JAEGER, W., *Paidéia, cit.*, pp. 890-894.

<sup>58</sup> Cf. DIÈS, A., *op.cit.*, pp. 449, 574. Comparar com JAEGER, W., *Paidéia, cit.*, p. 892; ALBERT, K., *op.cit.*, Capítulos III a V.

<sup>59</sup> "É porque procura conciliar e unificar todas as coisas em Deus que a religião, para Platão, não pode disjuntar-se da filosofia" - Cf. GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, p. 135.

"Para Platão, imitar a Deus significa alcançar o conhecimento e a capacidade de realizar a unidade-na-multiplicidade, que Deus possui de modo paradigmático. [...]

Em suma, imitar a Deus é conseguir conhecer, como Ele, qual seja a medida de todas as coisas e, como Ele, atuá-la praticamente em todas as coisas".<sup>60</sup>

A teologia filosófica platônica, enfim, significa o itinerário do ser humano livre e racional para a imortalidade do Espírito que conhece o Bom, o Verdadeiro e o Belo e atua com bondade e justiça, segundo as leis do Estado. Esta "normatividade ontológica do Bem" (H.C. de Lima Vaz) faz com que, uma vez conhecida a Idéia do Bem, que é Divina, não se pode agir senão segundo o próprio Bem, que se impõe como *paradeigma*. É precisamente nesse ponto-de-encontro entre Metafísica e Ética, que se vislumbra com clareza a exigência fundamental do ato de filosofar: *o conhecimento do Ser como norma do agir* (H. C. de Lima Vaz)<sup>61</sup>.

Estudar a teologia platônica, enfim, significa, inevitavelmente, estudar também a filosofia e a ética platônicas, todas voltadas para um objetivo comum: a excelência do ser humano pela contemplação da Idéia do Bem, no plano *noético*, e pela imitação da Divindade (sugeneia), pela conduta livre, racional e habitual que tem como normas os seus atributos ontológicos, no plano *ético*.

<sup>60</sup> Cf. REALE, G., *op.cit.*, pp. 302-307.

<sup>61</sup> Cf. LIMA VAZ, H.C. *Platão Revisitado. Ética e Metafísica nas Origens Platônicas. In: Síntese (Nova Fase)*. Vol. 20. N. 61, 1996, p. 191. Ver também: "O conhecimento de Deus, que não se pode separar da imitação de Deus, dá à conduta humana sua significação e seu termo" - Cf. GOLDSCHMIDT, V., *op.cit.*, p. 132.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBERT, Karl. *Sul Concetto di Filosofia in Platone*. Tradução de Paola Traverso. Milão: Vita e Pensiero, 1991, 110p.
- AST, Friedrich. *Lexicon Platonicum*. Volumes 2 e 3. Bonn: Rudolf Habelt Verlag, 1956, 592p.
- BEIERWALTES, Werner. *Pensare l'Uno. Studi sulla Filosofia Neoplatonica e sulla Storia dei suoi Influssi*. Tradução de Maria Luisa Gatti. Milão: Vita e Pensiero, 1991, 402p.
- BRISSON, Luc. *Introduction à la Philosophie du Mythe*. Vol. 1 (Sauver les Mythes). Paris: Vrin, 1996, 244p.
- CANTO-SPERBER, Monique (dir.). *Philosophie Grecque*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, 885p.
- CASSIRER, Ernst. *El Mito del Estado*. Trad. de Eduardo Nicol. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, 360p.
- DIÉS, Auguste. *Autour de Platon. Essais de Critique et d'Histoire*. 2 Tomos. Paris: Gabriel Beauchesne, Éditeur, 1927, 615p.
- DIELS, Hermann. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. Vol. 1, 4ª. Edição. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1922, 434p.
- ENCICLOPEDIA ITALIANA DI SCIENZE, LETTERE ED ARTI. Volume 30. Verbetes: *Teologia*. Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 1937, pp. 526-532.
- FESTUGIÈRE, A. J. *Les Origines de l'Idée de Dieu chez Platon. In: L'Idéal Religieux des Grecs et l'Évangile*. 2ª. Edição. Paris: Libraire Lecoffre (J. Gabaldi et Cie. Éditeurs), 1932, pp. 171-220.

- \_\_\_\_\_ *Pour l'Histoire du Mot geologia. In: La Révélation d'Hermès Trismégiste. Vol. II. Le Dieu Cosmique. Paris: Librairie Lecoffre, 1919, 610p.*
- FRIEDLÄNDER, Paul. *Platon: Verdad del Ser y Realidad de Vida. Tradução de S. González Escudero. Madrid: Tecnos, 1989, 390p.*
- GOLDSCHMIDT, Victor. *Questions Platoniciennes. Paris: Vrin, 1970, 290p.*
- \_\_\_\_\_ *A Religião de Platão. Tradução de Ieda e Oswaldo Porchat Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970, 151p.*
- JAEGER, Werner. *À la Naissance de la Théologie. Essai sur les Pré-Socratiques. S.n.t. Paris: Les Éditions du Cerf, 1966, 267p.*
- \_\_\_\_\_ *Paidéia. A Formação do Homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995, 1413p.*
- LACOSTE, Jean-Yves (dir.). *Dictionnaire Critique de Théologie. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, 1298p.*
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *O Problema de Deus no Pensamento Contemporâneo. In: Síntese (Nova Fase). Volume 8. N. 23. Set./dez., 1981, pp. 17-28.*
- \_\_\_\_\_ *Religião e Modernidade Filosófica. In: Síntese (Nova Fase). Vol. 18. N. 53. Abr./jun., 1991, pp. 141-165.*
- \_\_\_\_\_ *Platão Revisitado: Ética e Metafísica nas Origens Platônicas. In: Síntese (Nova Fase). Volume 20. N. 61. Abr./jun., 1993, pp. 181-197.*
- MATTÉI, Jean-François. *Platon et le Miroir du Mythe: de l'Âge d'Or à l'Atlantide. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, 330p.*
- NESTLE, Wilhelm. *Storia della Religiosità Greca. Tradução de A.B. Firenze: La Nuova Italia, 1973, 556p.*
- PATOCKA, Jan. *Platon et l'Europe. Tradução de Erika Abrams. Paris: Verdier, 1983, 316p.*
- PÉPIN, Jean. *Idées Grecques sur l'Homme et sur Dieu. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1971, 402p.*
- PLATÃO. *Obras Completas. 2ª. Edição. 5ª. Reimpressão. Tradução de Maria Araújo et alii. Madrid: Aguilar, 1981, 1715p.*

- \_\_\_\_\_ *Tutte le Opere. 5 Volumes. Tradução de Gino Giardini et alii. Enrico V. Maltese (org.). Roma: Newton & Compton Editori, 1997, 3835p.*
- REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga. Vol. II. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994, 503p.*
- \_\_\_\_\_ *História da Filosofia Antiga. Vol. V. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1995, 594p.*
- \_\_\_\_\_ *Para uma Nova Interpretação de Platão. Releitura da Metafísica dos grandes Diálogos à luz das "Doutrinas Não-Escritas". Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997, 636p.*
- RISSO, Alessandra. *I Modi di Amare Sophia: La Paideia Strutturale del Dialogo Platonico. Firezne: La Nuova Italia, 1996, 158p.*
- SCHOFIELD, Malcolm. *Théologie et Divination. In: Le Savoir Grec. Dictionnaire Critique. Brunschwig, J., Lloyd, G. (org.). Paris: Flammarion, 1996, pp. 527-540.*
- SZLEZÁK, Thomas A. *Come Leggere Platone. Tradução de Nicoletta Scotti. Milão: Rusconi, 1991, 185p.*
- STRYCKER, Émile de. *Précis d'Histoire de la Philosophie Ancienne. Tradução de J.M. Delanghe. Paris: Vrin/Louvain: Éditions Peeters, 1978, 244p.*
- VERNANT, Jean Pierre. *Entre Mythe e Politique. Paris: Les Éditions du Seuil, 1996, 636p.*

## APÊNDICE

PASSAGENS ACERCA DA *geologia* NOS DIÁLOGOS  
PLATÔNICOS, EXTRAÍDAS DE ALGUMAS OBRAS SOBRE O TEMA

1. FRIEDRICH AST. *Lexicon Platonicum*.  
Band 2/3. Bonn: Rudolf Habelt Verlag, 1956, 592p.

## THEÓS, THEÏA, THEIÓN

- Eutífron: 5a
- Apologia de Sócrates, 31c, 33c
- Fédon: 81a, 85d,
- Sofista: 216b, 232b, 254b
- Político: 269d, 310a,
- Filebo, 18b, 33b, 51e
- Fedro: 230 a, 234d, 238c, 242c, 244a, 246d, 256b, 259d, 279a
- Protágoras, 315e
- Ménon: 81b, 99c, 99d
- Íon: 530b, 533b, 534c
- República: I, 331e; II, 366c, 368a, 382e, 383c; V, 469a; VI, 486a, 499b, 500c, 500d; VII, 517d, 518e, 532c, 540c; VIII, 546b; IX, 589e, 590d, 592a, 611e,
- Timeu: 24c, 44d, 69c, 72d, 73a, 80b, 90c
- Crítias, 107d, 121a

- Leis: I, 626c, 629b; II, 664d, 666d, 671d; III, 682a, 691e, 696a; IV, 711d, 713d; V, 726, 728b, 732e; VI, 759c, 766a, 798a, 809c; VII, 817a, IX, 818b, 824, 854b, 871c, 875c; X, 904b; XII, 945c, 950b, 951b, 957c.
- Epínomis: 981b
- Carta VII, 340c

## MYTHOS

- Fédon: 60c, 61b,
- Crátilo: 408c,
- Teeteto: 156c, 164d, 164e,
- Sofista: 242c,
- Político: 268e, 272d,
- Filebo: 14a,
- Fedro: 237a,
- Alcibiades I: 122e,
- Protágoras: 320c, 324d,
- Górgias: 523a, 527a
- República: I, 330d, 350e; II, 377a; III, 398b, 415a; X, 621b,
- Timeu: 22c, 23b, 26c, 26e, 29d, 59c, 68d, 69b,
- Crítias:
- Leis: I, 636c, 645b; II, 664b; III, 683d, IV, 712a, 719b; VI, 752a, 771c, 773b; VII, 790c, 804e; VIII, 841c; IX, 865d, 872d; X, 887d; XI, 927d; XII, 944a;
- Epínomis: 975a, 980a,
- Carta XII: 359d

## MYTHOLOGIA

- Político: 304c,
- Fedro: 243 a,
- Hípias maior: 298 a,
- República: II, 382d; III, 394b,
- Crítias: 110a,
- Leis: III, 680d; VI, 752 a,

## MYTHOLOGIKOS

- Fedro: 61b
- Mythologos
- República: III, 398b, 392d
- Leis: II, 664d; XII, 941b.

THEÓS. THEÍA. THEION

- Eutífron: 5a
- Apologia de Sócrates, 31c, 33c
- Fédon: 81a, 85d,
- Sofista: 216b, 232b, 254b
- Político: 269d, 310a,
- Filebo, 18b, 33b, 51e
- Fedro: 230 a, 234d, 238c, 242c, 244a, 246d, 256b, 259d, 279a
- Protágoras, 315e
- Ménon: 81b, 99c, 99d
- Íon: 530b, 533b, 534c
- República: I, 331e; II, 366c, 368a, 382e, 383c; V, 469a; VI, 486a, 499b, 500c, 500d; VII, 517d, 518e, 532c, 540c; VIII, 546b; IX, 589e, 590d, 592a, 611e,
- Timeu: 24c, 44d, 69c, 72d, 73a, 80b, 90c
- Crítias, 107d, 121a
- Leis: I, 626c, 629b; II, 664d, 666d, 671d; III, 682a, 691e, 696a; IV, 711d, 713d; V, 726, 728b, 732e; VI, 759c, 766a, 798a, 809c; VII, 817a ; IX, 818b, 824, 854b, 871c, 875c; X, 904b; XII, 945c, 950b, 951b, 957c.
- Epínomis: 981b
- Carta VII, 340c

## MYTHOS

- Fédon: 60c, 61b,
- Crátilo: 408c,
- Teeteto: 156c, 164d, 164e,

- Sofista: 242c,
- Político: 268e, 272d,

- Filebo: 14a,
- Fedro: 237a,

- Alcibiades I: 122e,

- Protágoras: 320c, 324d,
- Górgias: 523a, 527a

- República: I, 330d, 350e; II, 377a; III, 398b, 415a; X, 621b,
- Timeu: 22c, 23b, 26c, 26e, 29d, 59c, 68d, 69b,
- Crítias:

- Leis: I, 636c, 645b; II, 664b; III, 683d, IV, 712a, 719b; VI, 752a, 771c, 773b; VII, 790c, 804e; VIII, 841c; IX, 865d, 872d; X, 887d; XI, 927d; XII, 944a;
- Epínomis: 975a, 980a,
- Carta XII: 359d

## MYTHOLOGIA

- Político: 304c,
- Fedro: 243 a,
- Hípias maior: 298 a,

2. LUC BRISSON. *Mitos e philosophia*. In: **Introduction à la Philosophie du Mythe**. Vol. 1 - Sauver les mythes. Paris: Vrin, 1996, 244p.1. O poeta como verdadeiro educador:

República: II, 376e - 379e  
X, 598b-601b

2. Definição de Filósofo: Fédon, 80ss.3. Mito e Transmissão do Memorável/O Mito como Fato de Comunicação:

- a) Fédon: 60b1- 61b;
- b) Górgias: 527a5-6;
- c) República: II, 373b 6-8, 377a6-7, 377c 2-4, 377d 4-6, 381e 1-6;
- d) Timeu: 21b 1-7, 21c4 - d3, 21e-23d, 22b 3-4, 23d 4-5;

- e) Críticas: 108b 3-7, 108d 3-6;
- f) Leis: X, 887d 2-3.

#### 4. Mito e Imitação:

- a) República: III: 392c6-393c7; 395b-397e; 398c11-d10; 399a5-c4.
- b) Críticas: 107a4 - e3;
- c) Leis: VII, 814d7-815b3

#### 5. Mito e Persuasão:

- a) Fédon: 77d5-78a2; 114d 1-7;
- b) Político: 268e 4-5;
- c) Fedro: 265b8, 276e 1-3;
- d) Cármides: 156d3-157c6;
- e) Eutidemo: 289e1-290a4;
- f) República: II, 377b 6-7, III, 415e7; X, 621c1;
- g) Timeu: 43a6 - 44d2, 70d7-e5;
- h) Leis: VII, 804e5, VIII, 808c7 - 809a6; XI, 913c 1-2, 927e 7-8.

#### 6. A Inferioridade do Mito:

##### 6.1. Mito - Discurso não verificável

- a) Crátilo: 408b6-d4
- b) Sofista: 259-264; 269-269
- c) Político: 271a5 - b3;
- d) República: II, 376-377; III, 386b, 403c
- e) Timeu: 26 c-e, 29b-c, 37c- 38c, 51d-e.

##### 6.2. A Verdade do Mito:

- a) Político: 269b-c;
- b) República: II, 378e-379a;
- c) Timeu: 22e-d.

##### 6.3. O Mito como discurso não argumentativo:

- a) Político: 262a - 264b; 274e, 277 a-c;
  - b) Protágoras: 320c-328d, 320c, 324d.
- 6.3.1. - Estrutura Dialógica do Discurso: Fedro, 264e 2-6.

#### 7. Outros Tipos de Discurso que Platão qualifica de *Mythos*:

- 7.1. Mito como discurso retórico: Fedro, 237a, 241e;
- 7.2. Mito como doutrinas filosóficas que Platão combate: Teeteto, 156c, 164d-e; Sofista, 242c-d;
- 7.3. Mito como o próprio discurso platônico: Timeu, 26c; Leis, VI, 752a, 771c, 773b; VII, 790c, 812a; VIII, c.

#### 8. O Mito utilizado para qualificar a descrição da origem, da constituição e da organização do mundo sensível:

- 8.1. Timeu: 29d (*eikos mûthos*), 59c (*eikos mûthos*), 68d (*eikos mûthos*), 69b
- 8.2. Discurso sobre o mundo sensível como *eikôs lógos*: Timeu: 30b, 48d, 53d, 55d, 56a, 57d, 90e;
- 8.3. "Mito contra Mito": Político, 269b-c; Timeu, 22c-d.

#### 3. JEAN-FRANÇOIS MATTÉI. Platon et le Miroir du Mythe. Paris: PUF, 1996, 330p.

- 1. Mito e Busca do Ser: Filebo, 26d
- 2. Mito e recitais tradicionais da Antiga Grécia:
  - a) Górgias, 527a, b) Lísias, 205d, c) República, I, 350e, II, 377c, 381e,
- d) Leis, X, 887d.;
- 3. O Mito de Prometeu: Protágoras, 320c-322d;
- 4. O Mito como discurso duvidoso, mentiroso: República: II, 377d
- 5. Mito e Tradições Religiosas: Filebo, 16c
- 6. Mito e Logos:
  - 6.1. Proximidade, reconciliação: Timeu, 29d, 68d, 69b
  - 6.2. Contraposição: Fédon: 61b
  - 6.3. Mito confundido com logos: Fédon, 67c; Górgias, 523a;
  - 6.4. Mito e logos, utilizados de maneira indiferente: Fédon, 67c; República, 365e;
  - 6.5. A fé no mito: República: X, 621b-c
- 7. A Cosmologia de Platão como *Mythos*: Timeu: 29d, 59c, 68d, 69b
- 8. As espécies e a hierarquia do Ser: Fédon, 79 a, 80d; Ménon, 81d; República, III, 392 a;
- 9. As teses dos outros pensadores qualificadas de *Mythos* por Platão: Teeteto, 156d, 164d.
- 10. O "olho da alma" - República, VI, 508d.

## 4. PROCLIO (PROCLUS)

THÉOLOGIE PLATONICIENNE (PLATWNA qEOLOGIAS).

## LIVRE I.

Texte établi e traduit par H.D. Saffrey e L.G. Westerink. Paris: Société d'Édition "Les Belles Lettres", 1968, 172p.

1. OS DEUSES TRANSCENDENTES.1.1. Os Deuses Inteligíveis: o plano do Ser (ousia).

- a) Filebo, 23c-d;
- b) Timeu, 37d
- c) Fedro, 246e
- d) Parmênides, 142b-143a

1.2. Os Deuses Inteligíveis-Intelectivos: o plano da vida.

- a) Fedro, 246e-248c
- b) Parmênides, 143a-145b

1.3. Os Deuses Intelectivos: o plano do Intelecto.

- a) Crátilo, 395e-396b, 402b; Timeu, 28a (o Demiurgo do Timeu é o Zeus do Filebo, 30d, Protágoras, 321d-322d, Político, 269e-270e, 272b).
- b) Protágoras, 321d; Leis, VII, 796b
- c) Eutífron, 6a
- d) Parmênides, 145b-147b

2. OS DEUSES DO MUNDO.2.1. Os Deuses Hipercósmicos

- a) Górgias, 523a;
- b) Parmênides, 147c-148d

2.2. Os Deuses Hipercósmicos-Encósmicos

- a) Fedro, 246e-247a;
- b) Parmênides, 148d-149d

2.3. Os Deuses Encósmicos (celestes e sublunares)

- a) Parmênides, 149d-151e

## 1. A TEOLOGIA FILOSÓFICA GREGA

## 2. A TEOLOGIA DE PLATÃO

- 2.1. A Crítica Filosófica do Mito
- 2.2. A Crítica à Mitologia dos Poetas
- 2.3. A Crítica aos Físicos. A Segunda Navegação
- 2.4. A Divindade e a Idéia do Bem
- 2.5. O Demiurgo

## 3. A Religião de Tendência Astral (O Livro X, das Leis).

## 4. Conclusão

## BIBLIOGRAFIA

## APÊNDICE

PASSAGENS ACERCA DA θεολογια NOS DIÁLOGOS PLATÔNICOS, EXTRAÍDAS DE ALGUMAS OBRAS SOBRE O TEMA



## DIFICULDADES OPERACIONAIS EM PROCEDIMENTOS DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

MANUELA LOURENÇO PIRES TORQUATO

Professora e Coordenadora do Curso de Especialização em  
Direito Público – Universidade de Fortaleza.

Procuradora do Município de Fortaleza

Mestre em Direito - UFC - título reconhecido pela Universidade de Lisboa

Àqueles alunos que engrandecem nossa atividade docente.

Entre as dificuldades na aplicação da Lei 8666/93 e suas atualizações, destaca-se na prática administrativa a que temos acesso, a das dispensas de licitações. Começa pela diferença dos conceitos entre a dispensa e a inexigibilidade.

Um breve relance na doutrina prática já nos leva à consideração do que a Lei 8666/93 teve uma intenção moralizadora. Simplesmente aqui também parece configurar-se a máxima de que o inferno para o consultor jurídico já é algo bem presente e infelizmente comum quando tenta explicar aos executores da Administração Pública que tanto a dispensa como a declaração de inexigibilidade são exceções à regra da Licitação.

Esta, como a do concurso público para investidura em cargo (público, claro) são versões da mesma aplicação dos princípios da isonomia, como o da impessoalidade.

Tratando-se a dispensa de um procedimento excepcional, obviamente ele será prévio à realização que se pretende obter e que depende do pedido. Tal procedimento atingirá seu término quando o pedido e o parecer forem homologados pela pessoa com competência política nesse campo (perdoem-me o eco, por favor!). Como requisito de validade estabelece ainda a Lei das Licitações que deve ser publicada a lista das compras, por exemplo, mensalmente, e que deve ser dada publicidade mais larga ao procedimento, ao parecer, aos despachos, às homologações (utilização analógica deste vocábulo) e ao contrato respectivo. Tudo em extrato, mas publicado no órgão oficial de divulgação, onde existir. E estamos escrevendo

divulgação para que mais uma vez não seja confundida publicidade – desejável – com propaganda, constitucionalmente vedada.

Tanto é assim, que inclusivamente, os contratos de publicidade ou divulgação nem serão objeto da exceção do inciso II do artigo 25 – inexigibilidade de licitação, por mais especializados que sejam os contratandos! E, repare-se, são quaisquer serviços dessas naturezas.

Não cremos que esteja sendo eficazmente aplicada esta vedação. Reagir contra este tipo de abuso do poder cabe aos cidadãos, e algumas vezes o têm feito e ao judiciário. Incluímos neste âmbito os DECONS, PROCONS etc, se bem que não sejam inseridos neste país no âmbito do “Poder Judiciário”. Como se vê, há dupla má utilização do termo poder, pois é óbvio que o Ministério Público, seja qual for seu âmbito e especialização é indispensável à realização da justiça. E tanto mais o será quanto mais altaneira for sua representatividade social!

Um dos problemas que esta divulgação comporta é que ainda não está consagrado em nosso meio jurídico um aprimoramento metodológico. Tanto quanto se vêm sentenças não identificando o caso ou pior ainda, ostentando em seu cabeçalho a pavorosa exibição de pouca diligência mental – v.etc- (que deveria significar o Relatório do processo e deste jeito nada identifica, coisa nenhuma relata e certamente não demonstra orgulho do exercício da função, nem interesse legítimo pela vida das partes, nos autos), também se observam pareceres administrativos que destacados dos autos nada identificam, muito menos demonstram qualquer razão ou embasam decisão, de tão rotineira e pouco cientificamente elaborados. Desta pecha nos vimos livrando ao longo de nossa vida pública no Brasil pois temos procurado sempre o aperfeiçoamento e a eficiência, que são dever constitucional de todos os servidores desde a Emenda Constitucional Nº 19 à Constituição Federal de 1988. É devida esta lembrança. Constitui-se dever que exige dedicação de todos nós, ao menos na qualidade sofredora de contribuintes.

O descaso pelo que é público afigura-se nos característica proporcional à burocratização e talvez seja decorrente de uma má compreensão do que é democracia. Só que isso pode e deve, ser punido quando vem de um cidadão, imagine-se se tal cidadão é ainda por cima exercente de um cargo público resultante de concurso. Pior, diríamos se o cargo apenas comissionado. Por que então, deve o ocupante necessariamente temporário, ser uma mulher de Cesar. Além de honesta deve portar-se de modo a ser vista, pelos que a podem ver, como honesta, para que possa ser

admirada respeitosamente.

Nesta linha de raciocínio cabe referir que o ponto central destas considerações é exatamente o fato de que a **Lei exige e bem, a justificativa do preço**. Que terá de ser, ao menos compatível com o do mercado. Entendemos que deve ficar ainda mais claro: perante qualquer gasto financeiro há que verificar o custo benefício da necessidade dos serviços/ compra e alienações, publicidade, locações, obras e agir como um bom pai de família – não pagar caro pelo que é supérfluo ou pouco necessário. Há portanto que documentar a justificação do preço.

E obviamente o preço, atendendo ao espírito da Lei, não poderá escamotear despesas. É comum (e deplorável) que em treinamentos, consultorias, atendimentos especializados ou únicos, se verifique que ficaram por fora as despesas com passagens, estadas, deslocamentos, material de consumo, alimentação (que muitas vezes nem caberia!) etc.

Quando não estão inseridos no preço, se não houver vedação legal, devem ser objeto de outro procedimento não desobedecendo à regra do não parcelamento exarada em espírito no artigo 5º da Lei e expressamente, no § 4º do artigo 7º. Recorde-se que o artigo 7º, é por força de seu § 9º, aplicável, no que couber, aos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Esse no que couber evidentemente não deve ser interpretado como **NÃO CABENDO NUNCA**.

Como se fará a justificativa do preço?

Na falta de disposição legal expressa e já que a doutrina entende que o interessante é a compatibilidade com os padrões do mercado, entendemos que documentos originais, ou autenticados, de entidades que usaram serviços semelhantes, certidões de pessoas jurídicas, recibos de pagamentos serão demonstrativos. Obviamente não pode ser o contratado ou o (a) contratante a declará-lo ou certificá-lo ou demonstrá-lo. Onde ficaria a impessoalidade, então?

É evidente que podem surgir dificuldades em se tratando de entidades de recente constituição, que se pretende contratar por notória especialização ou pessoas físicas de consagrado saber. Propositamente não usamos o vocábulo notório saber por que, sejamos sinceros, no jurídico o notório saber, às vezes, é pouco saber e de notoriedade suspeita. Registre-se que não o estamos dizendo por que nos respalda uma experiência de duas décadas de serviço público. Até porque, em concursos públicos em que

ficamos entre os primeiros colocados ou nem fomos aprovados, verificamos que alguns jovens, pouco experientes revelaram mesmo que detêm mais competência (que a nossa). De modo algum isso é desonra, especialmente quando o mais jovem é alguém que nos superou acadêmica ou profissionalmente e nos ouviu, tentou entender e conosco aprendeu (e nós com ele) nos bancos das universidades.

Outubro de 1999.

#### BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

Consulta em destaque - Constatação - Justificativa de Preço, Informativo L.C., Ano VI, Nº 63, maio 1999, pág 375/6.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Licitações e Contratos na Administração Pública. Bauru: Edipro, 1994.

GASPARINI, Diógenes. Cautelas e Formalidades Necessárias no Processo de Contratação por Dispensa - Inexigibilidade por Notória Especialização: Contratação de Advogados e demais Serviços Técnicos - Preços super faturados ou inexequíveis e a responsabilidade da autoridade competente. Boletim de Licitações e Contratos, Ano X, nº 11, São Paulo: Editora NDJ, Ltda, 1997, pág. 531 à 536.

**DA CAPACIDADE PROCESSUAL**  
**Da Representação e Assistência dos Incapazes.**

**JOSÉ HELVESLEY ALVES**  
Juiz Federal

Toda pessoa, no gozo de seus direitos, tem capacidade para estar em juízo, seja, promover as Ações em defesa destes mesmos direitos legítimos (inteligência do art. 7º do Código de Processo Civil). Esta capacidade processual, conhecida como "*legitimatío ad processum*", equivale, no Direito Civil, à capacidade de fato ou de exercício e constitui, doutrinariamente, um pressuposto processual subjetivo referente à parte.

Os incapazes, no entanto, referidos no artigo 5º e 6º do Código Civil, devem ser representados ou assistidos, na forma da lei, por quem de direito, já que lhes falta a plena capacidade.

" Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da Lei Civil" ( art. 8º do Código de Processo Civil).

Já o art. 9º do mesmo digesto processual determina: " O juiz dará curador especial: I – ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele."

" As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este código determina – Art. 84 do Código Civil.

Averigua-se, portanto, que os incapazes são representados ou assistidos pelas pessoas referidas nos dispositivos transcritos, mas não substituídos pelas mesmas. Existe grande diferença entre ser representado e substituído. O representado é quem pratica o ato, recebendo da pessoa indicada em lei a ajuda necessária para completar sua capacidade para tal. O substituído desaparece da relação jurídica processual. É a chamada legitimação extraordinária ou substituição processual, onde a substituta é a própria parte.

Do quanto se disse, quando proposta uma ação judicial, esta deverá

ter no pólo ativo os incapazes e, não os seus representantes ou assistentes. Da mesma forma e pelo mesmo motivo, quem deve outorgar os poderes aos advogados constituídos são os incapazes autores e não seus representantes ou assistentes.

Desde que assumimos a Judicatura, temos procurado fazer cumprir as determinações retro referidas no que dizem respeito à representação processual dos incapazes, muito embora a incompreensão de alguns advogados em relutarem contra tal sistemática.

Normalmente, nas petições, os causídicos colocam no pólo ativo o nome da mãe dos filhos representados ou assistidos, o mesmo ocorrendo quando da constituição do patrono, vindo a mãe como outorgante, olvidando até de consignar que a outorga ali existente é na condição de representante ou assistente dos filhos autores e incapazes. Tendo em vista tais desacertos, determinamos a formalização ou regularização tanto da peça vestibular, quando do mandato procuratório.

Resistências têm surgido, mas temos de enfrentar o problema com base na legislação em vigor, mormente ao que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil, *verbis*: "Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Cumpre-nos registrar que, em se tratando de menor com idade entre 16 a 20 anos, o mesmo deve participar do ato, sendo, tão-somente, assistido por quem de direito, a fim de completar sua capacidade de praticar o ato. Já o menor de 16 anos, como é representado, tem sua capacidade não completada, mas totalmente suprida pela de seu representante.

Dentro de nosso modesto entendimento, portanto, as ações propostas por menores deverão ser promovidas por eles mesmos, a quem pertine, igualmente, a constituição de advogados para a proteção de seus interesses, quando forem ditos menores representados ou assistidos.

## BIBLIOGRAFIA

- 1 - BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, in R.T., vol. 404.
- 2 - CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1974, vol. 3.
- 3 - GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 9ª Edição, 1995, vol. III.
- 4 - LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2ª Edição, 1981, vol. VIII, tomo I.
- 5 - RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Parte Geral. Volume 1, São Paulo, Saraiva, 23ª Edição, 1993.
- 6 - DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 3ª Edição, 1997.

**DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, FACE AO CRITÉRIO TEMPORAL DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL**

**PARECER Nº**

**PROCURADORA: LILIAN BEZERRA PAZ**

**PROCESSO Nº 7.559/99**

**RECORRENTE: CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PARATI**

**RECORRIDO: AUDITORIA DE JULGAMENTO EM 1º GRAU**

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PARATI, inconformado com a respeitável decisão de fls.178, da lavra da auditoria de julgamento em 1º grau, contrária ao que foi postulado na Reclamação de fls. 02/06.

Citada decisão, contemplou o entendimento segundo o qual o ITBI a ser pago pelo recorrente deve incidir sobre o valor do terreno que a este foi transmitido, bem como sobre as construções nele realizadas, uma vez que não restou demonstrado que o ora recorrente, de algum modo, realizou ato de transmissão com a proprietária do terreno antes de construído referido prédio, não tendo sido anexado ao processo nenhum documento aquisitivo, que formalize a permuta alegada.

O julgador de 1ª instância expôs ainda, em seu decisório, que a Ata de Constituição e Convenção para construção do Condomínio Parati ...s fls. 22, não inicia o ato jurídico da transação imobiliária, ou seja, da transmissão do terreno que pertence a CAPEF / Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste do Brasil, para o Condomínio recorrente, e que por tal aspecto, o presente processo difere dos processos anteriormente julgados por aquela auditoria.

O Recurso ora interposto invocou o art. 35 do Código Tributário Nacional e o art. 194 da CLTM, aduzindo que o fato gerador do imposto ora em análise, a transmissão da propriedade, cuja ocorrência teria se dado com a lavratura do contrato de promessa de permuta entre o recorrente e a antiga proprietária do terreno. Assevera que a situação fática de transferência do terreno se consolidou com referido contrato, pelo que estaria incursa no art.116 do CTN.

Menciona, ainda, as Súmulas 110 e 470 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de excluir da hipótese de incidência do ITBI as construções

efetivadas no imóvel após a promessa de venda e compra, construções estas que, no caso em análise, teriam sido efetivadas pelo recorrente após a suposta transferência do terreno.

Mesmo após examinar detidamente as alegativas do recorrente, parece-nos assistir razão ... doura auditoria de julgamento.

É que a simples alegativa da existência de um contrato de promessa de permuta de imóveis, que sequer foi anexado aos autos, não nos parece transmitir a propriedade entre os seus supostos signatários. Como, sabido, a transmissão da propriedade imóvel só se verifica pela inscrição do título no Registro de Imóveis, e tal inscrição, relativamente ao terreno antes de edificado, incoorreu.

Não se trata de querer contrariar a respeito vel manifestação do Prof. Hugo Machado, citada pelo recorrente, ou mesmo o entendimento sumulado de nossa Corte Suprema, mas tentar ignorar a letra da Lei, sob pretexto de favorecer o contribuinte que, negligente, não cuidou de efetuar a transmissão da propriedade imóvel ... época apropriada, junto ao registro de imóveis, gerando assim o fato impositivo, ou seja, criando o fato gerador do tributo, nos parece inadmissível.

Cumpria ao recorrente, antes de iniciados os trabalhos de construção, ter transferido o terreno para si, e então ter pago o imposto referente a essa transmissão, se não pretendia que o lançamento do imposto considerasse como base de cálculo o valor do terreno acrescido das construções posteriormente edificadas.

Da maneira como procedeu, ou seja, somente buscando pagar o tributo após ter concluído a construção do edifício, o recorrente permitiu a incidência de uma base de cálculo desfavorável a si, posto que o tributo foi calculado tomando como parâmetro o imóvel com as construções nele realizadas, que a avaliação do imóvel somente foi feita após efetuadas tais construções.

Tal avaliação foi procedida segundo o que preconiza o art. 198 da Consolidação da Legislação Tributária Municipal, que impõe seja avaliado o imóvel no mês de pagamento do tributo, senão vejamos:

Art. 198 - "A base de cálculo do imposto ser 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)."

Foi no cumprimento desse diploma legal que a comissão responsável pelas avaliações de bens imóveis, concluiu pelos valores cobrados a título de ITBI, que incidiram sobre o valor do terreno, bem como da construção no estágio em que se encontrava na época da vistoria.

Desta forma, procedeu corretamente a referida comissão, posto que observou os ditames legais concernentes... tributação do ITBI, afigurando-se irrepreensíveis os critérios utilizados conforme a Consolidação da Legislação Tributária Municipal.

Ora ínclitos julgadores, não podemos esquecer que a Administração Pública norteia suas atividades em um princípio que, a garantia de observância da lei, e que oferece a segurança jurídica em todas as relações dos entes públicos com os seus administrados. Falamos do Princípio da Legalidade.

Buscando modificar a decisão ora atacada, o recorrente intenta contrariar não só a lei municipal, cujo art. 198 da CLTM define, claramente, o critério para aferição da base de cálculo do ITBI, mas também o próprio Código Civil (art. 530, I) e a Lei dos Registros Públicos (art. 172), que impõem seja registrado o título aquisitivo da propriedade para que se possa operar a sua transferência de pleno direito e assim, ter validade em relação a terceiros.

A recorrida não fez prova, sequer, da existência do referido contrato de promessa de permuta, o que, a nosso ver, compromete a veracidade de suas alegações.

Corroborando com o nosso entendimento, trazemos ... colação a opinião do renomado Aires Barreto, em obra intitulada "Curso de Direito Tributário", uma coletânea dos melhores artigos na área tributária, coordenados pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, cujo trecho passamos a transcrever:

..." Deveras, no caso de transmissão da propriedade imobiliária, bem como diante da transmissão de direitos reais sobre imóveis - sendo, como vimos de ver, o critério material a "transmissão" desses direitos - NÃO SE PODE CONSIDERAR OCORRIDO O FATO TRIBUTÁRIO SENÃO A PARTIR DO INSTANTE EM QUE SE TENHA OPERADO A TRANSMISSÃO. E ESTA SÓ OCORRE QUANDO DA TRANSCRIÇÃO (INSCRIÇÃO, MATRÍCULA, REGISTRO) DO TÍTULO AQUISITIVO, NO REGISTRO

**MOBILIÁRIO COMPETENTE.** O legislador, ao versar o aspecto temporal da hipótese de incidência tem a liberdade de eleger o momento inaugural em que se opera a transmissão ou qualquer outro tempo que se lhe posponha. Todavia, não pode fixar momentos de tempo antecedentes ... aquele em que se materializa a transmissão, pena de fazer nascer direito ao crédito, antes do surgimento da própria obrigação (que, a seu turno, só surge com a ocorrência do fato tributário "fato gerador").

E continua:

"Esse entendimento não é pacífico na doutrina. Autores que defendem nascer a obrigação tributária no momento de formação do ato ou negócio jurídico que possibilita a transmissão (que só ocorre posteriormente).

Sem embargo do respeito dedicado a esses autores, parece-nos que aceitar tal tese equivale a alterar a materialidade da hipótese de incidência para "imposto sobre a formalização de atos ou negócios tendentes... transmissão imobiliária", ao invés de mantê-la intacta como imposto sobre a transmissão." (In Curso de Direito Tributário, 2ª. Edição, Belem, Vol. 2, 1993, Edições Cejup, pg. 339).

Por todas as razões expostas, e por entender existir afronta ao princípio da legalidade se mantida a decisão de 1º grau, posto que a lei civil e a consolidação da legislação tributária municipal restariam descumpridas, a Procuradoria Geral do Município, por sua Procuradora que este subscreve, sugere o conhecimento do presente Recurso de Ofício, dando-lhe provimento, a fim de reformar a decisão de 1º grau, no sentido de manter o lançamento do ITBI, na forma procedida pela Assessoria de Avaliação de Bens Imóveis da Secretaria de Finanças.

o parecer.

Salvo melhor juízo.

Fortaleza, 23 de junho de 1999.

**LILIAN BEZERRA PAZ**  
Procuradora do Município



**PARECER Nº 0008/99 - PPPGM  
PROCESSO Nº 00731/97 - PGM  
INTERESSADO: MARIA MADALENA DE OLIVEIRA LINS  
ASSUNTO: AUTUAÇÃO FISCAL POR VENDAS DE LOTES DE  
LOTEAMENTO CLANDESTINO**

**EMENTA: A VENDA DE LOTES DE LOTEAMENTO SEM APROVAÇÃO PELO MUNICÍPIO E REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS CONSTITUE ATO LESIVO AO INTERESSE PÚBLICO E CARACTERIZA CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 50 DA LEI Nº 6.766/79). - QUEM AGINDO COM IDENTIDADE DE PROPÓSITO, VENDENDO OU PROMETENDO A VENDA LOTES DE TERRAS EM LOTEAMENTO, DE TODO IRREGULAR E CLANDESTINO, ESTÁ SUJEITO, ALÉM DAS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI 6.766/79, A RESPONDER PELA INFRAÇÃO FISCAL NOS EXATOS TERMOS DO ART. 137 DO C. T. N. (LEI Nº 5.172/66). - CIÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, E ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VISANDO REGULARIZAR O LOTEAMENTO.**

**I - RELATÓRIO:**

1.1- Maria Madalena de Oliveira Lins, através do requerimento de fls. 02, requereu a suspensão do Processo nº 6677-9/97 da 2ª Vara de Execuções Fiscais, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que a questão fosse reexaminada com base na defesa administrativa que apresentou junto à SPLAN, cópias xerox fls. 03 e 05 dos autos.

1.2- Em sua defesa junto à SPLAM (doc. de fls. 04) a Requerente alegou que: o loteamento Parque Itaiguara, de propriedade do Sr. Amadeu Braga, residente em Salvador - Ba. foi projetado em 1977, e na época não existia a lei de proteção do solo, sendo comum a venda de partes de terrenos tiradas de maior porção. Quando a Lei 6.766/79 entrou em vigência, já

havia vendido todos os lotes, com pagamentos a logo prazo, e não mais podiam ser regularizados, por serem os adquirentes pessoas de baixo poder aquisitivo.

1.3 - O processo foi remetido pela Procuradoria Fiscal à Patrimonial, em virtude do Auto de Infração lavrado em decorrência da venda de lotes de terras em loteamento clandestino.

1.4 - Desta Procuradoria o processo seguiu para o IPLAM, a fim de que fossem prestadas as informações necessárias à elucidação do caso, e anexados os documentos pertinentes.

1.5 - Essas informações constam do Parecer/Comunicado nº 175/97 e documentos acostados.

1.6 - Relata o mencionado parecer, em resumo que:

a)- nos arquivos foram encontrados cópias de um processo de solicitação de diretrizes para loteamento de um terreno no lugar Siqueira, cujo interessado é o Sr. Amadeu Braga, protocolado sob nº 939/84 - SUPLAM;

b)- o terreno possui características semelhantes às do terreno objeto do processo em análise, coincidindo com a defesa da requerente quanto a identificação do proprietário da gleba e a superposição de parte da mesma com o loteamento Parque Residencial Jerusalém;

c)- após a expedição de diretrizes pela SUPLAM, o processo não sofreu continuidade no andamento, uma vez que não foi apresentado o projeto de loteamento;

d)- o responsável pelo loteamento clandestino deve responder pela irregularidade e solucioná-la, de modo a resolver a situação dos adquirentes, e da reserva das áreas públicas, que com exceção do sistema viário as demais áreas se acham ocupadas.

É o relatório.

## II - O PARECER:

2.1 - As informações e documentos coligidos aos autos demonstram, iniludivelmente, a existência de um loteamento de todo irregular e clandestino.

2.2 - A alegação simplista da Requerente de que: **já havia sido vendido todos os lotes quando entrou em vigência a Lei nº 6.766/79, cuja situação não poderia mais ser regularizada.** Não tem respaldo e nem amparo legal. Porquanto, ainda que o parcelamento físico da área haja precedido à vigência da Lei nº 6.766/79, estava condicionado a aprovação pela Prefeitura, e a inscrição no Registro de Imóveis, à luz no Decreto-lei nº 58/37. Todavia, e como resta evidenciado no PARECER/COMUNICADO DO IPLAM e documentos acostados, o Sr. Amadeu Braga, apontado como proprietário do loteamento, solicitou diretrizes para loteamento, protocolado sobre nº 930/84-SUPLAM, na vigente Lei do Parcelamento do Solo.

2.3 - A vigente Lei cuida de delimitar, com precisão o alcance de suas normas. O art. 12 é de meridiana clareza quando estabelece que: **"O projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem compete também a fixação das diretrizes a que alude os arts. 6º e 7º desta Lei, salvo a exceção prevista no art. seguinte:**

2.4 - No caso em análise está patenteada a efetivação de um loteamento, de todo irregular e clandestino, assim como, a participação da Requerente agindo como intermediária na venda dos lotes.

2.5 - O art. 37 da Lei 6.766/79, estabelece, peremptoriamente, que: **"É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado".**

2.6 - Assim sendo, tanto o proprietário do loteamento, quanto a Requerente intermediária das vendas dos lotes, praticaram atos lesivos ao interesse público, que caracterizam crimes contra a Administração Pública, previstos no art. 50, inc. I, e Parágrafo Único, incs. I e II da Lei nº 6.766/79, in verbis:

**"Art. 50 - Constitui crime contra a Administração Pública:**  
I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em

desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - ... (omissis)

III - ... (omissis)

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo Único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lotes ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lotes em loteamentos ou desmembramentos não registrado no Registro de Imóveis competente;

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ou com omissão de fato a ele relativo, se o fato não constitui crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário vigente do País".

2.7 - Impende destacar, neste contexto, a percuciente observação de MARCO AURELIO S. VIANA, in Comentários à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed. pág. 142:

*"A ação do agente atinge um bem público diretamente, e secundariamente o do particular, porque aquele que pratica atos delituosos relativamente à área que loteia está atentando contra um bem (representado pela exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas as suas determinações), sobre qual interesse máximo pertence ao Poder Público, para concluir, em passo seguinte, de modo irrecusável, que a tutela jurídica alcança o bem particular por accidens, levando-se em conta a sua participação na comunhão social".*

2.8 - No que tange a responsabilidade da Requerente pela infração fiscal, aplicar-se o disposto no art. 137 do Código de Tributário Nacional Lei nº 5.172, de 25.10.66, que dispõe expressamente:

"Art. 137 - A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes

**ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito".**

2.9 - Isto posto, e com embasamento na Lei nº 6.766/79 que dispõe de um conjunto de normas bastante rigorosas, destinado a reprimir os loteamentos de todo irregular e clandestinos, e punir os seus promotores (arts. 37 usque 52), OPINO pela adoção das seguintes providências:

- a)- encaminhar peças dos autos ao Ministério Público para propositura da ação penal pública;
- b)- proceder a um levantamento de campo para averiguação da situação atual em que se encontra a ocupação da área;
- c)- requerer certidão atualizada do registro do imóvel, junto ao Cartório da respectiva Zona;
- d)- elaborar um plano de diretrizes para o parcelamento da área;
- e)- notificar o proprietário do terreno, fixando prazo para regularizar o loteamento. Caso não seja regularizado, promover as medidas administrativas e judiciais cabíveis à regularização, de modo a preservar as áreas públicas e assegurar os direitos dos adquirentes.

È o Parecer, s. m. juízo.

Fortaleza, 12 de março de 1999.

**FRANCISCO EDONIZETE TAVARES**  
Procurador do Município

## DESPACHO

PROC. ADM. Nº 00731/97 - PGM  
 INTERESSADO: MARIA MADALENA OLIVEIRA LINS  
 ASSUNTO: SUSPENSÃO PROC. JUDICIAL REF. EX. FISCAL

Senhor Procurador,

Tendo em vista o teor do parecer nº 0008/99 - PP - PGM, entendemos que não há motivo legal, ou razoável sequer, para justificar a suspensão contínua da ação executiva fiscal promovida pela fazenda Municipal contra o interessado acima mencionado.

Sugerimos, de conseguinte, o prosseguimento do feito, bem como, a adoção das providências recomendadas no parecer nº 0008/99 - PP - PGM.

À consideração superior,

Fortaleza, 12 de abril de 1999.

*Luciola M. de A. Cabral*  
 LUCIOLA M. DE A. CABRAL  
 PROCURADORA-CHEFE DA  
 PROCURADORIA FISCAL  
 MATRÍCULA Nº. 15546-1

*Ordene a Proc. Patrimo-  
 nial as providências julga-  
 dadas no Parecer nº 0008/99,  
 que aparece. (fls. 34 v.)  
 12/4/99  
 Ulysses C. Lima  
 Procurador Geral*

**PARECER N.º**

**PROCURADOR: FRANCISCO JACINÊS GURGEL LUZ**  
**PROCESSO N.º 3813/93. A.I(S) 43443, 43448, 49701 E 49702.**  
**RECORRENTE : CONDOMÍNIO IRACEMA – RESIDENCE SERVICE**  
**RECORRIDO: AUDITORIA DE JULGAMENTO EM 1º GRAU**

**PRELIMINARMENTE 1:**

**PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR OCORRÊNCIA DE PEREMPÇÃO – CONTRIBUINTE CONSIDERADO REVEL. CPC ARTS. 319 A 322 E ART. 61, INC. I, LETRA "A", DA LEI 6.832, DE 18 DE ABRIL DE 1991, QUE CRIOU O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO.**

Autuado o contribuinte pelos AI epigrafado, em 02 de setembro de 1998, deixou decorrer o lapso de 15 dias à apresentação da sua defesa, não obstante a advertência inserida na parte final dos respectivos AI, quando ali prescreve: e intimamos o infrator a recolher a importância devida ou apresentar defesa tudo dentro do prazo de 15 dias a contar da data do presente AUTO sob pena de ser considerado REVEL (grifo nosso).

Trazemos à baila a definição legal processual da expressão REVELIA, consoante o Código de Processo Civil, art. 319: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor."

Além do efeito da confissão supra transcrita, outros são impingidos, ao Revel, quanto seja: 1) "Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação" grifo nosso, art. 322 e, 2) o julgamento antecipado do processo, art. 330, inc. II, todos do C.P.C., este efeito, previsto também, em nossa Lei Municipal n.º 6.832, de 18 de abril de 1996, art. 61, inc. I, letra "a", que estabeleceu o presente Contencioso Administrativo Tributário.

Os efeitos da revelia, estende-se por todo o processo, até seu julgamento final.

A título de ilustração, citamos a dicionarização da terminologia REVELIA, conforme o NOVO DICIONÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO, de José Náfel, da Cone Editora.

REVELIA: Situação do réu que, citado, não apresentou defesa no prazo legal, contra ele correndo os demais prazos independentemente de notificação ou imitação.....

Ocorrendo revelia, isto é, se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão como verdadeiros, os fatos afirmados pelo autor.

Isto posto, configurada pois, a revelia do Recorrente, haja vista não apresentar defesa em tempo hábil, a Procuradoria Geral do Município, por seu Procurador signatário, sugere a extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme autoriza a Lei n.º 6.832, art. 61, inc. II, letra "a".

#### PRELIMINARMENTE 2:

VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO PELA FALTA DAS FORMALIDADES LEGAIS: INSTRUMENTO PROCURATÓRIO E ATO CONSTITUTIVO DA RECORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 12, INC. VI DO CÓD. DE PROC. CIVIL, ARTS. 41, 54, § ÚNICO E ART. 61, INC. I, LETRA "B" DA LEI 6832/91, INSTITUIDORA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO.

"O contribuinte ou responsável comparecerá ao Contencioso Administrativo Tributário pessoalmente ou por advogado, com inscrição regular na Ordem dos Advogados do Brasil, devidamente constituído no processo." Art. 51 do Dec. N.º 9852/96

É de comezinha sabença que a pessoa jurídica de direito privado é legalmente representada por quem os seus estatutos designarem, ou por seus diretores, na forma do preceituado no art. 12 do C.P.C.

Em nenhuma paragem dos autos consta prova de que a pessoa que subscreve a peça recusal, possua da recorrente, poderes para representá-la.

Contudo, os documentos, reclamados pela legislação adjetiva, não repousam nos autos do processo, não podendo servir a serem juntados posteriormente, ex vi do art. 41 e 54, § único da Lei 6.832/91.

PRECLUSA, se encontra, portanto, a peça do recurso cujo conteúdo

requer a juntada do Contrato Social ou estatuto, a designarem a qual diretor caberia a sua representação ativa e passiva.

#### ISTO POSTO

A procuradoria Geral do Município, tendo em vista as preliminares lançadas, opina pelo não conhecimento do Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 61, inc. I, letras "a" e "b".

#### DOS FATOS

Trata o processo epigrafado de autuações (04A.I(S)), por falta de retenção e recolhimento de ISS na fonte, lavrados junto ao Condomínio Iracema Residence Service, edifício de apart-hotéis, localizado na Av. Beira Mar, n.º 4050.

Os A.I(S) foram todos acompanhados de informações complementares, Notas Fiscais - Fatura de Prestação de Serviços emitido pela MS Administradora Ltda. (Provence Administradora), relação dos co-responsáveis solidários, demonstrativo contábel encaminhado a cada "poolista", demonstração do resultado do exercício do Condomínio, e Escritura de Convenção do Recorrente.

Os créditos levantados pela Comissão fiscal estão relacionados ao lançamento de ISS de ofício, pela falta de retenção e recolhimento, devido à Municipalidade, em razão da utilização de serviços prestados pela empresa M.S. PARTICIPAÇÕES HOTELEIRAS LTDA, por ser a encarregada da administração dos negócios da autuada, por força da existência e exigência de sua convenção - fls. 33/56.

Em informações de fls. 02, acusam os Srs. Fiscais, a negativa do autuado em apresentar o respectivo instrumento de contrato entre ele e a administradora de hotéis.

Em razão dos serviços prestados pela administradora ao Condomínio ora recorrente, foram os A.I(S) lavrados, muito embora, a dita administradora, reconhecendo parcialmente o direito do Crédito Tributário da Fazenda Municipal, passou a recolher, a menor, o imposto devido - de acordo com as informações complementares juntas. De sua parte, o recorrente, em sede de alegações de defesa, sustenta, primeiro, ser a administradora sediada em Salvador "e, de lá prestando o serviço de gerenciamento das unidades condominiais, não existe ISS devido ao

município de Fortaleza, e muito menos para ser cobrado na fonte", invocando dentre outras normas, o art. 12 da CLTM, e doutrina, no sentido albergador da tese do estabelecimento prestador, ser tão somente a da empresa administradora sediada em outro município.

Pelo motivo segundo, o Condomínio pelo conceito de direito privado, não poderia faturar serviços, haja vista, inexistir prestação de qualquer serviço aos condôminos, por sua própria natureza jurídica, não estando sequer compelido a exibir documentos atinentes a prefeitura de Fortaleza.

Complementa, ainda, o autuado, ser "a constrição feita para devassa de seus livros e documentos sob pretexto de apurar débito do ISS, importa em violação a garantia Constitucional da privacidade", citando, como reforço o art. 5º, inc. X da CF/88.

Explicita, ao longo de sua defesa, que o negócio de exploração dos "apart-hotéis" condominiais, não se inclui como fato gerador do ISS, pois, foge ao rol do alinhado no item 99 da lista advinda da LC n.º 56/87. Acrescenta, outrossim, na exposição de argumentos favoráveis ao não pagamento do Tributo I.S.S., por fim a, inconstitucionalidade da Legislação Municipal pertencente a espécie.

As fls. 101/103, a Auditoria de Julgamento em 1º grau decidiu pela procedência dos A.I(S) multicitados, fundamentando-os por entender ser o Condomínio Iracema Residence Service, como um assemelhado de Hotel, compreendido no item 99 da LC n.º 6252/87, eis que, o fato gerador ocorreu por serviços prestados por terceiro, ou seja, a empresa que administra os serviços de hotelaria.

#### NO MÉRITO:

Acaso ultrapassadas as preliminares ante ditas, passemos ao exame do mérito:

Não poderia, o recorrente recusar-se a exibição do contrato celebrado entre si e a administradora de hotelaria, mesmo em considerando o condomínio como desonerado da hipótese de incidência do ISS, como defende o autuado.

O recorrente ao negar vistas do documento supra citado, nada mais fez do que, incorrer em outra infração tipificada no § 2º do art. 136 da CLTM,

pois, preceitua a norma, sobre a inaplicabilidade de quaisquer dispositivo legal excludente ou limitativo ao direito do Fisco Municipal, de examinar livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais das empresas ou firmas prestadoras de serviços, estabelecidas no Município.

Acerca da tese expendida pelo autuado, defendendo a natureza jurídica de direito civil, portanto distinta do conceito que a Legislação Tributária do Município lhe atribui, fugindo daí a incidência do I.S.S., ousamos, entretanto, discordar em sua totalidade, senão, vejamos:

Resta demonstrado por meio de escritura de convenção do Condomínio ora autuado - fls. 33/56, e cláusulas ali acordadas e estipuladas, está agindo como um autêntico hotel, vendendo seus habituais serviços, com o objetivo de auferir lucros, pondo assim, à disposição do público seus apart-services, tudo em consonância com o entendimento da melhor e moderna doutrinas fiscal, consubstanciada aqui, no trabalho do tributarista Prof. Walter Gaspar, in ISS Teoria e Prática - Pag. 323, in verbis:

"O condomínio (pool) celebra, sim, contrato de hospedagem, cobra diárias a qualquer pessoa que queira se hospedar em qualquer apart-service ofertado. O objetivo é, inegavelmente, o lucro. Age como qualquer hotel e vende serviços. É congênere de hotel. O imóvel ofertado é decorado com móveis, tem roupa de cama e toalhas, existem serviços de café da manhã, limpeza, etc. Está o apart-service, inequivocadamente, descrito no item 99 da lista anexa a LC na 56/87." Nesta hipótese, o condomínio é ente possuidor de capacidade tributária, conforme o art. 12, inc. IX do C.P.C., que conferiu ao condomínio de edifícios com unidades autônomas, personalidade judiciária, nos termos da Lei 4.591/64.

Achamos por bem trazer a colação, acórdão oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo (AP. 296, 175-4/00-4ºC-J. 6.891 - rel. Juiz Antonio Vilenilson:

"O condomínio, como definimos tendo em vista sua legislação, dos edifícios de apartamentos e incorporações, por sua vez será sempre representado pelo administrador ou pelo síndico. O condomínio, na realidade é, propriamente, o sujeito do direito, porque assim dispõe a lei do processo. O condomínio a que nos referimos habilita a que, o administrador ou síndico, eleitos de acordo com a convenção estatutária, possa representá-lo. Não há, evidentemente, que se confundir este tipo de condomínio com a figura de condomínio de Direito Civil, expressão do condomínio do direito real, quando todos os condôminos deverão ser citados sempre como

litisconsortes passivos necessários.

Referindo-se a lei que o síndico ou o administrador, afigura-se – nos que o síndico é o representante de direito (art. 22 da Lei 4.591/64) e de fato, o qual, fora e em juízo, ativa e passivamente, é que representará o condomínio.

.....  
 Se porém houver síndico e administrador, com funções administrativas delegadas (Art. 22 § 2º), isto não significa que poderá este último representar o condomínio em juízo para que será parte ilegítima” (grifo nosso).

Tal atitude, em furtar-se ao recolhimento do ISS devido pelo recorrente, afigura-se-nos como atitude, além de ilegal, descumpridora da cláusula 32ª, CAPITULO VII – DAS DESPESAS, uma vez que consignadas como encargo do condomínio, as despesas relativas dentre outras, aos tributos – vide fls. 44.

De sorte que o STJ em recente decisão (Rec. Esp. 196.022-RJ), decidiu quando da existência de apart-hotel, para os efeitos de L.P.T.U. e ISS, sujeitar-se ao regime instituído para os hotéis:

“Por outro lado, nem de longe malferiu a regra impeditiva da bitributação, eis que o ISS que incide sobre a atividade de hotelaria e o IPTU incidente sobre os imóveis têm fatos geradores diversos.”

No tocante às alegações da recorrente a nível de recurso voluntário, além de ratificar o esplanado na sua peça de defesa, invoca, outrossim a inconstitucionalidade da cobrança do ISS por parte da Fazenda Pública Municipal.

De qualquer forma, a análise de inconstitucionalidades não é papel conferido a este órgão administrativo que é, o Contencioso Administrativo Tributário está completamente submetido ao rigor do Princípio da Legalidade, jamais podendo, através de seus julgamentos, negar-se a dar cumprimento a qualquer lei sob a alegação de uma inconstitucionalidade não declarada pelo Poder Judiciário, ao qual são conferidos poderes para proceder à análise da constitucionalidade das normas de ordenamento.

E nem poderia ser de outra forma; por uma questão de segurança a jurisdição constitucional somente cabe ao Poder judiciário, caso contrário, estaria bastante facilitado o desrespeito aos mandamentos contidos em normas legais, bastando que, para tal, os diversos órgãos da administração

alegassem (declarassem) sua inconstitucionalidade.

Em relação ao significado do Princípio da Legalidade para a Administração Pública, onde está inserido o Contencioso Administrativo Tributário, ora pede-se vênias para colacionar os ensinamentos de dois grandes mestres administrativos, in verbis:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração às leis. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro. Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que além de não poder contra legem, a Administração só pode agir secundum legem.

.....  
 O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo aquilo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autoriza. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. (grifo nosso). (Celso Antônio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, 1993 – São Paulo, Ed. Malheiros, pág. 48/52).

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim.” (grifo nosso) (Hely Lopes Meireles, in Direito Administrativo brasileiro, 17ª edição, 1992, São Paulo, Ed. Malheiros, pág. 82/83).

A exclusividade da jurisdição significa que somente ao poder Judiciário é dada a competência para dizer “qual é o direito”, de acordo com o caso concreto. Se está em jogo análise de constitucionalidade, ainda mais importante torna-se a premissa.

Não se pode admitir que se negue cumprimento a qualquer norma sob a alegação de sua inconstitucionalidade, se esta não foi devidamente



reconhecida pelo poder judiciário.

Por fim, há de se argumentar que prejuízo algum é causado aos contribuintes com a fixação da instituição do substituto Tributário. Pelo exposto, a Procuradoria Geral do Município, concorda em todos os termos da respeitável decisão da Auditora de Julgamento de 1º, para sugerir pelo não conhecimento do recuso voluntário interposto, com fundamento nas preliminares arguidas. E no mérito, por ventura extrapassadas as preliminares, negar-lhe provimento.

É o nosso parecer. S.M.J

Fortaleza, 01 de Julho de 1999.

**FRANCISCO JACINÊS GURGEL LUZ**  
Procurador do Município

**PARECER N.º 005/99 - PF - PGM**  
**PROCESSO N.º 0271/97-PGM**  
**INTERESSADA - SECRETARIA DE FINANÇAS - SEFIN**  
**ASSUNTO - MOMENTO TEMPORAL DE INCIDÊNCIA DO ITBI E**  
**A LEI MUNICIPAL N.º 8.231, DE 29.12.98.**

Senhora Procuradora - Chefe,

Esta Procuradoria Fiscal foi instada a se pronunciar sobre o assunto em epígrafe, atinente à consulta formulada pela SEFIN, que diz da incidência do Imposto de Transmissão "Inter Vivos" de Bens Imóveis - ITBI sobre o distrato de escritura pública de compra e venda de bem imóvel não registrada, tanto quanto sobre a própria escritura objeto do distrato.

Sobre a matéria, já constam nos autos pareceres emitidos pela Consultoria, um ratificando o outro em face à controvérsia do tema lançada pela SEFIN.

A matéria realmente é polêmica, tanto que o Município houve por bem alterar a Lei 6.421, de 30/01/1989, que instituiu o ITBI, através da edição da Lei n.º 8.231, de 29.12.1998, mormente para disciplinar fatos que ensejavam muitas dúvidas aos contribuintes e, inclusive no procedimento dos Cartórios de Registros de Imóveis quanto a fazer incidir o ITBI, a exemplo da hipótese trazida a este processo pelo Cartório Moraes Correia. Por tais razões, acrescida a dos muitos prazos processuais a cumprir, justifico-me pelo transcorrer do tempo.

Depois de muito meditar sobre o tema, inclusive por haver participado da alteração da Lei do ITBI, embora indiretamente, curvei-me ao posicionamento de que o momento temporal de incidência do ITBI ocorrerá por ocasião da celebração do negócio jurídico, e que no distrato desse negócio, o ITBI, mais uma vez, é passível de incidência. Explico-me.

Ao direito tributário o que importa é a realidade dos fatos econômicos. O fato gerador é um fato jurídico no sentido estrito, mas só o fato jurídico revestido de caráter econômico é que tem relevância para o direito tributário, porque a este interessa que o fato gerador, substancialmente, seja constituído de um índice para aferição da capacidade econômica do contribuinte.

Assim já ensinava o saudoso Amílcar de Araújo Falcão, *in verbis*: "Já se vê que ao Direito Tributário interessa precipuamente o resultado econômico, ou seja, a relação econômica subjacente no acontecimento ou fato definido como fato gerador." (In Fato Gerador da Obrigação Tributária, RT, 4ª ed., 1977, p. 69).

Assim, também, é o entendimento da mais moderna doutrina, destacando-se a de Zelmo Denari, eminente procurador do Estado de São Paulo, para quem: "...o fato gerador in concreto, como categoria de fato jurídico, não é propriamente, um fato econômico, mas sobretudo, um fato de significado econômico. A particularidade é o seu significado econômico, ou seja, a sua aptidão para revelar capacidade contributiva." (In Curso de Direito Tributário, Forense, 6ª ed., 1996, p. 168).

Nesse sentido, o artigo 1º, inciso I, da Lei n.º 6.421/89, com redação consolidada pelo art. 194, da Consolidação Tributária do Município de Fortaleza, nesse ponto não alterada pela Lei 8.231/98, diz que o fato gerador do ITBI surge com a "transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil." (grifou-se).

Define o artigo 530, do Código Civil Brasileiro que a transmissão da propriedade só se aperfeiçoa com a transcrição do título de transferência no registro de imóvel. O efeito civil, assim, do ato de transmitir a propriedade do imóvel surge com o registro. Para o direito tributário, porém, o "momento da transmissão" é outro, na medida em que o mero ato de registrar não gera nenhuma circulação de riqueza, e porque o fato gerador do imposto independe de qualquer atividade estatal (Art. 16, CTN).

O efeito fiscal da "transmissão da propriedade" é antecipado pelo legislador tributário para o momento da concretização, a qualquer título, do negócio, pois nesse instante resulta um fato econômico que manifesta evidente circulação de riqueza. "Toda tributação recai sobre um fato potencialmente econômico, que, na prática, efetivamente revela, no momento de sua ocorrência, a confirmação dessa expressão econômica." (Carlos Celso, In Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 7, Res. Tributária, 1982, p. 79).

O saudoso mestre Geraldo Ataliba deixou-nos a lição segundo a qual: "Desde que se verifica (aconteça realmente) o fato a que a lei atribui esta virtude jurídica, a quantia em dinheiro (legalmente fixada) é crédito do estado; no mesmo instante, fica devedora dela a pessoa privada prevista na lei e relacionada com o referido fato." Por isso, conclui: "...a contar do momento da consumação (realização, verificação) do fato impositivo, o estado (sujeito ativo) tem o direito de exigir e o

contribuinte (sujeito passivo) tem o dever de entregar o dinheiro, objeto da obrigação. Esta entrega da coisa a seu legítimo titular (o estado) é o comportamento exigido para que o desígnio legal se concretize." (In Hipótese de Incidência Tributária, RT, 4ª ed., 1990, págs. 27-28).

O também saudoso e inexcusável Aliomar Baleeiro já doutrinava que "Juridicamente, tem por fato impositivo, 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 1.572." (grifo nosso).

É o negócio jurídico da transmissão que dá nascimento à obrigação fiscal e não o instrumento: "non quod scriptum sed quod gestum inspicitur..." (In Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., pág. 163).

Entre nós, o eminente Prof. Hugo de Brito Machado leciona: "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." (In Curso de Direito Tributário, Forense 5ª ed., 1992, p. 300). (Destacou-se)

É de se ver, portanto, que a onerosidade do contrato, situação prevista como hipótese de incidência do fato gerador, não pode ser associada ao pagamento que se faz quando do registro da escritura pública no competente registro de imóveis, mas, sim, quando da consumação do negócio entre as partes. A "transcrição de transferência da propriedade" não é hipótese de incidência tributária, porque esse ato não afere a base de cálculo do ITBI; esta tem a medida precisa de um fato econômico. A "transcrição" é apenas um ato estatal que independe da exigência do imposto.

Muito menos, se sujeita a Fazenda Pública à vontade das partes quanto ao momento que entenderem apropriado para o registro da escritura, e, portanto, para definirem a imposição da exação fiscal. O artigo 3º, do CTN, define o tributo como prestação compulsória, excluindo qualquer interferência de ato voluntário, pois, 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.

Por outro lado, o registro da escritura de compra e venda de imóveis, a teor do disposto no artigo 167, da Lei 6.015, de 31.12.1973, é obrigatório, mas na medida do interesse dos sujeitos, que se obrigam a cumprir a formalidade registral, no tempo que lhes convierem, para se colocarem sob o manto protetor dos efeitos advindos da publicidade *erga omnes*.

Com efeito, nada obstante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já haver decidido que o fato gerador do ITBI ocorre com a transcrição da propriedade ( REsp. n.º 12546-0-RJ e REsp. n.º 1066-RJ), não significa dizer que os interesses do Município de Fortaleza não sejam defensáveis - em sede mesmo do STJ, porquanto os dois julgados são oriundos da 1ª Turma -, pois a discussão da matéria tem amplitude constitucional, havendo, em razão disso, o próprio Supremo Tribunal Federal firmado o entendimento de que *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 64/728, 75.125-DF in RTJ 69/783 e RE 70.815 in RTJ 74/399 ). Resultou desses precedentes a edição da Súmula 108, em cujo teor se diz:

*" 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."*

Nesses termos, é devido o recolhimento do ITBI quando da consumação do contrato, a partir do momento da lavratura da escritura pública.


Por sua vez, o Município de Fortaleza vem de editar a Lei n.º 8.231/98, dantes referida, adequando os fatos econômicos à realidade tributária, tipificando fatos geradores outros, em cujo texto não consta expressamente o distrato de escritura pública de compra e venda de imóvel.

Mas é sabido que o distrato se perfaz da mesma forma que o contrato ( art. 1.093, CCB). E se, consoante se deflui da leitura do § 2º do artigo 1º, da citada lei municipal ( "*Na concretização do negócio objeto da promessa ou da procuração, com promitente comprador ou com outorgado, não haverá nova incidência do imposto*" ), *mutatis mutandi* da não concretização resultará óbvio o desfazimento do contrato, mediante o distrato, e assim, um novo contrato estará sendo firmado. Não haveria, assim, razão para pensar-se em devolução do ITBI, mas ao contrário, sobre o distrato, gera o direito de nova incidência do ITBI. O primeiro contrato se completou, tanto que é motivo para o distrato;

razão por que não daria ensejo à aplicação do disposto no artigo 209, inciso I, da Consolidação da Leg. Tributária do Município.

Para ilustrar, Afranio de Carvalho ensina: "*O distrato da compra e venda inscrita, com devolução do preço pago, importa em compra e venda regressiva, sujeitando-se aos mesmos requisitos da primeira, inclusive o pagamento do imposto de transmissão e a nova inscrição.*" ( In Registro de Imóveis, 1982, p. 113 ).

É o que penso, salvo melhor juízo.  
Fortaleza, 26 de Março de 1999

  
EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA  
Procurador Fiscal do Município

Sr. Procurador Geral,

Com efeito, o parecer lançado pelo Procurador Dr. Edvaldo Assunção e Silva, embora contrarie por completo o entendimento manifestado pela não nemos ilustre colega, Dra. Elny Saker Pontes, apresentasse, ao nosso sentir, mais consentâneo e conforme a legislação tributária.

É que, diferentemente do que ocorre em matéria civil o imposto é dividido a partir do momento em que se configura o fato gerador, no caso, na celebração do negócio jurídico e não no momento da transmissão do imóvel, mediante transcrição no cartório de registro de imóveis.

A dicção da atual legislação municipal - Lei nº 8.232/98, é bastante calra nesse sentido, executando-a nas incidências do imposto anteriormente pago (ITBI), por ocasião da "concretização do negócio objeto da promessa ou da procuração..." (Art. 1º, 2º, com a redação da lei nº 8.232/98)

Por tais razões, acolhemos o parecer, sem ressalvas, submetendo-o, todavia a consideração superior.

Fortaleza, 8 de abril de 1999.

*Luciola M. S. Cabral*  
 LUCIOLA M. S. CABRAL  
 PROCURADORA-CHEFE DA  
 PROCURADORIA FISCAL  
 MATRICULA Nº. 15543.7

*SE FIN*  
*15.4.99*  
*Edvaldo Assunção e Silva*  
 Edvaldo Assunção e Silva  
 Procurador Geral

**PARECER Nº 61/98 PGM-PP  
PROCESSO Nº 01920/98  
INTERESSADO: CIRLEI ZULMA DA SILVA.**

**EMENTA: LOTEAMENTO SEM IMPLANTAÇÃO DE SUA INFRAESTRUTURA. LOTEAMENTO APROVADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 4486/75. OMISSÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DO LOTEADOR. APLICAÇÃO DA LEI ANTERIOR. CASO DE DERROGAÇÃO DE LEI-REVOGAÇÃO PARCIAL-**

Cirlei Zulma da Siva solicitou à Secretaria Executiva Regional II, fls.02 e 03, certidão no sentido de esclarecer se a loteadora ERG S/A, Engenharia, Indústria, Comércio e Agricultura, era detentora, na data de 06.05.97, perante a Prefeitura de Fortaleza, da aprovação da planta, memorial descritivo e demais documentos necessários a legalização do loteamento denominado Alto da Boa Vista, bem como indaga a possibilidade de alienação ou construção dos lotes de nºs 11, 12 e 13, de sua propriedade, tendo em vista que não foram implantadas, por parte da loteadora, as vias no aludido loteamento.

Em sua regular tramitação perante aquela Secretaria Executiva, encontra-se despacho à fl. 05, dando conta da existência em seu arquivos, da planta do loteamento, em comento, o qual fora aprovado pela Municipalidade através do processo nº 0422/76.

No sentido de obter esclarecimentos acerca das diretrizes de implantação das vias, consoante lei em vigor à época do parcelamento em questão, foram os autos remetidos ao Instituto de Planejamento do Município - IPLAM, o qual se pronunciou através do Parecer/Comunicado nº 216/98, fls. 06 a 08.

O mencionado Parecer/Comunicado historiciza de forma detalhada, desde a sua aprovação perante a antiga SUOP, até os dias atuais, a situação do Loteamento Alto da Boa Vista. Esclarece o órgão municipal, que a aprovação em mira ocorreu em 20/01/76, quando o parcelamento, uso e ocupação do solo do Município de Fortaleza era regido pela Lei nº 4486 de 27 de fevereiro de 1975, informando que esta norma legal não determinava explicitamente as exigências de implantação de loteamento, apenas

estabelecia as normas e diretrizes quando da elaboração de loteamento, determinando os índices das áreas a serem doadas à Municipalidade.

O Parecer em alusão, informa, outrossim, que a Lei 4486/75 fora antecedida pela Lei nº 2.004/62, a qual prescrevia detalhadamente a questão de implantação de loteamentos, onde em seu artigo 22 estavam determinadas todas as obrigações do loteador, quando da aprovação de seu projeto.

Em sua conclusão, mencionando o art. 66 da Lei 4486/75 citada, tendo em vista que este texto legal não explicitou as obrigações do loteador, e que mesma revogou as disposições em contrário, entende aquele Instituto Municipal que a Secretaria Executiva competente analise a obrigatoriedade ou não do loteador em relação à implantação da infraestrutura do Loteamento em comento, uma vez que até o presente momento isso não ocorrera.

Trata-se, como se percebe, de uma questão de aplicação de lei no tempo, no caso em foco, questiona-se, no que diz respeito às obrigações do loteador na implantação do loteamento em alusão, qual a lei a ser aplicada, se a lei nº 4486/75 ou a Lei nº 2004/62.

A Lei de Introdução do Código Civil estabelece em seu artigo 2º, in verbis:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, ela terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º Lei posterior revoga anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

No caso em análise, verificando o artigo 66 da Lei 4486/76, constatamos que ele apenas determinou a revogação das disposições em contrário, não faz qualquer menção à Lei 2004/62 que a antecedeu, por outro lado, não existia qualquer incompatibilidade entre as aludidas normas legais, quanto ao aspecto obrigacional do loteador, ademais o diploma legal posterior não regulou inteiramente a matéria do primeiro, uma vez que a antiga lei 2004/62-Código Urbano, dizia respeito às obras de construção, reformas, loteamento e zoneamento, enquanto a multicitada lei 4486/75, cuidava especificamente do Uso e Ocupação do Solo deste Município.

A expressão "revogam as disposições em contrário", existente no referido art. 66 da lei 4486/75 não poderia revogar dispositivos da Lei anterior 2004/62, no que diz respeito às obrigações do loteador, quando da implantação do loteamento, uma vez que não existiam na lei de 1975 dispositivos que contrariem a lei revogada, o que significa dizer que continuaram em vigor, à época, as prescrições da antiga lei no que se referia às obrigações do loteador

, ou seja, se a lei posterior (atualmente revogada) não continha dispositivos que tratavam explicitamente sobre o assunto em pauta, não poderia, por conseguinte, revogar disposições em contrário, já que não existiam na norma legal posterior.

Desta forma, continuaram em vigor as prescrições do art. 22 da anterior Lei 2004/62, quando da vigência da Lei 4486/75.

Sobre o tema, aduz o douto Arnaldo Rizzardo, em seu livro Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano, 4ª edição, 1996, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 25 e 26:

"1. Revogação expressa e revogação tácita de lei.

Lê-se no art. 55, último da Lei 6.766: "Revogam-se as disposições em contrário". E no art. 2º, § 1º, da LICC (Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942), temos: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Com base neste último dispositivo, lecionam os juristas que a revogação pode ser expressa ou tácita. É expressa "quando na nova lei há uma disposição declarando que a anterior deixa de vigorar. É tácita quando na nova lei há indícios ou sinais que fazem presumir que o legislador com ela pretendeu substituir a lei antiga, ou, como melhor se exprimiu Rui Barbosa, pelo mero fato de contradizê-la. Doutrina Carvalho Santos, prosseguindo: "... a fórmula geralmente empregada - "revogam-se as disposições em contrário" - é completamente destituída de utilidade, no conceito geral, porque não faz ressaltar senão a revogação tácita".

E salienta que "os princípios atinentes à revogação tácita devem ser aplicados com toda discrição, isto é, nos casos em que se verificar que há inconciliável oposição entre as duas leis"

"Aliás, se deverá procurar harmonizá-las e só verificando-se a impossibilidade na execução da lei nova há revogação tácita.

Em tese, não se presume a derrogação tácita ou implícita das leis; vislumbra-se a derrogação quando é invencível a irreconciliabilidade entre a nova lei e a lei anterior.

E orientando-nos na lição do velho mestre, "essa incompatibilidade, por outro lado, para efeito da presunção acima indicada, só se verificará quando as duas leis - a nova e a antiga - dispuserem sobre a mesma relação jurídica, regulando-a de maneira diferente.

Daí a consequência de serem elementos essenciais para a derrogação tácita: a) que as duas leis disponham sobre a mesma relação jurídica; b) que regulem de maneiras opostas e irreconciliáveis".

Não havendo derrogação expressa, somente o confronto entre o novo mandamento e os anteriores nos dirá os artigos tacitamente afastados da incidência da lei recente. De maneira geral, "as leis posteriores constituem prolongamento das anteriores, se entre elas antagonismos não há", pontifica o insuperável Carlos Maximiliano".

O que ocorreu em relação as normas em debate, foi apenas a revogação parcial da lei anterior, ou seja, efetuou-se a derrogação de seus dispositivos, isto é, ficou sem efeito apenas uma parte da lei.

Leciona a insigne Maria Helena Diniz, em sua obra, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, Ed. Saraiva, ed.1996, pág. 64 e 65:

" A revogação é o gênero que contém duas espécies:

a) omissis;

b) a *derrogação*, que torna sem efeito uma parte da norma. A norma derogada não perderá sua vigência, pois somente os dispositivos atingidos é que não mais terão obrigatoriedade. Por exemplo, o Código Civil, o art. 550 do Código Civil, que rezava: "Aquele que por trinta anos, sem interrupção, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis", foi derogado pela lei nº. 2.437/55, que determinou a seguinte alteração: "Aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título de boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis" (grifo nosso). A derrogação, como se vê, consiste na modificação explícita ou implícita de parte da lei anterior."

Quanto ao art.13 da multicitada lei 4486/75, transcrito no Parecer do IPLAM, o qual estabelecia em seu parágrafo único que as normas e especificações relacionadas a execução de passeios, guias, sarjetas, bem como da pavimentação da via de circulação, seriam estabelecidas por ato do executivo, não se poderá concluir que aquele preceito normativo tinha o condão de isentar as obrigações do loteador, face à sua não regulamentação à época, como ressalta o mencionado parecer em seu item 3, o que reforça a vigência do aludido art.22 da lei 2004/62 nos termos acima analisados.

Desta forma, persistiram e ainda persistem as obrigações da loteadora ERG Engenharia, Indústria, Comércio e Agricultura no que se

relaciona a implantação da infraestrutura do Loteamento denominado Alto da Boa Vista, principalmente aquelas assumidas quando da aprovação do loteamento em comento, consoante preceitua o art. 22 da citada lei 2004/62, transcrito a seguir:

" Art. 22. Nenhum plano de loteamento será aprovado sem que o interessado assine a escritura na qual se obrigue:

I - a executar as obras constantes de seu projeto;

II - a pavimentar as vias regionais com 24,00m de largura;

III - a assentar meios fios nas áreas destinadas a utilização pública, espaços livres (parques, praças e jardins) ou terreno destinado a Uso especial.

IV - a transferir, independentemente do ônus de qualquer natureza, por parte da Prefeitura, o domínio público de terrenos que se destinarem a logradouros públicos (ruas, avenidas, praças e parques) ou terrenos destinados a Uso especial (escolas, creches, etc).

Parágrafo Único - Para garantir o compromissos contidos neste artigo, o interessado dará obrigatoriamente, caução em dinheiro ou apólices da dívida pública ou garantia hipotecária de valor correspondente aqueles compromissos, calculados:

I - Quanto ao terreno, à base da avaliação contemporânea na Secretaria Municipal de Finanças.

II - Quanto aos serviços, à base da tabela de preços de serviços a vigor na Secretaria Municipal de Obras".

Neste contexto, concluímos que seja aplicado o dispositivo legal acima, quanto às obrigações do loteador, no que se relaciona a implantação do Loteamento Alto da Boa Vista, devendo a Secretaria Executiva Regional competente notificá-la no intuito de regularizar a presente questão, arcando com as consequências determinadas em lei, porventura persista a irregularidade.

No que pertine a indagação da interessada na alínea c, item 3 de sua solicitação, entendemos que nenhum óbice existe no que se refere à alienação de seus lotes, desde que não estejam hipotecados a este ente público. Por sua vez, a pretensão de dar início a projeto construtivo nos aludidos lotes, deverá atender o que determina o artigo 15 e seguintes do Código de Obras e Posturas do Município, devendo ser observado, uma vez que ainda não foram implantadas, as confrontações das futuras vias públicas, no sentido de preservar o patrimônio público municipal.

É o parecer.

À apreciação superior.



Fortaleza, 20 de novembro de 1998.

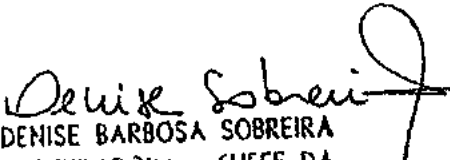
**JOSÉ SOARES DE SOUZA NETO.**  
Procurador do Município.

Concordo, *in totum*, com o bem lançado Parecer de nº 61/98-PP-  
PGM da lavra do Douto Procurador D. José Soares.

Os fundamentos embasadores do retro mencionado Parecer, *per  
si*, concluem pela responsabilidade do loteador quanto à obrigação de  
executar as vias internas do parcelamento, o que é, nesta oportunidade,  
acolhido, *in totum*, pela chefia.

s.m.j.

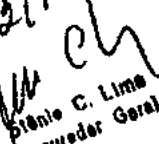
Fortaleza, 24 de novembro de 1999.

  
DENISE BARBOSA SOBREIRA  
PROCURADORA - CHEFE DA  
PROCURADORIA PATRIMONIAL  
MATR. 13161.1-1 OAB - CE. 4656

AT Novo.

A origem.

31/12/98  
Jm

  
Sílvio C. Lima  
Procurador Geral

**PARECER Nº 0001/2000**

**CONSULTA: SMDS**

**EMENTA: COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS LOCAIS. AUTORIZAÇÃO CONFERIDA PELO ART. 30, I, DA CF/88. REGULAR EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. FISCALIZAÇÃO DE ATIVIDADES COMERCIAIS E DEMAIS SERVIÇOS DESENVOLVIDOS NO MUNICÍPIO.**

A Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social (Coordenadoria de Saúde), mediante requerimento formulado por sua Assessoria Jurídica (Comunicação Interna - CI nº 079/2000), solicita à Procuradoria Geral do Município de Fortaleza manifestar-se sobre o questionamento, que faz, o Chefe do Núcleo de Vigilância Sanitária, quanto à possibilidade da Secretaria Executiva Regional III, no regular exercício de sua competência, promover a fiscalização dos estabelecimentos pertencentes aos Empreendimentos Pague Menos, em relação ao exercício de suas atividades econômicas no ramo de farmácia e drogarias, por entender que tal grupo amparado em medida liminar deferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação mandamental (MS nº 2852/98), não poderia sofrer novas fiscalizações de parte da SER III.

Pede mais orientações, alegando o fato de que não dispõe de elementos acerca da atual fase do Mandado de Segurança acima identificado, que possibilitem a elaboração de parecer sobre a questão que lhes foi apresentada.

É o Relatório.

**BREVE RESUMO DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO E DA AÇÃO MANDAMENTAL PROPOSTA POR EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS**

**EXMO. SR. JUIZ DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E  
MUNICIPAL DE FORTALEZA**

Processo Nº.

**MANDADO DE SEGURANÇA**

Impetrante:

Impetrado: O Exmo. Sr. Secretário de Finanças do Município de  
Fortaleza

**INFORMAÇÕES DO IMPETRADO**

O Secretário de Finanças do Município de Fortaleza, assistido pelo Procurador da Fazenda Pública Municipal que a esta também subscreve, vem, tempestivamente e com o devido acatamento e respeito perante V. Exa., prestar as informações no Mandado de Segurança acima epigrafado, o que o faz pelas razões que agora passa a aduzir.

**I. PRELIMINARMENTE**

1. Nos autos deste Mandado de Segurança incorreu V. Exa., datíssima vênica, em apressada conclusão, inadequadamente provocado pelo Impetrante que foi, ao conceder liminar sem a ouvida da autoridade Impetrada.

2. Atribuição típica da administração pública é a utilização de seu poder de polícia dentro de seu escorreito âmbito legal, assim outorgado pela Constituição. Esta articulação não foi, *a priori*, sequer considerada pelo Impetrante, tampouco o foi por V. Exa. Em outras palavras: se a Administração Pública Fazendária do Município de Fortaleza faz exigências supostamente descabíveis para que se proceda à inscrição do Impetrante no cadastro de contribuintes do ISSQN, deveria ser examinada, então, com mais vagar a concessão de liminar neste sentido, uma vez que, por exemplo, a faculdade

de exigir alvará de funcionamento para o deferimento da inscrição do caso em tela, se constitui na mais legítima manifestação do poder de polícia da Administração Pública Municipal. E a isto estão sujeitos todos indistintamente que decidam se estabelecer como prestadores de serviços nos limites do Município de Fortaleza.

3. Assim, fica desde já requerida a revogação da medida liminar concedida por V. Exa.

## II. NO MÉRITO

4. O Art. 77 da Consolidação da Legislação Tributária do Município de Fortaleza (doravante CLTMF) prevê as exigências que empresas, profissionais autônomos ou sociedade de profissionais prestadoras de serviços necessitam preencher para fins de serem obrigatoriamente cadastrados junto à Secretaria de Finanças, desde que, claro, no Município de Fortaleza se estabeleçam.

5. Em referido dispositivo legal da CLTMF encontram-se as exigências de prova de quitação dos sócios de empresas ou de sociedade de profissionais com IPTU e ISSQN, bem como prova de quitação do imóvel com IPTU; prova de propriedade do imóvel sede da empresa ou seu contrato de locação; alvará de funcionamento; e comprovante de residência.

6. Todas estas exigências em nada se caracterizam de abusivas. São elas, como já acima se anunciou, resultados do poder de polícia de que é a Administração Pública detentora, como bem ensina Edmur Ferreira de Faria:

“Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público, concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção de mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais” (in: Curso de Direito Administrativo Positivo, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 173).

7. A doutrina sobre poder de polícia da Administração Pública é

quase unânime em detectar sua evolução na passagem de estado liberal para estado democrático e social, vale dizer, de estado meramente expectador para estado intervencionista. E é este, pois, o sentido da Constituição Federal de 1988. Exatamente porque numa perspectiva democrática é que o exercício deste poder de polícia efetivar-se-á dentro dos limites legais, delineados pelo ordenamento jurídico que rege o estado. Primorosa, neste sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

“Do absolutismo individual, evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos dias predomina a relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, ‘o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo’ (in: Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, p.119).

8. Portanto, ao estabelecer as exigências contidas no art. 77 da CLTMF para fins de deferimento de inscrição como contribuinte do ISSQN, nada mais faz a Administração Fazendária do Município de Fortaleza do que exercer o seu poder de polícia.

9. Ao Município como entidade integrante da Federação brasileira compete, por exemplo, o exercício da competência estatuída no inciso I do art. 30 da Constituição Federal, qual seja, o de legislar sobre assuntos locais. E é precisamente como resultado deste exercício que se exige a apresentação de alvará de funcionamento, exigência contra a qual caprichosamente se insurge o Impetrante.

10. No afã de oferecer sustentação à sua tese, traz o Impetrante decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde se lê, dentre outros tópicos, que “A atividade do advogado somente se subordina às normas éticas e estatutárias instituídas pela Lei n. 4.215/63. O advogado é indispensável à administração da justiça e a sua atividade profissional não pode sujeitar-se ao Poder de Polícia dos Municípios. (...)”.

11. Por duas razões cruciais não resiste referida decisão a uma análise mais percuciente. Primeira, pela articulação teórica derivada da doutrina do estado democrático e social, o intervencionista, portanto, com os pressupostos do positivismo jurídico. Segunda, e fatal para a referida decisão, por força de entendimento do Supremo Tribunal Federal exatamente no sentido oposto. Passe-se, então, a um exame mais detido destes motivos apontados.

12. 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. Isto se encontra descrito numa das boas biografias de Hans Kelsen, qual seja a oferecida por Rudolf Aladár Metall (*Hans Kelsen - Leben und Werk, Verl. Franz Deutscher, Viena, 1969*, pp. 33 e 110). E será pois, 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 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 pelo interesses coletivos, o que significa atribuição de poder intervencionista ao estado. Referida afirmação se sustenta quando se observa a quantidade dos trabalhos de Kelsen - cerca de 604 entre livros, artigos, resenhas, palestras - onde o papel do estado democrático de direito e a materialização desta democracia ocupam boa parte de suas indagações, como por exemplo: Estado de Direito e Direito do Estado (Viena, 1913); Da Essência da Democracia (Tübingen, 1920); A Teoria dos Três Poderes ou as Funções do Estado (-,1924); O Problema do Parlamentarismo (Viena/Leipzig, 1925); Elementos de Teoria Geral do Estado (Viena, 1926); Os Conceitos Jurídico e Sociológico do Direito (Tübingen, 1928); A Idéia do Direito Natural (-, 1928); ou ainda a Paz pelo Direito (-,1944).. Não é casual o fato de Kelsen ver-se obrigado a abandonar a Alemanha nazista. Muito mais determinante do que sua origem judia, Kelsen era um defensor do estado de direito democrático e social, idéia ontologicamente oposta ao totalitarismo.

13. Um dos resultados do estado democrático e social, é, pois, a limitação necessária e igualmente a todos imposta em desfavor de suas liberdades. Desta maneira, mais justiça social significa menos liberdade. E é

salutar que assim seja. Somente utilizando recursos como este é que a vida em sociedade nos dias de hoje se torna possível para todos.

14. Por quais motivos, então, parece justo que os advogados escapem do poder de polícia da Administração Pública? Acaso são os advogados seres especiais em relação a botânicos, dentistas, engenheiros, farmacêuticos, médicos? Como coadunar com os princípios de igualdade de todos perante a lei da atual Constituição Federal esta decisão do Superior Tribunal de Justiça? Impossível. E por uma razão simples: ela estabelece privilégios absolutamente incompatíveis com princípio de igualdade devidamente positivado na Constituição Federal.

15. Há mais. Como se aceitar que os advogados restem imunes ao poder de polícia municipal, no que diz respeito, por exemplo, à segurança ou à higiene? Execução de obras de edificação de escritório de advocacia em local inadequado, segundo os parâmetros de um plano diretor, não poderia ser impedida pelo Município? Funcionamento atentatório à higiene de canalização proveniente de escritório de advogado também não poderia ser autuado pelo Município? V. Exa. bem observa, é impossível o acatamento da tese defendida pelo Superior Tribunal de Justiça. E assim fez o Supremo Tribunal Federal.

16. Entendendo acertadamente, o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto deste modo decidiu:

„Taxa para localização e funcionamento de estabelecimentos comerciais e industriais, profissionais e similares (abrangendo, inclusive prevenção de incêndios). O STF, desde há muito (assim, já no RE nr. 80.441 - RTJ, 88/882 e segs.), tem admitido a constitucionalidade das taxas dessa natureza que abarquem a localização e a autorização anual para funcionamento e permanência de estabelecimentos comerciais e similares, desde que haja órgão administrativo que exercite essa faceta do poder de polícia do município, e que a base de cálculo não seja vedada. (...) Recurso Extraordinário nr. 115.664, Recorrente: Banco Itaú S/A; Recorrida: Prefeitura Municipal de Sorocaba; Relator: Sr. Ministro Moreira Alves“, in: Revista de Direito Administrativo, vol. 177, julho/setembro de 1989, FGV, p. 73). Grifou-se.

17. Digno de ser ressaltado aqui são os seguintes aspectos: a) diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, entende o Supremo Tribunal Federal que também a sociedade de advogados que presta serviços de consultoria em matéria tributária está sujeita ao poder de polícia do Poder Público Municipal; b) deduz-se, portanto, que as exigências contidas no art. 77 da CLTMF nada mais são que a materialização do poder de polícia do Município de Fortaleza.

18. Outro argumento largamente utilizado pelo Impetrante é o de que a exigência feita pela Administração Fazendária de Fortaleza de apresentar prova de quitação com os tributos municipais seria, na verdade, forma inidônea de se cobrar impostos. Nada mais inconsistente.

19. O diploma que regulamenta as normas gerais de licitações - Lei Federal nr. 8.666, de 21 de junho de 1993 - que o Poder Público promove, age de maneira idêntica. Os arts. 27, IV e 29, III da referida Lei não deixam dúvidas, *verbis*:

„Art. 27 - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à:  
IV - regularidade fiscal.

Art. 29 - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

IV - prova de regularidade para com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;“.

20. Seria absolutamente descabida, então, a conclusão de que por meio desta exigência desejam, na realidade e por via inidônea a União Federal, os Estados e os Municípios o pagamento de seus tributos. Se a doutrina entendesse que esta exigência é maneira inadequada de cobrar tributos, não teria assim se posicionado Lúcia Valle Figueiredo:

„As dívidas com o fisco podem, realmente, resultar em incapacitação econômica para o desenvolvimento do contrato. Todavia, frise-se, a presunção não pode ser *juris et de juris*“ (*in*: Direitos dos Licitantes, 4ª. edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, p. 101).

21. A lição que de tal argumento se depreende é a de que as exigências contidas no art. 77 da CLTMF se encaixam perfeitamente no âmbito constitucional da competência atribuída aos municípios. Veja-se, então. A

União Federal, por força do inciso XXVI do art. 22 da Constituição Federal, é competente para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. E o fez. Ao fazê-lo, exigiu, dentre os critérios para habilitação dos licitantes, a prova de regularidade fiscal. E em momento algum foi reconhecido, seja por tribunal - órgãos produtores da interpretação autêntica -, seja por doutrinadores - os responsáveis pela interpretação não autêntica - que esta imposição aos licitantes adquira feição de forma inadequada de ilegal de cobrança de tributos.

22. Ao elencar as exigências para fins de inscrição no cadastro de contribuintes de ISSQN, o Município de Fortaleza, no restrito âmbito de sua competência, exige igual prova de regularidade fiscal. E, então, passa pelo vexame a Administração Pública Municipal de se ver indevidamente responsabilizada pela imposição de forma oblíqua de cobrança de seus tributos. A prosperar referida hermenêutica, pratica-se, antes de mais nada, profunda injustiça para com a Administração Pública Municipal de Fortaleza, além de, claro, constituir-se tal compreensão em atentado à lógica jurídica.

Nem se diga que tal operação interpretativa seria impossível. O Código Tributário Nacional, quando do art. 108, I, é claro ao permitir a analogia para a solução de conflitos tributários. Como a ressalva feita pelo par. 1º. do referido artigo veda a utilização da analogia para fins de exigência de tributo não previsto em lei, o que aqui decididamente não é o caso, nada obsta que V. Exa. recorra a este exercício analógico para ter como absolutamente constitucional a exigência do art. 77 da CLTMF.

23. Existe mais um argumento desenvolvido pelo Impetrante que, porém, melhor êxito à sua peleja não garante. Este consiste na afirmação de que a exigência contida no art. 77 da CLTMF se revestiria de expressa limitação à liberdade do exercício profissional. Este argumento é, a exemplo do anterior, igualmente inconsistente, pelo fato de que a exigência contra a qual se insurge o Impetrante em nada se liga à limitação da liberdade do exercício profissional.

24. Na verdade, a exigência feita pelo art. 77 da CLTMF se traduz, como demonstrado, na manifestação de seu poder de polícia e não no eventual cerceamento à liberdade do exercício profissional. É, pois, por este ângulo, que deve ser analisada a questão, e não pelo inverso, como pretende o Impetrante.

25. Já se teceu aqui alguns comentários sobre as limitações que o Poder Público pode legalmente impor aos cidadãos, em virtude de lei que

visão à garantia da segurança, higiene etc. coletivas. Disse-se, também, que esta intervenção é produto do estado democrático e social, assim analisado sob a sua forma de estado intervencionista dos dias de hoje.

26. Sobre referido tema já se ocupou a jurisprudência estrangeira, notadamente a do Tribunal Federal Constitucional alemão, o *Bundesverfassungsgericht*.

27. Num acórdão de 1º de março de 1978 decidiu o referido Tribunal que o fato de que as universidades do estado da federação alemã de Hessen exigissem de seus professores a prestação de informações sobre as conseqüências sociais de pesquisas científicas qualificadas de perigosas em nada interfere na chamada liberdade científica de cátedra (*Wissenschaftsfreiheit*). As traduções do idioma alemão aqui citadas são livres e de autoria do Procurador do Município que a esta subscreve, que assume inteira responsabilidade pelo seu teor); liberdade esta protegida pelo Art. 5 III da Lei Fundamental alemã.

28. Afirma o acórdão:

„Os conflitos entre a garantia da liberdade científica e a proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente garantidos devem ser, portanto, solucionados segundo o critério da ordem de valores fundamentais, tendo em consideração a unidade destes valores de sistema através da interpretação constitucional“ (in: *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 33, 1978, pp. 1621/1622. Cópia do texto original foi a esta prestação de informações anexada.

29. Solidificando seu entendimento de que uma exigência advinda do Poder Público em nada colide com garantia da liberdade do exercício profissional, mas sim é parte de um conjunto socialmente integrado por imposição do caráter sistemático que todo texto constitucional possui e assim deve ser visto, tanto pelo intérprete, como pelo doutrinador, ou ainda como pelo aplicador do direito, decide o Tribunal que:

„Objetivo e finalidade desta obrigação [do cientista de levar em consideração o interesse da comunidade ao se envolver em pesquisa que possa ser qualificada de danosa ao bem comum] é lembrar aos cientistas a sua responsabilidade perante a coletividade e proteger esta coletividade de efeitos perigosos destas pesquisas“.

30. É também nesta direção que deve ser entendida a exigência que a Administração Fazendária de Fortaleza faz quando se seu art. 77 da CLTME. A operação lógico-jurídica realizada pelo Tribunal Constitucional alemão se aplica ao caso, exatamente porque ela desvincula uma dada imposição legal que apenas permite a materialização do exercício do poder de polícia do estado de uma eventual lesão ou ameaça a direito constitucionalmente garantido, passando a entendê-los não como antagônicos ou excludentes entre si, porém na qualidade de complementares, por força do caráter constitucional conferido ao estado brasileiro (e ao alemão também): democrático, de direito, intervencionista.

31. A lição que aqui permanece é a de que a Constituição não se contradiz. Isto significa dizer que a competência municipal para exercer o poder de polícia é absolutamente compatível com o direito constitucionalmente discriminado da liberdade do exercício profissional.

Por tudo o que aqui informado e discutido foi, e que explicita a mais absoluta conformidade legal da exigência pelo Impetrante definida como abusiva e ilegal, fica requerida a V. Exa. a denegação da segurança, para manter a obrigação de o Impetrante apresentar a documentação necessária exigida, para que esta Secretaria de Finanças proceda à sua inscrição no cadastro de contribuintes do ISSQN.

E. Deferimento.

Fortaleza, 13 de outubro de 1998.

**ROBERTO GERSON GRADVOLL**  
Secretário de Finanças do Município de Fortaleza

assistido por

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA.**  
Procurador do Município - Mat. 15019-1.  
OAB-Ce. 6840.

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA - CEARÁ.**

**Processo  
98.02.33930 - 0**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, nos autos da ação de interdito proibitório promovida por EMPRESA HOTELEIRA CHALEX, vem, com o devido respeito, por intermédio de seu procurador que esta subscreve, expor e ao final requerer o quanto segue:

A parte autora requereu e obteve medida liminar que estabeleceu a ordem proibitória e cominou pena pecuniária, sem que a parte promovida tenha sido ouvida.

Agora, reunidos os documentos e estabelecidos os contornos da situação de fato, tem condições O Poder Público Municipal de demonstrar e provar a precariedade e abuso da posse exercida pela parte promovente.

Fundamental, no discurso da inicial que ... "o muro construído pelo autor como disse, há mais de 15 anos, está inquestionavelmente dentro dos limites da sua posse".

Prova de que, para construir o muro, não esteve a parte adstrita a área de sua propriedade, ou seja, o erigiu além da área que conferia o seu título de domínio o que caracteriza a manifestada má fé da posse.

Não é apenas.

Conforme se pode provar com os documentos, seus títulos aquisitivos já grafavam, desde 23.10.79, uma faixa de 16 metros, destinada a abertura de uma via pública. AFETAÇÃO DE ORDEM PÚBLICA, que, por meio desta ação possessória, tenta ser desconstituída.

Fato é que, por intermédio de uma construção irregular de um muro, o que qualifica a má fé da posse, a empresa autora se apossa de área que deveria ser de uso comum do povo, uma via de essencial importância para o sistema viário da Capital.

Por duas questões de ordem processual a ação não merece amparo: a primeira delas consubstanciada no que dispõem os incisos I e II do art. 14 da regra de processo que exige das partes, a obrigação de consignar a verdade e agir de boa fé. A segunda, não menos imperiosa, diz respeito ao rigor que se deve acolher na concessão de medida liminar, em sede de interdito:

"Nos interditos, a expedição de mandado proibitório com



cominação de pena cominatória de pena pecuniária depende de concessão de liminar precedida de justificação" (RJTAMG 28/60 - in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotônio Negrão - 27ª Edição - pag. 592).

Na espécie, foram concedidas a ordem proibitória e a pena, sem que o Poder Público tenha sido ouvido e sem a prévia justificação exigida.

Nestas circunstâncias, se opera constrição contrária à ordem processual que não poderá subsistir.

Razões pelas quais, confiada na ponderação e na necessidade de se preservar axiomas processuais e, por mais, proteger o direito e interesses públicos, vem o Município requerer que, revendo o ato próprio, se digne V. Exa. de acolher a exegese exposta para revogar a liminar concedida e o arbitramento da pena para determinar a justificação prévia orientada, concedendo oportunidade para que o Poder Público, em breve cognição, demonstre a injustiça que a situação encerra.

N. Termos,  
P. Deferimento.

Fortaleza, 07 de junho de 1999

**STEFENSON PINHEIRO SILVA**  
Procurador

**EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.**

**PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR**  
Concedida nos autos do Mandado de Segurança  
nº 98.02.10971-1. 5ª Vara da Fazenda Pública.

**O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador signatário, vem, respeitosamente à presença de V.Exa., apresentar o presente pedido de suspensão de medida liminar, concedida nos autos do processo em epígrafe, nos termos das razões de fato e direito a seguir expostas:**

Conforme determina o art. 4º da Lei Federal 4.348 de 26 de junho de 1964, é permitida, através de requerimento da pessoa jurídica de direito público, interessada no mandado de segurança, a postulação perante ao Presidente do Tribunal de Justiça competente, da suspensão dos efeitos da liminar ou da sentença proferida em ação de tal natureza.

Tal possibilidade de suspensão da execução de liminar já era reconhecida pela Lei 191/36, art.13, repetida no CPC de 1939, em seu art. 328, o qual foi abolido pela Lei 1.533/51, renascendo no art. 4º da Lei 4.348/64 aludida, consoante magistério de Pedro dos Santos Barcelos, " Medidas liminares em mandado de segurança. Suspensão de execução de medida liminar. Suspensão de execução de sentença", em RT 663, pág. 45.

A suspensão de liminar ou dos efeitos da sentença de mandado de segurança é justificável quando a decisão concessiva possa afetar, de algum modo, a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse público, possibilitando a sua sustação ou os seus efeitos, até decisão final do mandado.

No que diz respeito a expressão ordem pública, Hely Lopes Meirelles, em seu "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data", Ed. Malheiros, 17ª ed., 1996, atualizada por Arnaldo Wald, pág. 64, recordando a interpretação dada pelo então Presidente do TFR e atual Ministro do STF, José Neri da Silveira, assevera que :

" nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridade constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito

de ordem pública para que o Presidente do Tribunal Competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna."

Sobre o tema, oportuno o aresto a seguir do Supremo Tribunal

Federal:

**"CONCESSÃO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.**

Art. 297 do regimento interno:

A medida excepcional é cabível para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e a à economia pública, não somente nos casos em que se verificam os atentados aos altos valores protegidos pela norma, como naqueles casos em que o cumprimento imediato do julgado ou da liminar pode ferir ou ameaçar os interesses legalmente protegidos.

Agravo Regimental Improvido".

(Revista Trimestral de Jurisprudência-Vol.118, pág.861).

No caso em tela trata-se de liminar concedida em mandado de segurança impetrado por Rivelino Zeferino Ribeiro contra ato do Secretário da Secretaria Executiva Regional IV, alegando que o auto de interdição de seu estabelecimento comercial inobservara a Lei Municipal nº 8.097/97.

A liminar na forma como fora concedida, se deu mais pela habilidade do impetrante, ao utilizar de má-fé na sua exordial, do que pela verdade dos fatos no caso em mira (ver cópia da inicial e do despacho concessivo da medida liminar, docs. 01 e 02).

Procurou o impetrante, em sua ação mandamental, demonstrar ao juízo a quo, que a Municipalidade não atendeu, no seu entender, as determinações legais pertinentes, ao ter seu estabelecimento comercial interdito pelos fiscais do órgão fiscalizador da Secretária Executiva Regional IV.

Investe o Sr. Rivelino Zeferino Ribeiro que o auto de interdição deveria ser precedido de duas notificações, nos termos do art. 9º da Lei 8.097/97 referida, alegando que tais notificações não ocorreram; por outro lado, continua o impetrante, na sua aventura jurídica, que a suposta defesa administrativa apresentada no órgão competente não fora sequer respondida.

Na verdade, nobre julgador, o auto de interdição em comento fora lavrado no dia 27 de março de 1998(doc.03), após o infrator em questão ter sido notificado por duas outras vezes(doc.04 e 05), ademais, o relatório de notificações exarado pela Secretaria Executiva aludida, demonstra que o

impetrante é useiro e vezeiro na prática de atividades nocivas ao bem-estar de sua coletividade(doc. 06).

O que ocorreu na espécie, no aspecto fático da questão, é que o Sr. Rivelino, proprietário do estabelecimento comercial denominado Churrascaria Tropicana, localizado na Av. Godofredo Maciel, 681-A, Maraponga ao realizar os seus eventos noturnos, mais precisamente às sextas feiras, utiliza os equipamentos sonoros que perturbam o sossego e saúde da coletividade circunvizinha, haja vista o barulho ensurdecedor de tais equipamentos.

Após inúmeras reclamações dos vizinhos do estabelecimento comercial em referência, principalmente de pessoas idosas e de trabalhadores, que precisam de uma noite completa de sono para que se alcance um completo restabelecimento de suas energias, as mesmas ficaram impossibilitadas de um dos mais sagrados direitos da pessoa humana, o direito ao silêncio e repouso noturno. Foi neste momento que a Secretaria Municipal em destaque, usando de suas atribuições legais, utilizando o procedimento em casos de tal natureza, notificou o infrator por três vezes seguida, ver documentação referida, sem no entanto, alcançar o objetivo público embutido em tais notificações.

Para a surpresa da Secretaria Municipal em evidência, o infrator, de forma habilidosa, impetra mandado de segurança, sob o páldio fundamento de que a Municipalidade não obedeceu às prescrições estabelecidas na Lei Municipal nº 8.097/97, que estabelece medidas de combate à poluição sonora, onde no azo, a Meritíssima Juíza da 5ª Vara dos feitos da Fazenda Pública concedeu liminar, sem atentar, data vênica, para a falta de prova dos fatos alegados pela impetração mandamental em comento, ou seja a Ilustre magistrada não percebeu que em sede de mandado de segurança a prova deve ser pré-constituída, o que não ocorreu nos autos do mandamus.

A pretensão do impetrante não encontra respaldo legal no caso em tela, inexistente direito líquido e certo violado pelo Secretário da Secretaria Executiva Regional IV, apontado como autoridade coatora.

O ato administrativo de interdição da Churrascaria Tropicana, de propriedade do impetrante, atendeu a todos os requisitos necessários de validade utilizados na Administração Pública.

No caso em espécie, verifica-se facilmente, consoante documentação ora anexada, que o impetrante utilizou de profunda má-fé, ao alterar a verdade dos fatos.

Diante das notificações aludidas, datadas de 14/11/97 e 22/11/97, respectivamente, bem como do relatório de notificações, expedido pela

Secretaria Executiva Regional IV, em nome do infrator Rivelino Zeferino Ribeiro, constata-se que o impetrante tem o costume anti-social na prática de utilizar equipamentos sonoros ultrapassando o limite permitido pelo Código de Obras e Posturas desta Cidade.

As notificações ocorreram, como se vê da documentação inclusa, motivadas pela inobservância do Código de Obras e Postura deste Município, mais precisamente no capítulo XLI, seção II, Da Poluição Sonora, o qual determina em seu artigo 617, in verbis:

" Art. 617- É proibido perturbar o bem estar e o sossego públicos ou da vizinhança, com ruídos, algazarra, barulhos ou sons de qualquer natureza, produzidos por qualquer forma, que ultrapassem os níveis máximos de intensidade fixados em lei."

A legislação atinente, bem como recomendação da EB - 386/74 da ABNT, estabelece que o máximo permitido em casos de tal natureza é de no máximo 60 decibéis. No caso em análise, nos termos das notificações mencionadas, foram detectados níveis de até 90db, o que comprova a completa desobediência, por parte do impetrante, do dispositivo legal citado.

Por sua vez, a alegação do impetrante, comunicando que o órgão fiscalizador da Secretaria Executiva não atentou o que prescreve a Lei Municipal nº 8.097/97, não poderá vingar, no caso em tela, tendo em vista que o dispositivo legal ainda não se encontrava em vigor. A lei supra é de 02 de dezembro de 1997, enquanto as notificações remontam ao mês de novembro do mesmo ano.

Referidas notificações, embasadas na legislação em vigor à época da infrações, Código de Obras e Posturas, no que se refere a poluição sonora, fundamentaram o ato administrativo de interdição praticado pela Secretaria Executiva Regional.

Estabelece o artigo 745 do Código do Código de Obras e Posturas desta cidade:

" Art. 745- A Prefeitura poderá interditar qualquer área, edificação ou atividade que, pelas suas más condições de limpeza, salubridade, asseio e segurança, possa trazer perigo à saúde, ao bem-estar ou à vida dos respectivos usuários ou dos usuários das edificações vizinhas."

Vale reforçar aqui, a má-fé do impetrante ao dizer que ingressou com a defesa administrativa e, no entanto, não obteve qualquer pronunciamento, por parte do órgão fiscalizador. Tal afirmação não encontra respaldo legal na sua impetração mandamental, uma vez que não se encontra nos autos prova de tal procedimento defensivo, e em sede de Mandado de

Segurança a prova, como dito acima, deve ser pré-constituída.

Neste contexto, o ato administrativo que acarretou a interdição do estabelecimento comercial do impetrante operou-se em perfeita consonância com os imperativos requisitos legais pertinentes, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo.

Fica caracterizado, portanto a legalidade do auto de interdição praticado pelo órgão municipal competente, respaldado no Código de Obras e Posturas do Município, haja vista a atividade nociva praticada pelo impetrante contra o sossego dos moradores circunvizinhos ao comércio do infrator.

Não compete ao Poder Judiciário o controle sobre o mérito dos atos administrativos, mas unicamente o controle da legalidade de tais atos, no caso em tela, toda a alegação do impetrante de violação do seu direito líquido e certo não encontra guarida, uma vez que o mandamus foi totalmente fundamentado em Lei que ainda não estava em vigor ao tempo das infrações e respectivas notificações.

Entre as características do ato administrativos, espécie do ato jurídico, emanados do Poder Público, encontramos a presunção de legitimidade, a qual milita em seu favor presunção juris tantum de veracidade, sendo imperativa a cabal demonstração de prova em contrário.

Sobre a presunção de legitimidade dos atos administrativos, aduz o mestre Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 21ª edição, 1996, pág. 141:

" Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para só após dar-lhes execução.

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

A *eficácia* é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. Pressupõe, portanto, a realização de

odas as fases e operações necessárias à formação do ato final, segundo o Direito Positivo vigente."

Por outro lado, o auto de interdição em destaque é decorrente do Poder de Polícia Administrativa, em que a Administração estabelece normas obrigatórias aos administrados, visando submeter as atividades de liberdade pessoal e de propriedade privada nos limites exigidos pela coletividade, devendo o interesse público prevalecer sobre o privado.

Sobre o conceito de Poder de Polícia, assevera o mesmo doutrinador acima:

*"Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.*

*Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelam contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar, ao desenvolvimento e à segurança nacional".*

Vale repassar aqui, trechos das informações prestadas pelo Secretário da Secretaria Executiva Regional IV., no mandado de segurança em questão, e que são de grande valia para a comprovação da legalidade do auto de interdição do estabelecimento comercial do impetrante, vejamos:

*"Interessante observar no caso em mira, que mesmo aplicando a Lei 8.097/97 aludida, verifica-se o fiel cumprimento, por parte desta Secretaria Regional, em relação a legalidade do auto de interdição em foco, uma vez que no seu artigo 9º fica determinada a cassação do alvará de funcionamento após a terceira autuação, o que realmente ocorreu no presente feito, pois, como ficou amplamente demonstrado, o impetrante fora notificado duas vezes antes da interdição de seu estabelecimento comercial.*

As normas de Direito Urbanístico, notadamente o Código de Obras e Posturas do Município, a Lei de Uso e Ocupação do Solo e a Lei que dispõe sobre medidas de combate a poluição sonora encontram como suporte maior o princípio constitucional da função social da propriedade, estabelecido no artigo 182, §1º e §2º de nossa Magna Carta.

Por raciocínio lógico, conclui-se que as normas de Direito Urbanístico, as quais fundamentaram o auto de interdição em referência, comprovam a legalidade do procedimento utilizado por esta Secretaria no

presente caso, não ocorrendo nenhuma violação de direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as referidas normas encontram guarida na própria Constituição Federal.

Desta forma, não houve nenhuma conduta abusiva e violadora deste Secretário no caso em questão, levando-se em consideração a completa obediência ao princípio de legalidade estatuído no artigo 37 da Constituição da República, ao se determinar a interdição do estabelecimento comercial do impetrante.

Importante lembrar, que o próprio impetrante reconhece em sua exordial, que o motivo da fiscalização que culminou na interdição de seu estabelecimento foi exatamente as reclamações dos vizinhos da Churrascaria Tropicana, ao afirmar que o som emitido pelos seus equipamentos sonoros causavam inúmeros incômodos.

Destarte, o procedimento adotado por este Secretário, no caso em tela, está caracterizado por sua completa legalidade, tendo em vista que o auto de interdição fora precedido de três notificações, deixando o impetrante de apresentar qualquer defesa em nível administrativo, ao contrário, continuou na prática de sua atividade nociva, perturbadora do sossego e bem estar da coletividade circunvizinha ao seu estabelecimento comercial, muito embora o impetrante tenha afirmado que apresentou peça defensiva no processo administrativo respectivo. Tal afirmação, em face do peculiar procedimento em ação mandamental deve ser desconsiderada, haja vista a necessária apresentação de prova pré-constituída em processo judicial desta jaez".

Destarte, o auto de interdição exarado pelo Secretário da Regional IV., diante da documentação inclusa, bem como do fiel cumprimento do procedimento legal adotado, não vislumbra, no caso em análise, qualquer violação de direito líquido e certo do impetrante, ao contrário o ato administrativo fora realizado com todos os requisitos legais pertinentes.

Desta forma, tendo em vista que medida liminar fora concedida em discordância com a realidade dos fatos, e principalmente porque a manutenção de tal medida, além de contrariar a Constituição Federal, a Lei Orgânica do Município de Fortaleza e o Código de Obras e Posturas alencarino, acarreta sérios transtornos à coletividade circunvizinha ao estabelecimento comercial do impetrante, no que se refere ao barulho ensurdecador de seus equipamentos sonoros, impossibilitando o sossego, o bem-estar, a saúde e a própria ordem pública, espera o requerente, diante do conhecido e profundo siso deste preclaro Presidente, a suspensão dos efeitos da medida liminar concedida, restaurando para a Prefeitura Municipal

de Fortaleza, o poder de polícia, que no caso em destaque, visa unicamente a obediência aos preceitos legais e aos inadiáveis interesses públicos em questão.

Nestes termos,  
pede deferimento.

Fortaleza, 14 de maio de 1998.

**JOSÉ SOARES DE SOUZA NETO.**  
Procurador do Município.  
Mat. 22234.1-4

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE  
DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
NO RECURSO ESPECIAL  
Nº 61.731-CE**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador alfim firmado, vem, em hábil tempo e na forma preconizada em lei, e supedâneo no art. 102, inc. III, alínea "a" e "b", da Constituição Federal, art. 268, inc. II, do Regimento Interno dessa Corte de Justiça, perante VOSSA EXCELÊNCIA interpor o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO, fazendo-o pelas razões inclusas.

Assim, requer a VOSSA EXCELÊNCIA seja o presente recurso admitido e determinada a sua remessa ao Colendo Supremo Tribunal Federal, que com certeza lhe dará guarida.

N. Termos.

P. Deferimento.

Fortaleza/CE- Brasília/DE, 30 de agosto de 1999.

**FCO. DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO**  
Procurador do Município  
Matrícula 24.797-1

## RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### COLENDO TRIBUNAL.

Ao presente recurso merece ser dado provimento, senão, vejamos.

A lesão de Ordem Pública, como se verá, está caracterizada no aresto que negou provimento aos Embargos de Declaração(2ª) interposto pelo Recorrente no Recurso Especial nº 61.371-CE. O interesse público mediato e imediato foi por ele transgredido e ameaçado diante da iniciativa da Primeira Turma, que reformou o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sendo destarte, ofensiva, *data vênia*, a regulação processual pertinente, a partir das normas constitucionais processuais.

Visando coibir o abuso a ser demonstrado, cabe ao Judiciário reapreciar a questão, e fazer cessar, de logo, os efeitos do acórdão, e que está causando sérios prejuízos ao Município, dentro do enfoque verdadeiramente justo.

Outrossim torna-se necessário o conhecimento, por V.Exa., da matéria fática pertinente e do direito, bem como do cabimento do presente Recurso Extraordinário para o seu deferimento, que passamos a expor:

## I - DOS FATOS E DO DIREITO

O Sr. JOSÉ JONATAS DE OLIVEIRA ajuizou AÇÃO DE RETROCESSÃO contra o MUNICÍPIO DE FORTALEZA e o Sr. MANOEL NESTOR TEIXEIRA e s/m TEREZA DE JESUS ALVES TEIXEIRA, visando: "DECLARAR INCONSTITUCIONAL, "incídentem tantum" a Lei municipal nº 4.619, de 02.12.75 e a Portaria nº 0035, publicada no DOM. nº 5888, de 13.4.76. com base nas quais a SUMOV, representada pela EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO - EMLURB, transferiu a MANOEL NESTOR TEIXEIRA e sua MULHER o domínio e a posse da área remanescente à desapropriação, que fora de propriedade do autor, constante do item "3" desta peça inaugural, e, em consequência, anular a transação retro mencionada, fazendo retroceder ao patrimônio do autor o referido imóvel, livre de qualquer edificação que haja nele sido construída, bem como, livre de qualquer ônus existente sobre tal imóvel, porém com o pagamento, por parte do autor, do valor correspondente à ilegal transação ocorrida, qual seja, CR\$ 34.420,99 (conforme docs. 04, 07 e 080, em data de 26.6.85, devidamente atualizados".

Sendo que devidamente citados, os Promovidos apresentaram contestações, a do Sr. Manoel Nestor Teixeira e s/m Tereza De Jesus Alves Teixeira repousando às fls. 51/57, e a do Município de Fortaleza às fls. 96/99.

Ao contestar o feito o Município alegou, em preliminar, o instituto da prescrição e no mérito rebateu toda a argumentação expendida pelo Autor.

Adveio a sentença, que pugnou pela improcedência da ação.

A parte recorrida interpôs apelação, sem contudo, obter êxito.

Irresignada, interpôs Recurso Especial, o qual foi provido.

Contra a decisão da Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o Município apresentou Embargos de Declaração, os quais foram acolhidos em parte.

Desta segunda decisão, o Recorrente interpôs novos Embargos, desta feita, por omissão contra ponto que deveria se manifestar, e o principal destaca-se: ESCLARECER DÚVIDAS QUANTO AO PRAZO PRESCRICIONAL. MESMO QUE CONSIDERE A AÇÃO DE



RETROCESSÃO UMA AÇÃO REAL, sendo rejeitados os embargos, vejamos a decisão:

**"EMENTA:**

**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS (2º). ALEGAÇÃO DE OMISSÃO EM RELAÇÃO À MATÉRIA JÁ PRECLUSA. IMPOSSIBILIDADE.**

Os segundos embargos de declaração, somente podem fundar-se em defeições (omissões) existentes no acórdão que julgou os primeiros embargos. Não alegados, nos primeiros embargos, quaisquer dos defeitos previstos em lei (CPC, art. 535), a matéria preclui, não se erigindo em fundamento para o segundo pedido de esclarecimentos.

In casu, não se há de falar em contradição ou obscuridade por ter havido conflito entre o pedido do autor (na inicial e no especial), desde que o autor reconheceu ter havido imissão na posse do imóvel, resolvendo-se a questão em perdas e danos. Essa matéria já foi clara e precisamente julgada nos primeiros embargos (vide acórdão), cujo trecho é transcrito pelo próprio embargante na petição de fls. 59. A questão relativa as perdas e danos, por reconhecimento ou não do autor (embargado) está superada - preclusa - por sobre ela já se ter expendido decisão fundamentada.

Rejeição de ambos os embargos. Decisão unânime."

Com a nova decisão, (em que foi negado provimento aos Embargos de Declaração), a qual contraria a Constituição Federal, o que ensejou o presente Recurso Extraordinário, pelos argumentos adiante expendidos, senão, vejamos.

Na verdade, Douto Ministro, o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, em 24 de janeiro de 1973, desapropriou, através do Decreto nº 3.998 (doc. 01), o imóvel de propriedade do Recorrido, com uma área total de 2.165,17m<sup>2</sup>, sendo que após a ampliação da Av. José Bastos, restou um remanescente do imóvel com uma área de 1.044,00m<sup>2</sup> que não fora utilizada pelo Recorrente, a qual é objeto da Ação de Retrocessão.

Ao ajuizar a referida Ação em 24 de junho de 1993, o Recorrido informou que só tomou ciência da transferência do imóvel para o Sr. Manoel Nestor Teixeira e s/m Tereza de Jesus Alves Teixeira somente em 24 de junho de 1985 (doc. 02), quando a área remanescente fora permutada.

Durante toda a demanda judicial, o Município argüiu a prescrição do direito de ação do recorrido, inclusive nos últimos embargos.

Douto Ministro, a ação está prescrita, vez que em 16 de dezembro de 1974, com a edição do Decreto nº 4.406 (doc. 03), o Município de Fortaleza transferiu para a EMURF "OS IMÓVEIS REMANESCENTES DAS DESAPROPRIAÇÕES PROCEDIDAS PARA A CONSTRUÇÃO DA AVENIDA PRESIDENTE CASTELO BRANCO E AVENIDA JOSÉ BASTOS SERÃO TRANSFERIDOS PARA A EMURF, NOS TERMOS DO ART 3º DA SUPRACITADA LEI" (Art. 1º, do Decreto; anexamos, ainda, a cópia da lei mencionada no Decreto - doc. 04)

É de bom alvitre ressaltar que AS ÁREAS REMANESCENTES DOS IMÓVEIS FORAM TRANSFERIDOS PARA A EMURF - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO (doc. 05).

E com a publicação do susodito Decreto, 16 de dezembro de 1974, INICIARIA AQUI, O "DIAS A QUO" DA PRESCRIÇÃO.

SENDO QUE, APÓS A CIÊNCIA DO DECRETO PUBLICADO ATÉ O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE RETROCESSÃO, JÁ TINHAM SE PASSADOS 19 ANOS, e como foi considerada a ação de retrocessão, como uma ação de direito real, a qual prescreve em 10 (dez) anos; inadvertidamente a Primeira Turma do STJ entendeu como vintenária, o que praticamente declarou a inconstitucionalidade do art. 177 do Código Civil Brasileiro (um dos motivos do cabimento do Recurso Extraordinário adiante exposto).

E ao não apreciar esta alegação nos segundos embargos, sob a alegativa da preclusão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também não prestou a devida tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal), e também não motivou a sua decisão (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal), motivos embaixadores do cabimento do Recurso Extraordinário, adiante expostos.

## CABIMENTO DO RECURSO

### I - ART. 102, INCISO III, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### II - POR CONTRARIAR O ART. 30, INC. I, ART. 60, § 4º, INC. I, E ART. 288, TODOS DA CARTA MAGNA

O acórdão da Primeira Turma, embasado no voto do Ministro Relator, assim decidiu:

**"COM ESTAS CONSIDERAÇÕES, CONHEÇO DO RECURSO PELA LETRA "A" E DOU-LHE PROVIMENTO, PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO DE RETROCESSÃO NOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL, EXCLUÍDOS AS PERDAS E DANOS QUE PODEM SER REINVIDICADAS EM AÇÃO PRÓPRIA"**

Ocorre, que o pedido inicial do Autor é para "DECLARAR INCONSTITUCIONAL, "incidenter tantum" a Lei Municipal nº 4.619, de 02.12.75 e a Portaria nº 0035, publicada no DOM. nº 5888, de 13.4.76. com base nas quais a SUMOV, representada pela EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO - EMLURB, transferiu a MANOEL NESTOR TEIXEIRA e sua MULHER o domínio e a posse da área remanescente à desapropriação, que fora de propriedade do autor..."

Por conseguinte, declarou inconstitucional a lei Municipal 4.619, de 02.12.75 e a Portaria nº 0035, o que não pode ocorrer, vez que contraria o art. 30, inciso I e art. 288, ambos da Carta Magna, como segue:

"ART. 30 - COMPETE AOS MUNICÍPIOS:

I - LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL;"

"ART. 288 - A POLÍTICA URBANA EXECUTADA PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL, CONFORME DIRETRIZES GERAIS FIXADAS EM LEI, TEM POR OBJETIVO ORDENAR O PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE E GARANTIR O BEM-ESTAR DE SEUS HABITANTES."

Garantida restou ao Município a autonomia para legislar, sendo uma ofensa à Constituição a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça que declarou a inconstitucionalidade da lei municipal.

Excelência, com a edição da Carta Magna de 1.988, o Município passou a ser visto como uma entidade de Direito Público Interno e membro da Federação, juntamente com a União, Estados-membros e Distrito Federal, gozando de autonomia político-administrativa, com competência própria.

Portanto, a forma como foi decidida a demanda suprime a competência do Município, ferindo, o princípio da autonomia municipal e via de consequência, o princípio constitucional da forma Federativa, cláusula pétrea imutável, prevista no art. 60, § 4º, inc. I da CF, como adiante demonstrará.

A autonomia do Município consolidada na Constituição Federal de 1.988, preceitua que não está subordinado nem à União nem ao Estado-membro, nem ao Distrito Federal, tendo a sua própria competência e sendo uma unidade política de Direito Público Interno, com administração própria que respeite ao seu próprio interesse.

Veja-se, a propósito, o entendimento doutrinário do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Municipal Brasileiro, 9ª Edição Atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes, pág. 83/84, "in verbis":

### "II - SOBERANIA E AUTONOMIA

Soberania é o poder exclusivo e absoluto do estado (nação) de organizar-se e dirigir-se de acordo com a sua vontade incoercível e incontrastável, sancionada pela força. É o poder de autodeterminação. A soberania nacional, nos estados democráticos, emana do poder do povo e em seu nome é exercida (cf. art. 1º, I, e parágrafo único). Como poder de governo, pertencente à nação e só encontra limites na determinação do próprio estado.

Nas federações, como a nossa, a soberania nacional é da união, que a exerce interna e externamente. Os estados-membros e municípios auferem parcelas da soberania interna da união, mas não são soberanos, pois que recebem, apenas, por outorga da constituição, determinados poderes políticos e administrativos, necessários à composição de seu governo e à gestão de seus negócios internos.

Autonomia é prerrogativa política outorgada pela constituição a entidades estatais internas (estados-membros, distrito federal e municípios), para compor o seu governo e prover a sua administração segundo o ordenamento jurídico vigente (cf, art. 18). É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí por que a constituição assegura a autonomia do município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30,i).

Evidencia-se dessa conceituação que os estados-membros, o distrito federal e os municípios não têm soberania, mas têm autonomia para imprimir direção própria nos negócios que lhes são próprios. A despeito dessa distinção, nos primórdios da república, a lei 1, de 15.11.1889, declarou, erroneamente, os estados-membros soberanos, mas a constituição de 1891 e as demais que se seguiram corrigiram o equívoco e reafirmaram a reforma federativa do Brasil, dentro da qual não há lugar para a soberania dos estados-membros, do distrito federal e dos municípios.

.....  
A autonomia não é poder originário. É prerrogativa política concedida e limitada pela constituição federal. Tanto os estados-membros, o distrito federal como os municípios têm a sua autonomia garantida constitucionalmente, não como um poder de auto governo decorrente da soberania nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua administração, nos limites que a lei maior lhes traça. No regime constitucional vigente não nos parece que a autonomia municipal seja delegação do estado-membro ao município para prover a sua administração. É mais que delegação; é faculdade política, reconhecida na própria constituição da república. Há, pois, um mínimo de autonomia constitucional assegurado ao município, e para cuja utilização não depende a comuna de qualquer delegação do estado-membro. Pode, entretanto, o estado-membro delegar atribuições que ampliem as franquias municipais, além das estabelecidas na constituição da república, desde que não se despoje de poderes que lhe são privativos, por se referirem a interesses regionais e não locais. No âmbito municipal há a distinguir, pois, duas ordens de atribuições, que entendem com a sua autonomia: Uma, de origem constitucional federal, e que representa o direito mínimo do município em relação ao estado-membro e à própria união; outra, de concessão estadual, e que representa o direito máximo do município em relação ao estado-membro a que pertence. Quanto as primeiras, são imutáveis e irredutíveis por qualquer lei ou poder; as segundas poderão ser reduzidas, ampliadas ou retiradas pelo estado-membro, por lei idêntica à que as delegou ao município.

No que concerne às atribuições mínimas do município, erigidas

em princípios constitucionais garantidores de sua autonomia (art. 29 e 30), constituem "um verdadeiro direito público subjetivo, oponível ao próprio estado (união), sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem em sua essência. Tal é a opinião do prof. Meirelles teixeira, com apoio nos mais autorizados publicistas pátrios e estrangeiros.

Na utilização desses direitos constitucionais não há prevalência da lei federal ou estadual sobre a municipal. O governo local é que provê a administração em tudo quanto respeite ao interesse local do município, repelindo, por inconstitucional, qualquer intromissão de outro órgão, autoridade ou poder. Só há hierarquia entre as leis quando, por inexistir exclusividade de administração, as três entidades (união - estado-membro - município) regularem concorrentemente a mesma matéria, caso em que a lei municipal cede à estadual, e esta à federal. ImproPRIAMENTE se diz que o município está subordinado à união e ao estado-membro. Não ocorre tal subordinação. O que existe são esferas próprias de ação governamental, que decrescem gradativamente da união para o estado-membro e do estado-membro para o município. Não há, pois, submissão do município ao estado ou à união, porque nenhuma dessas entidades pode substituir o governo local na solução de casos afetos à administração municipal;

O que há é respeito recíproco pelas atribuições privativas de cada qual. Desses princípios é que dimana o cânon constitucional da independência e harmonia dos poderes (art. 2º), e que deve ser entendido não só com relação aos órgãos da soberania nacional (legislativo, executivo e judiciário), mas também com pertinência às entidades da estrutura estatal (união - estados - municípios). Se a união ou o estado-membro, extravasando dos limites de sua competência, invadir a órbita privativa da administração municipal, pode o município recorrer ao judiciário, para compelir o poder federal ou estadual a recolher-se aos lindes que a constituição assinala (cf, art. 34, vii, "c").

E ainda.

### "III - AUTONOMIA MUNICIPAL

A atual constituição da república, além de inscrever a autonomia como prerrogativa intangível do município, capaz de autorizar até a intervenção federal, para mantê-la ou restaurá-la, quando postergada pelo estado-membro (art. 34, viii, "c"), enumera, dentre outros, os seguintes princípios asseguradores dessa mesma autonomia: A) poder de auto-organização; eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores e legislação sobre assuntos de interesse local; b) administração própria, organização dos serviços públicos locais e ordenação do território

municipal; c) decretação de tributos e aplicação das rendas municipais (arts. 29 e 30). Aí está, em síntese, a tríplex autonomia política, administrativa e financeira do município.

Essa enumeração não é taxativa, nem exaure as atribuições municipais, mas constitui o mínimo de autonomia que os estados-membros e a própria união devem reconhecer em favor do município, nada impedindo, todavia, que concedam outras franquias à administração local. No sistema constitucional brasileiro, que é o de poder enumerados, as competências são, em regra, estanques, salvo as que expressamente a lei magna declara concorrentes ou comuns (cf. arts. 23 e 240). Daí a oportuna observação do prof. Odilon de Andrade de que, "delimitada a esfera de competência de cada uma das entidades administrativas - união, estado, município - nenhuma interpenetração pode haver entre elas; nesse sentido é que se diz que, no âmbito de suas atribuições, o município está acima do estado e da união, só podendo refreá-lo o judiciário, por ação própria, quando comete excessos". Ajusta-se essa opinião à dos juristas que consideram a autonomia municipal, assegurada na constituição, como um direito público subjetivo do município para cuja tutela dispõe o seu titular de todas as ações e recursos processuais, oponíveis a qualquer poder, órgão, autoridade ou particular que obste ou embarce o seu exercício".

Já José Carlos Cal Garcia, em sua obra Linhas Mestras da Constituição de 1988, Ed. Saraiva, 1.989, pág. 83, se pronunciava:

"A autonomia municipal na dicção da carta magna, é total no que concerne aos assuntos de interesse local. Esse interesse local, em que pese a aparente redundância, é tudo aquilo que o município, por meio de lei, entender do interesse da sua comunidade. O sistema constitucional autoriza a afirmação. Seria estranho, na realidade, se o município tivesse que auscultar órgãos ou autoridades a ele estranhos, para saber o que é e o que não é do interesse local".

"(...) Assim, cada município é livre para organizar-se, consultando seus interesses, observadas, apenas, as restrições que objetivam manter de pé os marcos que separam as competências das pessoas políticas".

Portanto, a autonomia municipal ficou sobejamente demonstrada, e presentes os elementos definidores da autonomia política do Município. Será inconstitucional a decisão que dispuser sobre as matérias entregues à

competência do Município, e no presente caso, a decisão da Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, deve ser jugulada do campo do direito, por meio do recurso extremo.

#### LII - POR CONTRARIAR O ART. 5º, XXXV, E ART. 37, INC. IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como demonstrado, o Município de Fortaleza ao interpor os Embargos de Declaração (2º) requereu que fosse esclarecida a dúvida com relação ao prazo prescricional, mesmo que considere a ação de retrocessão uma ação de direito real; e, omissão sobre ponto em que deveria se manifestar o acórdão, conversão da ação de retrocessão em perdas e danos.

Entretanto, ao apreciar os Embargos, a Turma alegou a preclusão do direito reclamado pelo Recorrente, sem contudo prestar a devida tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da CF) e sem motivar a sua decisão (art. 37, inc. IX, da CF), o que demonstra que o novo acórdão contraria os dispositivos constitucionais avocados.

A tutela jurisdicional não foi prestada, vez que não apreciou o pedido nos embargos (repeita-se), e como tal, merece reproche, nos termos dos ensinamentos do mestre Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, pág. 197

"in verbis":

"A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito"

"Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do poder judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja inivocável pelos interessados perante o poder judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação"

Destarte, não poderia a Turma deixar de se manifestar sobre a prescrição alegada nos Embargos, pois agindo assim, contrariou a Carta Magna.

Por outro lado, o acórdão ao apreciar a demanda, não entrou no mérito da lide, vez que não se manifestou concisamente sobre a prescrição, resumiu-se a declarar que matéria já estava preclusa, aqui residindo o pecado da decisão, pois lhe faltaram os requisitos da motivação e da fundamentação, garantidos constitucionalmente.

Vejamos os dispositivos avocados em que o acórdão foi omisso, "in verbis":

### CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

"Art. 165 - as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458, as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso"

"Art. 458 - são requisitos essenciais da sentença:

.....  
 li - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito

### CONSTITUIÇÃO FEDERAL

"Art. 93 - (....)

.....  
 IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".

O não atendimento aos artigos, importa em nulidade da decisão, sendo uníssonos os entendimentos jurisprudenciais, abaixo transcritos:

"Decisão judicial que inatende o disposto no cpc 458. De acordo com o comando preconizado no cpc 458, a decisão judicial de mérito pode ser concisa, mas não desmotivada, eis que o fundamento da sentença e a garantia do juiz contra duas pechas que se lhe possam atribuir: O arbítrio e a parcialidade. Carece de fundamentação adequada o aresto que, ao invés de discutir e dirimir as questões fáticas e jurídicas ajustadas pelas partes, no processo, limita-se a fazer remissão a um parecer jurídico, o qual não se detém na apreciação e desate dos argumentos de uma das partes (a recorrente). In casu, o acórdão recorrido, em leitura isolada do parecer, torna-se de impossível compreensão, comprometendo o preceito do cpc 458. Recurso provido para anular a decisão recorrida ( STJ, 1ª T, Resp 15288-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., j. 10.2.1993, DJU 15.3.1993, p. 3784)" (In. Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade

Nery, Editora, Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pg. 823.)

No mesmo diapasão é o entendimento doutrinário do mestre Moacyr Amaral Santos, "in" Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 7ª Edição, vol. IV, pgs. 400/401, ranscrito na lauda seguinte:

"O juiz, aqui, motivará a sua convicção quanto aos fatos da causa. Dará as razões do seu convencimento, que, embora sendo livre, não pode deixar de ser motivado: "... Deverá indicar na decisão os motivos que lhe formaram o convencimento" (art.131). Desse modo, chega aos fundamentos de fato do juízo lógico, que é a sentença, que será o resultado de uma série de observações e raciocínios.

Igualmente, apreciará os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, aos quais, entretanto, não estará adstrito, cabendo-lhe apontar a norma aplicável à espécie, conforme lhe ditar a convicção. Nisso consistirão os fundamentos de direito, do juízo lógico, premissa maior do silogismo final, do qual extrairá a decisão.

Desse modo, com as exposição das mais variadas operações lógicas desenvolvidas no exame dos fatos e do direito, o juiz oferece os motivos da decisão, os quais emergem dos fatores conducentes à formação da convicção. Por isso, a essa parte da sentença se dá a denominação de motivação, discussão ou fundamentação.

É nessa parte da sentença, na discussão das questões de fato e de direito, que se examinam as questões preliminares ou prejudiciais, como tais consideradas aquelas a serem resolvidas antes do mérito, sejam de ordem processual, sejam de ordem substancial.

.....  
 Por vários argumentos justifica-se a exigência da motivação da sentença.

Veja-se, ainda, o entendimento do mestre Nelson Nery Júnior, em sua obra Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, ed. Revista dos Tribunais, 1.992, São Paulo - SP, pág. 157, "in verbis":

"29 - Sanção pela não observância do princípio.

Caso não sejam obedecidas as normas do art. 93, ns. Ix e x da constituição federal, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do poder judiciário acarreta a pena de nulidade dessas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional.

E ainda:

Interessante observar que normalmente a constituição federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direito e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade, que o legislador constituuinte abandonando a técnica de elaboração da constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade".

Assim Douto Ministro, o acórdão foi omisso em relação a ausência da prestação da tutela jurisdicional e da ausência de motivação e fundamentação, motivos que ensejaram o presente recurso.

Por último, não poderia ser arguida como embasamento de sua decisão a argumentação de que a matéria está preclusa, veja-se a propósito o entendimento jurisprudencial.

"241 - Matéria prejudicial - inexistência de preclusão.

A preclusão suscitada como preliminar na contestação constitui matéria prejudicial que se pode integrar no mérito da demanda. Como possa ser argüida em qualquer instância pela parte a quem aproveita, segundo o disposto no art. 162 do código civil, ainda que o juiz deixe de apreciá-la na sentença, omitindo-se a respeito, cabe ao tribunal julgá-la ao decidir o recurso, por isso que o efeito da apelação tanto lhe permite (Ac. unân. da 6ª Câm. Civ. Do 2º TA-Civ.-SP, rel. juiz Vieira de Moraes)", citado por Ulderico Pires de dos Santos, em sua obra Prescrição, Doutrina, Jurisprudência e Prática, 2ª Ed., Ed. Forense, 1990, Rio de Janeiro - RJ, pág. 294

## II - POR DECLARAR INCONSTITUCIONAL LEI FEDERAL (ART.102, INCISO III, ALÍNEA "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

### II.1 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART.177, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial (primeira decisão), sobre a AÇÃO DE RETROCESSÃO, no que pese ao prazo PRESCRICIONAL, assim se manifestou:

"Afasto, entretanto, o óbice da prescrição. É que, ao lado de vários juristas, entendo que a ação de "retrocessão" que se equipara por sua natureza jurídica e, até pelos efeitos, a reivindicatória, é ação "real" com prescrição vintenária"

Como visto, reconhece se tratar de AÇÃO REAL, E SEGUNDO O ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL, COM PRAZO PRESCRICIONAL DE 10 (DEZ) ANOS, E NÃO VINTENÁRIA, veja-se o artigo:

"Art. 177 - as ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em poderiam ter sido propostas" (grifos e versais meus).

Portanto, como a Turma, entendendo ser a ação de retrocessão uma ação real, equivocou-se ao reconhecer que sua prescrição é vintenária, É SIM, DE 10 (DEZ) ANOS A PRESCRIÇÃO, e agindo assim, fez inconstitucional o art. 177 do Código Civil Brasileiro, razão porque é simplesmente cabível o presente recurso.

### II.2 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35, DO DECRETO LEI 3.365, DE 21.06.1941

Outro aspecto que não reconheceu o acórdão, foi no tópico em que se pronunciou sobre a procedência da ação de retrocessão, qual seja: "Com estas considerações, conheço do recurso pela letra "a" e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação de retrocessão, nos termos do pedido inicial, excluídos as perdas e danos que podem ser reivindicadas em ação própria"

Ao se pronunciar desta forma, o Superior Tribunal de Justiça violou o disposto no art. 35 do Decreto Lei 3.365, DE 21.06.1941, "in verbis":

"Art. 35 - os bens expropriados, uma vez incorporados à fazenda pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade de processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos"

Na mesma tecla é o entendimento jurisprudencial, e que nos

reportamos às decisões transcritas nos Embargos de Declaração (2ª), o qual faz parte integrante do presente recurso.

Não observando o dispositivo acima, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, fez inconstitucional o decreto.

### DO PEDIDO

Por todo o exposto, e ratificando as razões expostas nos dois Embargos de Declaração, pelo que se requer de logo façam parte integrante do presente Recurso Extraordinário, o MUNICÍPIO DE FORTALEZA requer a VOSSA EXCELENCIA se digne receber o presente recurso, por tempestivo, e dar-lhe provimento, reformando "in totum" a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, primeiro, pelo cabimento indiscutível do remédio extremo, consoante as argumentações anteriores, e segundo, determinar a reforma daquela decisão, vez que contrária a Constituição Federal, e aos demais dispositivos avocados, declarando a nulidade do acórdão recorrido, reconhecendo a prescrição do direito da Ação de Retrocessão ajuizada pelo recorrido (JOSÉ JONATAS DE OLIVEIRA), condenando-o no ônus da sucumbência.

N. Termos.

P. Deferimento.

Fortaleza/CE - Brasília/DF, 30 de agosto de 1999

**FCO. DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO**

Procurador do Município  
Matrícula 24.797-1

