

Centro de Estudos e Treinamento  
- CETREI -

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

**Fortaleza (CE) - 1994**

## SUMÁRIO

	Pág.
APRESENTAÇÃO .....	11
1 - DOCTRINA	
1.1 - NATUREZA JURÍCA DA "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS". SUA MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE. Roque Antonio Carrazza .....	13
1.2 - MANDADO DE INJUNÇÃO Antonia Lima Sousa .....	81
1.3 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE Magno Gomes de Oliveira .....	104
1.4 - A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO Rosaura Brito Bastos Pinto Martins .....	126
1.5 - O IPTU E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS José Vidal Silva Neto .....	143
1.6 - A FALSIDADE DA PROVA PERICIAL COMO CAUSA DA RESCINDIBILIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO Marcio Andrade Torres .....	153
1.7 - HÁ LACUNAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO ? Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz .....	161
1.8 - DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Antonio Carlos Azevedo Costa .....	188
1.9 - PREQUESTIONAMENTO, A LEI FEDERAL E A INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO Antonio Edvando Elias de França .....	193
1.10 - BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SOCIAL À INFORMAÇÃO Fátima Maria Nunes Memória de Andrade .....	196
1.11 - SOLO CRIADO E DIREITO DE SUPERFÍCIE Leilyanne B. Feitosa .....	207

12 - A PROBLEMÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA Maria Lindáura de Lima Nascimento .....	224
1 - PARECERES .....	239
3 - TRABALHOS FORENSES .....	267

## APRESENTAÇÃO

Rejubila-se todo o corpo funcional da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza com a edição do terceiro volume de sua já prestigiada revista.

Trata-se de mais uma vitória alcançada e de um marco definitivo da maturidade de uma instituição essencial à Administração do Município que, além de sua missão básica de consultoria jurídica e de defesa dos interesses do Município em juízo e fora dele, cuida igualmente de divulgar o produto da atividade intelectual dos Procuradores e de outros expoentes da Ciência Jurídica.

Tenho a mais absoluta convicção de que, de agora em diante, se mostrará irreversível a continuidade na publicação da "Revista da PGM", de vez que se tornou instrumento imprescindível de consulta a quantos labutam na área de direito público.

Feliz de quem, tendo o privilégio de dirigir grupo tão seletivo de profissionais, projeta e concretiza o ideal de ver saindo do prelo obra tão rica, mercê da extraordinária qualidade dos trabalhos nela insertos. É, decididamente, o meu caso.

Valmir Pontes Filho  
Procurador-Geral

## **NATUREZA JURÍDICA DA "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS". SUA MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE.**

**Roque Antonio Carrazza**

**Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário  
da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo**

**SUMÁRIO:**, 1. Circunscrição do problema. 2. Considerações preliminares. 3. Modos de compensar os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os órgãos da administração direta da União, pela exploração de recursos minerais - 3.1 A participação, no resultado da exploração dos recursos minerais - 3.2 A "compensação financeira" pela exploração de recursos minerais: 3.2.1 O tributo apto a dar a "compensação financeira" referida no art. 20, § 1º, "in fine", da CF ; 3.2.2 A solução encontrada por nosso direito positivo, para cumprir os ditames do art. 20 § 1º, da CF. 4. A "compensação financeira" criada pela legislação ordinária - 4.1. Noções gerais - 4.2 A "compensação financeira pela exploração de recursos minerais". Enfoque jurídico: 4.2.1. A irrelevância jurídica do "nomen iuris" e da destinação do produto da arrecadação da "compensação financeira"; 4.2.2 A natureza tributária da "compensação financeira"; 4.2.3. A espécie de tributo denominada "compensação financeira"; 4.2.3-A Os tributos não-vinculados: os impostos; 4.2.3-B Os tributos vinculados: as taxas e a contribuição de melhoria; 4.2.3-C "Compensação financeira": imposto; 4.2.3-D "Compensação financeira": imposto inconstitucional. 5. A "compensação financeira" e o ICMS sobre minerais - 5.1. Introdução - 5.2. O ICMS sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais -

**5.3. O ICMS sobre minerais e o § 3º, do art. 155, da CF - 5.4 A “compensação financeira” e o art 153, § 3º, da CF. Nova inconstitucionalidade. 6. A hipótese de incidência incompleta da “compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais”. 7. A “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” e o decreto que pretendeu regulamentar as leis que a instituíram - 7.1 Intróito - 7.2 A lei: fundamento da faculdade regulamentar, em matéria tributária - 7.4. O caso em estudo - 7.5 Novas inconstitucionalidades - 7.6 Síntese conclusiva. 8. Últimas considerações 9. Conclusões.**

## 1. CIRCUNSCRIÇÃO DO PROBLEMA.

Analisaremos, neste artigo, a natureza jurídica e a constitucionalidade da chamada “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”, criada pelas Leis n.ºs. 7.990/89 e 8.001/90 e que está sendo exigida das Indústrias Extrativas de Minérios.

## 2 . CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Por dizerem de perto com a soberania nacional, os recursos minerais do País e o modo pelo qual podem ser explorados, merecem especial atenção de nossa Carta Magna.

Com efeito, estabelece o art. 20, IX, da CF :

“ art. 20. São bens da União : { ... }  
“XI - os recursos minerais, inclusive os do subsolo”.

Afinados no mesmo diapasão, estatuem o art 176, e seus parágrafos, da CF :

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário, a propriedade do produto da lavra.

“ § 1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileiras de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

“§ 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e valor que dispuser a lei.

“§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência de poder concedente.

“§ 4º. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida” ( grifamos ).

Por outro lado, prescreve o art. 177, V, sempre da CF:

“Art. 177. Constituem monopólio da União: (...)

“ V- a pesquisa, a lavra o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais

nucleares e seus derivados" ( grifamos ).

À vista das precitadas normas constitucionais, podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que, no Brasil, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são propriedade da União, que detém o monopólio de sua exploração.(1) As jazidas em lavra ou não, e outros recursos minerais, pertencem à dominialidade pública da União.

Também é incontroverso que "a pesquisa e a lavra de recursos minerais" somente poderão ser realizadas "por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei "tudo " mediante autorização ou concessão da União " e sempre tendo em mira o interesse nacional.

Ainda acerca do assunto, estabelece o § 1º, do art. 20, da Constituição Federal :

"Art. 20. § 1º . É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação por essa exploração ".

Percebemos, pois, como facilidade, que a Carta Suprema quer que o Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da administração direta da União (2) se beneficiem dos recursos naturais ( " v.g "., os recursos minerais ) da Nação. Tal benefício poderá dar-se por meio de participação no resultado da exploração destes recursos ou de compensação financeira por essa exploração.

Aprofundemos, um pouco, estas idéias.

### **3. MODOS DE COMPENSAR OS ESTADOS, OS MUNICÍPIOS, O DISTRITO FEDERAL E OS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA DA UNIÃO, PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS.**

Diante do texto constitucional é incontroverso que a proprietária do sub-solo e de suas riquezas é a União.

Em linguagem estritamente jurídica, podemos dizer que o sub-solo e suas riquezas pertencem ao povo brasileiro, representado pela União. O sub-solo e suas riquezas não pertencem ao patrimônio do proprietário da terra ( solo), mas ao patrimônio público.

Muito bem, a exploração do sub-solo e de suas riquezas, por brasileiro ou empresa brasileira de capital nacional, vai, de algum modo, causar danos ao patrimônio público, especificamente aos Estados e aos Municípios ( ou ao Distrito Federal, se, em seu território, estiverem localizados os recursos minerais ).

Daí, louvavelmente, a Constituição haver assegurado, " aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal... participação no resultado da exploração de... recursos minerais no respectivo território... ou compensação financeira por essa exploração " ( art. 20, § 1º ). esta participação foi estendida " a órgãos da administração direta da União ".

Cabe à União operacionalizar a vontade constitucional.

De que modo ?

Simples: impondo, a quem explora os recursos minerais, o dever de dar, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a órgãos da administração direta da União, participação, "no resultado da exploração" (item 3.1, "infra") ou uma "compensação financeira por essa exploração" (item 3.2, "infra").

### 3.1. A PARTICIPAÇÃO, NO RESULTADO DA EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS

Quem explora, mediante concessão ou autorização, recursos minerais, pode ser obrigado a dar participação, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a órgãos da administração direta da União, no resultado da exploração de recursos minerais.

Obviamente, não será a própria União que deverá dar tal participação. Se não realiza a exploração de recursos minerais, segue-se, com a força irresistível dos raciocínios lógicos, que o comando constitucional não está a ela dirigido, até em atenção à conhecida regra jurídica "*ad impossibilia nemo tenetur*".

Esta participação será dada, sim, pelo brasileiro ou pela empresa brasileira de capital nacional que, mediante autorização ou concessão da União, explorar os recursos minerais.

Mas, a respeito, algumas regras devem ser observadas.

I. Pensamos que a participação no resultado da exploração dos recursos poderá ser feita em espécie ou por meio da partilha dos lucros que eles gerarem ao explorador.

II. A forma da participação deverá vir prevista

no ato de concessão ou autorização, tendo sempre por diretriz, é certo, a manutenção do equilíbrio entre os encargos de quem vai explorar os recursos minerais e as vantagens econômicas ( lucro ) que irá obter.

III. Tudo, no caso, será resolvido, pois, em termos estritamente contratuais. Nenhum tributo poderá instituído pela União, a pretexto de efetivar tal participação.

O assunto, como se vê, não abre espaço a maiores polêmicas, se a União optar pela primeira das duas soluções constitucionais possíveis.

Pelo contrário, graves problemas jurídicos podem surgir ( e, infelizmente, já surgiram ), se o caminho adotado for o da "compensação financeira", aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, pela exploração de recursos minerais localizados em seus respectivos territórios.

### 3.2. A "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA" PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS.

Também quem explora, mediante concessão ou autorização, recursos minerais, pode ser obrigado a dar, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a órgãos da administração direta da União, uma "compensação financeira por essa exploração".

De fato, parece-nos solarmente claro que não cabe à União dar essa "compensação financeira".

Afinal, não é ela que se beneficia diretamente com a exploração dos recursos minerais. Quem se beneficia é a pessoa ( brasileiro ou empresa brasileira de capital nacional ), que, mediante



autorização ou concessão, os explora.

Não teria o menor sentido jurídico que ela retirasse do Erário, isto é, patrimônio público, somas de dinheiro, para compensar terceiros, por danos que ela não causou. E, pior, danos que não lhe trouxeram nenhum especial benefício. De fato, quem leva vantagem com a exploração dos recursos minerais é quem a realiza e, não, o poder público concedente.

As receitas gerais da União, compostas basicamente pelos impostos que ela arrecada do povo, não podem ser utilizadas para cumprir este encargo constitucional. Mediante impostos gerais não se pode viabilizar tal *desideratum*.

Logo, resulta insofismável que quem deve responder pela "compensação financeira" em tela é justamente quem explora os recursos minerais. (3)

Afinal, é ele que vai lucrar com esta atividade. Por outro lado, é ele, que, realizando a exploração dos recursos minerais, trará um "especial detrimento" ao patrimônio público.

Natural, pois, ressarça a Comunidade (representada pelos Estados, Municípios, Distrito Federal) pelo dano que, no exercício de suas atividades exploratórias, lhe causar.

Assentada esta premissa, resta ver como este ressarcimento se dará.

Pensamos que o ressarcimento em pauta poderá vir previsto no próprio ato de concessão ou autorização (I) ou ser implementado por meio de tributo específico (II).

I - Na primeira hipótese, o assunto será resolvido em termos estritamente contratuais, desde que se assegurem, a quem explora os recursos minerais, o "equilíbrio econômico-financeiro" de suas atividades. É em suma, a mesma solução por nós alvitrada no item 3.1.

II - Já, na segunda hipótese, a questão passará ao largo da vontade das partes envolvidas, devendo ser equacionada por meio de lei, obedecido o regime jurídico tributário. Noutras palavras, a lei obrigará a pessoa ou a empresa que explora, mediante autorização ou concessão, os recursos minerais, a pagar esta "compensação financeira", mas por meio de tributo.

Demoremo-nos, um pouco, neste assunto.

### 3.2.1 O tributo apto a dar a "compensação financeira" referida no art. 20 § 1º, "in fine", da CF

Como já dissemos, as pessoas que exploram recursos minerais podem ser obrigadas a pagar um tributo, a título de "compensação financeira por essa exploração".

Mas que tributo será este?

A nosso sentir, a "contribuição de intervenção no domínio econômico", a que alude o art. 149, 1º parte, da Constituição Federal.

De fato, estipula o art. 149, da Constituição Federal:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como

instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo” (grifamos).

Comentando este dispositivo constitucional, tivemos a oportunidade de escrever em nosso Curso de Direito Constitucional Tributário:

“...as ‘contribuições’ são, sem sombra de dúvida, tributos, uma vez que devem necessariamente obedecer ao regime jurídico tributário, isto é, aos princípios que informam a tributação no Brasil.

“Estamos, portanto, que estas ‘contribuições’ são verdadeiros tributos (embora qualificados pela finalidade que devem alcançar). Podem, pois, revestir a natureza jurídica de imposto, de taxa ou de contribuição de melhoria, conforme as hipóteses de incidência e bases de cálculo que tiverem.

“Com efeito, ao contrário do que fez com os demais tributos, a Constituição, ao cuidar destas ‘contribuições’, não declinou, a não ser incidentalmente (v.g., art. 195, I), quais devem ser suas hipóteses de incidência e bases de cálculo

“Enfrentemos melhor esta questão. A Magna Carta, ao discriminar as competências legislativas tributárias entre as várias pessoas políticas, traçou a regra matriz dos vários tributos que elas, querendo, podem criar. Assim, por exemplo, ao deferir aos Estados e ao Distrito Federal, em seu art 155, II (com a redação dada pela EC. nº 3/93), a faculdade de instituir o ICMS, estabeleceu que este imposto deve ter: a) por hipótese de incidência, o fato de uma pessoa praticar uma operação mercantil ou prestar um serviço transmunicipal de transporte ou prestar um serviço de comunicações; b) por sujeito ativo, o Estado ou o Distrito Federal (ou quem lhes faça legalmente

as vezes); c) por sujeito passivo, a pessoa que pratica operação mercantil ou presta serviço transmunicipal de transporte ou de comunicações; d) por base de cálculo, o valor da operação mercantil realizada ou do serviço transmunicipal de transporte ou de comunicações prestados; e, e) por alíquota, um percentual deste valor. O mesmo podemos dizer em relação às taxas que, ao serem criadas pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, devem observar, em tudo e por tudo, o art. 145, II, da Lei das Leis (que só autoriza a instituição de taxas de polícia e de taxas de serviço, desde que observados os requisitos ali contemplados). É o caso, ainda da contribuição de melhoria, que as pessoas políticas só poderão exigir de pessoas que tenham tido seus imóveis valorizados por obras públicas realizadas nas redondezas.

“Pois bem, em seu art. 149, a Constituição não apontou a regra-matriz destas ‘contribuições’; antes, contentou-se em indicar as finalidades que devem atingir; a saber: a) a intervenção no domínio econômico; e, b) o interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

“Notamos, pois, que as ‘contribuições’ ora em exame não foram qualificadas, em nível constitucional, por suas regras-matrizes, mas, sim, por suas finalidades. Parece-nos sustentável que haverá este tipo de tributo sempre que implementada uma de suas finalidades constitucionais”.(4)

Assim, o legislador federal está autorizado, pelo Texto Magno, a instituir quaisquer tributos (impostos, taxas ou contribuição de melhoria), para atender a uma destas finalidades, desde que, é claro, não invada a competência tributária dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, nem atropete os direitos fundamentais dos contribuintes.(5)

Em poucas palavras, o que estamos tentando dizer é que a União poderá criar, dentro de seu campo competencial, qualquer imposto, taxa ou contribuição de melhoria, explicitando, por exemplo, que o tributo se destinará a intervir num dado setor do domínio econômico. Se assim proceder, terá criado uma "contribuição social de intervenção no domínio econômico".

É evidente que, ao criar contribuições de intervenção no domínio econômico, a União não poderá invadir o campo tributário que a Lei Maior reservou às demais pessoas políticas. Antes deverá observar estritamente o princípio da reserva das competências tributárias, elegendo, como hipótese de incidência dos gravames, apenas fatos que a Constituição permitiu sejam alvo de tributação federal.

Deste modo, a União, poderá criar, "verbi gratia", um adicional do imposto sobre a renda (imposto de sua competência explícita), explicitando que ele se destina à intervenção no domínio econômico. 6 Já não lhe será permitido instituir uma "contribuição de intervenção no domínio econômico", sobre vendas de mercadorias, justamente porque a tributação das operações mercantis foi reservada, pela Lei Maior, à tributação dos Estados ( o que eles fazem, por meio de ICMS). (7)

Nesse sentido, aliás, a lição, sempre precisa, de Geraldo Ataliba:

"Se, pois, a União, criando contribuições, adota hipótese de incidência que pertence aos Estados ou Municípios, comete seu legislador inconstitucionalidade, por invasão de competência (Amílcar Falcão, Aliomar Baleeiro). Não se pode sustentar que as contribuições fogem a tal regime. Não cabe dizer, no nosso sistema, que o legislador,

ao criar contribuições, goza da mais ampla liberdade e que, em consequência, pode adotar toda e qualquer hipótese de incidência, inclusive as reservadas constitucionalmente aos Estados e aos Municípios. Tal interpretação implicaria afirmar :a) que as competências tributárias não são exclusivas; b) que a repartição de competência não é rígida e que c) contribuição não é tributo.

"Não tem sentido admitir que a Constituição deu uma competência aos Estados e Municípios (nos arts. 155 e 156) e a retirou em outra disposição (art. 149). Seria desfigurar a Constituição entender que ela consente que a invocação da palavra "contribuição" afaste todos os obstáculos à legislação da União, inclusive os circunscritores de seu campo material de competência.

"Logo, o legislador nacional, ao instituí-las, usa da competência de que dispõe, com as limitações que a caracterizam. Entender o contrário, seria admitir que o sistema de partilha de competências não é rígido. Que é modificável por legislação infraconstitucional. Seria admitir que as competências tributárias não são privativas, mas todas abertas à União. Seria atribuir estultice ao constituinte. Seria esvaziar o sistema constitucional tributário; torná-lo totalmente sem sentido, como um amontoado de proposições que nada obrigam, a ninguém dão vantagem, a ninguém direitos, de ninguém exigem nada". (8)

Em suma, estamos convencidos de que as "contribuições de intervenção no domínio econômico" são tributos qualificados pela finalidade constitucional que devem atingir. De acordo com suas hipóteses de incidência (fatos geradores "in abstracto") poderão revestir a natureza jurídica de imposto, de taxa ou, em tese, até de contribuição de melhoria. (9) Quando a União as cria, deve respeitar as competências tributárias das demais pessoas políticas e, acima de tudo, os direitos e

garantias constitucionais dos contribuintes.

Sendo as “contribuições de intervenção no domínio econômico” verdadeiros tributos, só valerão se e enquanto, em sua instituição, lançamento e modo de cobrança, respeitarem o regime jurídico tributário, superiormente traçado na Constituição Federal.

Se tiverem hipótese de incidência de algum imposto da chamada “competência residual” da União (art. 154, I, da CF)(10), as “contribuições de intervenção no domínio econômico” deverão ser instituídas por lei complementar, não poderão ter hipótese de incidência ou base de cálculo iguais a de qualquer dos impostos elencados nos arts. 153, 155 e 156, da CF e precisarão observar a regra da não-cumulatividade.

Se tiverem hipótese de incidência de algum imposto da chamada “competência explícita” da União (art. 153, da CF) - o que também é perfeitamente possível - deverão ser criadas por meio de lei ordinária, e, é claro não precisarão obedecer à mesma regra da não-cumulatividade.

Evidentemente, as “contribuições de intervenção no domínio econômico” só poderão ser exigidas de quem efetivamente vier a se beneficiar atuando num dado setor econômico ou de quem, ao assim proceder, causar especial detrimento à coletividade. Noutras palavras, o legislador federal, só poderá eleger o sujeito passivo de tais “contribuições” dentre os que estiverem diretamente envolvidos com a exploração da atividade econômica que se pretende disciplinar.

Portanto, no caso de exploração de recursos minerais, só poderão ser obrigadas a pagar tais contribuições, as pessoas ou as empresas que, mediante concessão ou autorização, a realizarem.

O “quantum” da “contribuição de intervenção no domínio econômico”, na hipótese, deverá, de algum modo, corresponder à indenização a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios teriam jus, pelos danos sofridos em decorrência da exploração, em seus territórios, dos recursos minerais.

A lei federal, portanto, ao disciplinar o aspecto quantitativo (base de cálculo e alíquota) desta “contribuição de intervenção no domínio econômico”, deverá garantir esta correlação lógica entre o valor do tributo e a dimensão econômica dos prejuízos que a exploração dos recursos minerais causar aos Estados, aos Municípios ou ao Distrito Federal.

Por igual modo, esta “contribuição de intervenção no domínio econômico” não poderá ser escorchante, a ponto de destruir ou, mesmo, fazer perigar, o equilíbrio econômico-financeiro” do ato de concessão ou autorização. Antes, o legislador federal ao instituí-la, deverá usar de prudente discricionariedade. Situações de dúvida serão, em última análise, afastadas pelo Poder Judiciário.

Assim agremiados, podemos seguir adiante.

### **3.2.2. A SOLUÇÃO ENCONTRADA POR NOSSO DIREITO POSITIVO, PARA CUMPRIR OS DITAMES DO ART. 20 § 1º, DA CF.**

O exame de nosso direito positivo facilmente nos revela que a União, para dar cumprimento ao art. 20, § 1º, da CF, optou pelo caminho tributário, isto é, assegurou, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, uma “compensação financeira” pela exploração dos recursos minerais localizados em seus territórios. Também quis favorecer, com esta mesma “compensação”, um órgão de sua administração direta:

o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Para tanto, acertadamente, editou lei, criando a "compensação financeira pela exploração de recursos minerais", que, como a seguir se verá, é um verdadeiro tributo (que ninguém se deixa iludir pelo rótulo "compensação financeira").

Também de modo, a nosso ver, correto, a União deliberou, por meio de lei, exigir esta "compensação financeira" de quem lucra com a exploração dos recursos minerais e, ao mesmo tempo, causa "especial detrimento" (danos) ao patrimônio público.

Só que, infelizmente, ao criar tal tributo, atropelou, em vários pontos, o regime jurídico tributário, moldando uma figura canhestra e, por isso mesmo, inconstitucional e inexigível.

Melhor dizendo, ao invés de instituir, para quem explora (mediante autorização ou concessão) recursos minerais, uma "contribuição de intervenção no domínio econômico", criou, por meio de legislação copiosa e confusa, um imposto híbrido, que, por sua manifesta inconstitucionalidade, não pode prosperar.

É o que a seguir veremos.

#### 4. A "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA" CRIADA PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA.

##### 4.1. NOÇÕES GERAIS

Pretendendo dar cumprimento aos ditames do art. 20, § 1º, "in fine", da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou a Lei nº 7990, de 28 de dezembro de 1989, instituindo a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM).

Para os objetivos deste trabalho, interessam-nos particularmente os arts. 6º e 8º, da referida lei, que estabelecem:

Art. 6º. A compensação financeira pela exploração de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante de venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial

Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.

"Par. único. O não cumprimento do prazo estabelecido no 'caput' deste artigo implicará correção do débito pela variação diária do Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e multa de 10% (dez por cento) aplicável sobre o montante final apurado".

Com o fito de detalhar melhor o assunto, foi, em seguida, editada a Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que definiu os percentuais da distribuição da predita "compensação financeira".

Merecem nossa especial atenção o art. 2º e seus parágrafos, desta lei:

"Art. 2º - Para efeito do cálculo da compensação financeira de que trata o art. 6º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, entende-se por faturamento líquido o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros.

"§ 1º. O percentual da compensação de acordo com as classes de substâncias minerais, será de:

"I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3%;

"II - ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento), ressalvado o disposto no inciso IV deste artigo;

"III - pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento);

"IV - ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros.

"§ 2º A distribuição da compensação financeira de que trata este artigo será feita da seguinte forma:

"I - 23% (vinte e três por cento) para os Estados e o Distrito Federal;

"II - 65% (sessenta e cinco por cento) para os Municípios;

"III - 12% (doze por cento) para o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, que destinará 2% (dois por cento) à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio

do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, ou de outro órgão federal competente, que o substituir.

"§ 3º. O valor resultante da aplicação do percentual, a título de compensação financeira, em função da classe e substância mineral, será considerado na estrutura de custos, sempre que os preços forem administrados pelo Governo.

"§ 4º. No caso das substâncias minerais extraídas sob o regime de permissão da lavra garimpeira, o valor da compensação será pago pelo primeiro adquirente, conforme dispuser o regulamento".

Do perfunctório exame deste verdadeiro "cipoal legislativo" podemos logo inferir que o Congresso Nacional criou, para as empresas que exploram recursos minerais, o dever de pagar um tributo aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Chamou este tributo de "compensação financeira", o que, em rigor, nada significa, já que as palavras e expressões não passam de "rótulos" que colocamos nas coisas e nas realidades (inclusive jurídicas) que nos cercam.

Tal tributo (ou, se preferirmos, tal "compensação financeira") nasce da venda dos recursos minerais, sendo seu montante calculado com base no valor da transação. O total a pagar foi fixado em até 3% "o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial".

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 01, de 11 de janeiro de 1991, que a pretexto de "regulamentar" as referidas leis, detalhou as alíquotas de 1%, 2% e 3% para transações com diversas

espécies de produtos minerais (arts. 13 e 14), bem como apontou o momento em que nasce o dever de pagar a "compensação financeira" em exame (art. 15 e seu par. único), o modo de seu lançamento (art. 16 e seu par. único) e o local e a forma de seu pagamento (art. 26).

Estipulam os citados artigos:

"Art. 13 A compensação financeira devida pelos detentores de direitos minerais a qualquer título em decorrência da exploração de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

"§ 1º. o percentual da compensação, de acordo com as classes de substâncias minerais, será de:

"I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3% (três por cento);

"II - Ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento), ressalvando o disposto no inciso IV deste artigo;

"III - pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento);

"IV - ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros.

"§ 2º - A distribuição da compensação financeira

de que trata este artigo será feita da seguinte forma:

"I - 23% (vinte e três por cento) para os Estados e o Distrito Federal;

"II - 65% (sessenta e cinco por cento) para os Municípios;

"III - 12% (doze por cento) para o Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM, que destinará 2% (dois por cento) à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, ou de outro órgão federal competente, que o substituir.

"§ 3º. O valor resultante da aplicação do percentual da compensação financeira será considerado, em função da classe e substância mineral, na estrutura de custos, sempre que os preços forem administrados pelo governo.

"§ 4º. No caso das substâncias minerais extraídas sob o regime de permissão da lavra garimpeiro, o valor da compensação será pago pelo primeiro adquirente.

"Art. 14. Para efeito do disposto no artigo anterior, considera-se:

"I - atividade de exploração de recursos minerais, a retirada de substâncias minerais da jazida, mina, salina ou outro depósito mineral para fins de aproveitamento econômico;

"II - faturamento líquido, o total das receitas de

vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e de seguro;

“III - processo de beneficiamento, aquele realizado por fragmentação, pulverização, classificação, concentração, separação magnética, flotação, homogeneização, aglomeração ou aglutinação, briquetagem, nodulação, sinterização, pelletização, ativação, coqueificação, calcinação, desaguamento, inclusive secagem, desidratação, filtragem, levigação, bem como qualquer outro processo de beneficiamento, ainda que exija adição ou retirada de outras substâncias, desde que não resulte na descaracterização mineralógica das substâncias minerais processadas ou que não impliquem na sua inclusão no campo de incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI.

“§ 1º. No caso de substância mineral consumida, transformada ou utilizada pelo próprio titular dos direitos minerários ou remetida a outro estabelecimento do mesmo titular, será considerado faturamento líquido o valor de consumo na ocorrência do fato gerador definido no art. 15, deste Decreto.

“§ 2º. As despesas de transporte compreendem as pagas ou incorridas pelo titular do direito minerário com a substância mineral.

“Art. 15. Constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provém, ou de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

“Par. único. Equipara-se à saída por venda o consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda qualquer estabelecimento.

“Art 16. A compensação financeira pela exploração de substâncias minerais será lançada mensalmente pelo devedor”.

“Par. único. O lançamento será efetuado em documento próprio, que conterà a descrição da operação que lhe deu origem, o produto a que se referir o respectivo cálculo, em parcelas destacadas, e a discriminação dos tributos incidentes, das despesas de transporte e de seguro, de forma a tornar possível suas corretas identificações.

“Art. 26. O pagamento das compensações financeiras previstas neste Decreto, inclusive dos ‘royalties’ devidos por Itaipu Binacional ao Brasil, será efetuado mensalmente, diretamente aos beneficiários, mediante depósito em contas específicas de titularidade dos mesmos no Banco do Brasil S/A, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador.”.

Estas são as normas legais e infralegais que basicamente serão consideradas ao longo deste artigo.

Deixando de lado a infeliz redação de que padecem e que mal consegue esconder o propósito de vulnerar a segurança jurídica dos contribuintes, (11) damos por encerrada a etapa preliminar deste estudo.

De qualquer modo, agora temos condições de demonstrar que a legislação, que disciplina o assunto que faz nossos



cuidados, desvirtuou completamente o desígnio constituinte, criando um tributo sob todos os ângulos inconstitucional.

## 4.2 - A "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS" ENFOQUE JURÍDICO

### 4.2.1 - A IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DO "NOMEM IURIS" E DA DESTINAÇÃO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA

I - Como já escrevemos, o nomen iuris "compensação financeira" (dado pelas Leis nºs. 7.790/89 e 8.001/90) em si mesmo nada significa.

Com efeito a natureza de qualquer instituto jurídico é-nos revelada pelo regime jurídico a que está submetido e, não, pela designação que lhe foi dada pelo legislador.

Perfeitíssima, a respeito, a lição de Pontes de Miranda:

"Na exposição científica do Direito não podemos deixar que a terminologia perturbe o sistema jurídico ou a visão dele".<sup>(12)</sup>

As palavras e expressões são meros rótulos que utilizamos para designar as coisas e realidades que formam nosso Universo.

Como preleciona Hospers,<sup>(13)</sup> qualquer palavra ou expressão é conveniente, na medida em que nos colocamos de acordo sobre ela e a usamos de maneira adequada. As palavras ou expressões manifestam, somente, o estabelecido, convencionalmente,

pela linguagem comum ou científica e não estão ligadas a exclusivas essências conceituais, determinadas como verdadeiras e únicas.

Transplantando estas idéias, apenas esboçadas, para o nosso campo, se um instituto jurídico obedecer ao regime tributário, estaremos diante de um tributo, independentemente da denominação (rótulo) que tiver recebido.

O próprio CTN, em seu art. 4º, I, dispõe didaticamente que a designação adotada pelo legislador não altera a natureza do tributo, nem genérica, nem específica.

Convém termos presente que, a despeito de toda a preocupação de nossa Lei Maior em partilhar rigidamente as competências tributárias, é muito comum o legislador chamar um tributo de modo atécnico. Relembramos, todavia, que o que distingue entidades do mundo do Direito não é a denominação que recebem, mas seus regimes jurídicos. Assim, se um tributo obedecer ao regime jurídico de imposto, como imposto deverá ser tratado, ainda que o legislador venha a batizá-lo de "depósito", "preço", "salário", "empréstimo restituível", "compensação financeira" ou de qualquer outro nome exótico. Não é se abroquelando em denominações estranhas, que a pessoa política resgatará seus tributos inconstitucionais. É fora de qualquer dúvida que, nem mesmo com o emprego de palavras ou expressões estranhas é válido ao Poder Público violentar direitos inalienáveis do contribuinte, como, por exemplo, o de só serem tributados pelas pessoas físicas competentes, observadas as "hipóteses de incidência genéricas" e as garantias tributárias, constitucionalmente traçadas.

Disto decorre que a "compensação financeira", nada obstante o nome que lhe deu o legislador, terá sua natureza revelada pelo exame do regime jurídico a que está submetida.

Adiantamos que esta natureza é tributária.

II - Por outro lado, é irrelevante, para nosso estudo, a circunstância de a "compensação financeira" em tela destinar-se aos Estados, aos Municípios ao Distrito Federal e a órgão da administração direta da União (o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM), como forma de indenizá-lo pela exploração de recursos minerais.

Observamos, a respeito, que a destinação legal do produto da arrecadação de um tributo não lhe altera a natureza jurídica. Deveras, extinta a obrigação tributária (com o pagamento do tributo) é logicamente inadmissível exerça qualquer influência sobre ela, a posterior afetação, a uma certa finalidade, da receita obtida.<sup>(14)</sup> Esta idéia, aliás, vem solenemente proclamada no art. 4º, II, do Código Tributário Nacional.

III - Em suma, nem seu "nomen iuris", nem sua "destinação legal" servem para nos revelar a natureza jurídica da "compensação financeira pela exploração de recursos minerais". Só a análise de seu regime jurídico é que nos fará tal revelação. É disso que nos ocuparemos no próximo item.

#### 4.2.2. A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA"

Deixando por ora de lado a questão de sua constitucionalidade, temos que as leis nºs. 7.990/89 e 8.001/90, bem assim o Decreto nº 01/91, que as "regulamentou", criaram um tributo, a que deram o nome de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais".

De fato se levarmos em conta que as obrigações jurídicas se dividem em "ex voluntate" e em "ex lege", conforme surjam da livre manifestação da vontade das partes (materializada num contrato) ou de imposição legal, afastamos, de imediato, a idéia de estarmos diante de uma figura que se encaixa na primeira categoria.

Não se cogita, aqui, de nenhum contrato (ato de vontade), do qual deriva - para quem explora mediante concessão ou autorização, recursos minerais - o dever de efetuar o pagamento da predita "compensação financeira".

Em nenhum momento as pessoas que exploram recursos minerais foram chamadas a manifestar suas vontades, acerca da "compensação financeira" que agora lhes está sendo exigida. Noutro falar, a "compensação financeira" não nasceu de um acordo celebrado entre a União e estas pessoas, mas da vontade da lei.

Efetivamente, os chamados a pagar essa "compensação financeira", não concorreram, com a vontade, para serem obrigados a recolhê-la. Estão sendo a isto compelidos pela lei.

Percebemos que, por força de lei, exige-se, dos que, mediante autorização ou concessão, exploram recursos minerais, uma passagem de dinheiros privados aos cofres públicos.

Estamos, pois, diante de uma obrigação legal, que, como logo demonstraremos, reveste nitidamente a natureza de tributo.<sup>(15)</sup>

De fato, comparando-se os traços característicos da "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) com o conceito de tributo contido no Art. 3º, do

Código Tributário Nacional, facilmente se percebe que existe uma identidade entre ambos.

Abrindo um rápido parênteses, queremos deixar consignado que a Constituição brasileira não estabeleceu explicitamente o que vem a ser tributo. Andou bem, neste particular, já que não é tarefa da lei - muito menos da Lei Maior - expender definições. Definir é missão da doutrina. A lei deve mandar, proibir ou facultar. Estes os "modais deônticos" de que nos fala Lourival Vilanova. Quem teoriza é o doutrinador, com o instrumental teórico que lhe é fornecido pela Ciência (no caso, pela Ciência do Direito). De modo que, corretissimamente, o constituinte - em outras passagens da Carta Suprema, tão especioso e minudente - resistiu à tentação de conceituar tributo. De conseguinte, em vão buscaremos na Lei das Leis um artigo que, com todas as letras, defina tributo.

Todavia, cuidando de *figuras afins* (como a desapropriação, a requisição, o serviço militar, a pena privativa da liberdade, o perdimento de bens, o serviço eleitoral, o serviço militar, o serviço do júri, a pena pecuniária etc.), a Constituição acabou, num verdadeiro jogo de contrastes, por nos oferecer uma *noção genérica* de tributo.

Temos, pois, que, tributo, ao lume de nosso Estatuto Magno, é a *relação jurídica que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte (pessoa colhida pelo direito positivo), tendo por base a lei, em moeda, igualitária e decorrente de um fato lícito qualquer*. A partir destas linhas mestras é que a doutrina, o legislador complementar (art. 146, III, "a", da CF) e o legislador federal, estadual, municipal e distrital poderão ocupar-se com o assunto.

A definição de tributo, insculpida no art. 3º,

do Código Tributário Nacional não atropela a noção genérica de tributo, constitucionalmente traçada.

Para nos situarmos melhor no assunto, tomemos o art. 3º, do Código Tributário Nacional:

*"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".*

Tomando como ponto-de-partida esta definição, que encontra, como vimos, total respaldo na Constituição Federal, confirmamos a assertiva de que a *"compensação financeira"* em tela é um tributo.

De fato, a *"compensação financeira pela exploração de recursos minerais"* é:

I- uma prestação pecuniária: as empresas que exploram recursos minerais estão sendo obrigadas, pela lei, a transferirem dinheiro para os cofres públicos (um percentual das receitas de vendas dos minerais);

II- compulsória: o vínculo obrigacional não nasceu da vontade destas empresas, mas decorreu de imperativo legal (*ex vi legis*);

III- em moeda: a *"compensação financeira"* tem por objeto a transferência de dinheiro do patrimônio das empresas que exploram recursos minerais, para os cofres estatais;

IV- que não se constitui em sanção por ato ilícito: a

exploração, mediante concessão ou autorização, de recursos minerais, colocando-os, depois, "*in commercium*", está longe de tipificar uma ilicitude; é uma conduta perfeitamente lícita, já que não descumpra nenhum dever jurídico;

V- *instituída em lei*: efetivamente, a obrigação em causa foi criada "*in abstracto*", pelas Leis nos. 7.990/89 e 8.001/90; a vontade das empresas que exploram recursos minerais é irrelevante para determinar o nascimento do vínculo obrigacional; ele nasce "*ex vi legis*"; e,

VI- *cobrada de modo totalmente vinculado*: o cálculo do montante da "*compensação financeira*", a fixação de seus sujeitos e a forma de seu pagamento não foi discricionariamente deixada ao sabor das circunstâncias de momento, mas, pelo contrário, está sendo feita por meio de atividade administrativa plenamente vinculada, vale dizer, por meio de lançamento e cobrança fiscais.

Não podemos fugir, pois, à irretorquível conclusão *de que estamos diante de um tributo*. Portanto, a "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*" é um tributo.

Reforçando esta idéia, o art. 16, do Decreto no 01/91 estabelece que a "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*" (CFEM) será lançada mensalmente pelo devedor (lançamento por homologação). Ora, o lançamento é um instituto próprio do Direito Tributário: é o ato administrativo de aplicação da norma tributária material ao caso concreto, que identifica oficialmente o contribuinte e apura o "*quantum debeatur*".

No mesmo sentido, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) editou a Portaria no 06/92, determinando a correção monetária da "*compensação financeira*", pela UFIR. Como

ninguém ignora, a UFIR somente pode ser utilizada na indexação de tributos ( *ex vi* do art.1º, da Lei nº 8.383, de 30/12/91). Portanto, o próprio DNPM reconhece a natureza tributária da CFEM.

Muito bem, ao proclamarmos a natureza tributária da "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*", estamos ao mesmo tempo sustentando que ela deve submeter-se a todos os princípios, regras, limitações, condições e pressupostos, que a Constituição traça, ao disciplinar a ação estatal de exigir tributos.

Deveras, se a "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*" é tributo, como tal deve ser tratada. A ela haverá de aplicar-se o *regime jurídico tributário*, sob pena de irremissível inconstitucionalidade.

Como tributo que é, só será válida se obedecer aos cânones constitucionais pertinentes, que protegem a liberdade e o patrimônio dos contribuintes, contra a sanha do Poder Público.

Comprovada, portanto, a natureza tributária, atribuída pela legislação, à "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*" (CFEM), vejamos, agora, que espécie de tributo ela é.

#### 4.2.3. A espécie de tributo denominada "*compensação financeira*"

Vamos, neste tópico, averiguar que espécie de tributo é a "*compensação financeira pela exploração de recursos minerais*".

Como já afirmamos, a Constituição Federal classificou os tributos em impostos, taxas e contribuição de melhoria ( art. 145, I a III ), desenhando a *regra-matriz* ( a *norma-padrão de incidência* ) de cada uma destas figuras jurídicas e discriminando competências para

que as pessoas políticas, querendo, venham a instituí-las ( sempre, é claro, por meio de lei).

Mas, no Brasil, a Constituição não só efetuou uma classificação estrita das espécies tributárias, como apontou o *regime jurídico* que cada uma delas deverá necessariamente observar. Noutros falares, a Carta Magna, também neste particular, vinculou o legislador federal, estadual, municipal e distrital.

Por isso tudo, podemos dizer que a distinção das espécies tributárias, na Constituição, não é apenas *nominal*, mas, *conceitual*. O *arquétipo genérico* ( ou, se quisermos, o *modelo*, o *molde*) de cada tributo está traçado no Texto Supremo e, destarte, o legislador ordinário não pode dele se afastar.

Apenas a guisa de reforço, pedimos vênia para consignar que o que escrevemos vale, evidentemente para os impostos, para as taxas e para a contribuição de melhoria. Vale, igualmente, para os empréstimos compulsórios, para os impostos extraordinários, para as contribuições parafiscais e para as "contribuições" ( inclusive "*de intervenção no domínio econômico*" ), que, com as especificidades já apontadas em item anterior, podem revestir qualquer destas três modalidades tributárias.

#### 4.2.3.A. OS TRIBUTOS NÃO-VINCULADOS: OS IMPOSTOS

Sempre nos termos da Constituição, o imposto é a modalidade de tributo que tem por *hipótese de incidência* um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal. (16) Não é por outra razão que Geraldo Ataliba chama o imposto de *tributo não-vinculado*. Não vinculado a quê? Não vinculado a uma atuação estatal.

Deveras, o imposto encontra seu *fundamento de validade*, única e exclusivamente, na competência tributária da pessoa política que o exige, não havendo necessidade, para que ele venha instituído e cobrado, que o Poder Público desenvolva, em relação ao contribuinte, qualquer atividade específica. É nesse sentido que muitos juristas chamam o imposto de *tributo sem causa*. Sem causa, não porque ele não tenha hipótese de incidência, mas porque não há necessidade de a entidade tributante oferecer qualquer contraprestação direta a quem o paga.

O imposto - se quisermos fugir da definição pela negativa - sempre tem por hipótese de incidência ou um comportamento do contribuinte ( "*v.g.*", o comportamento de alguém vender uma mercadoria ) ou um situação jurídica na qual ele se encontra ( "*v.g.*", a situação jurídica de proprietário de imóvel localizado na zona urbana de um dado Município).

Das várias classificações de impostos que se conhecem (*impostos diretos e indiretos; impostos pessoais e impostos reais; impostos que não repercutem e impostos que repercutem*) - a maioria boa, talvez, para a Ciência das Finanças, mas de todo em todo irrelevante para o Direito - a mais útil para nós, estudiosos do Direito Tributário brasileiro, é a que a própria Constituição nos oferece, em seus arts. 155, 156, 153 e 154, I.

Apenas para registro, os Estados podem criar os impostos apontados no art. 155, da *CF* ( imposto sobre doações, sobre operações mercantis, sobre a propriedade de veículos automotores etc.).

Já, os Municípios podem instituir os impostos arrolados no art. 156, da mesma *CF* ( o imposto sobre a propriedade predial e territorial rural, o imposto sobre serviços de qualquer natureza etc. ).

O Distrito Federal, de seu turno, pode criar - em seu território, é claro - tanto os impostos estaduais, como os municipais. Os impostos estaduais, por força do que estabelece o "caput" do art. 155, da Constituição ( "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal...*" ). E, os impostos municipais, graças ao que estatui o art. 147, "*in fine*", também da Constituição ( "*...ao Distrito Federal cabem os impostos municipais*" ). Como é fácil percebermos, a competência impositiva distrital é o somatório da competência impositiva estadual e municipal.

Por fim, a União, está credenciada a criar quaisquer outros impostos: seja os expressamente mencionados no art. 153, da CF ( imposto sobre a importação, imposto sobre a renda, imposto sobre a propriedade territorial rural etc. ), seja os que o Congresso Nacional vier a conceder, com base no art. 154, I, do mesmo Diploma Fundamental. É por isso que se diz que a União desfruta da *competência impositiva residual*, que é teoricamente infinita: sempre haverá a possibilidade de conceber-se um novo imposto e este novo imposto será federal ( *ex vi* do precitado art. 154, I, da Constituição ).

Finalizando este item, pedimos vênias para ressaltar que o imposto nunca nasce de uma atuação estatal referida ao contribuinte ( obra pública, serviço público, ato de polícia etc. ), mas, sempre, de um fato qualquer, que não envolva uma contraprestação estatal.<sup>(17)</sup> Nasce, pois, de *fatos regidos pelo Direito Privado*.

#### 4.2.3.B. - OS TRIBUTOS VINCULADOS: AS TAXAS E A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Diferentemente, a taxa e a contribuição de melhoria nascem sempre de fatos regidos pelo Direito Público. Têm por hipótese

de incidência uma *atuação estatal*, de algum modo referida ao contribuinte.

Aproximemo-nos, um pouco mais, da taxa.

Taxa é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma atuação estatal, diretamente referida ao contribuinte.

A atuação estatal que abre espaço à tributação por via de taxa pode consistir ou num ato de polícia, ou num serviço público. É o que preceitua o art. 145, II da CF ( que traça a *regra-matriz* das taxas ). As pessoas políticas, enquanto tributam por via de taxa, devem *restrita* obediência especialmente a este dispositivo constitucional. Muito bem, a atuação estatal que abre espaço à tributação por via de taxa, ou é um ato de polícia ou é um serviço público. Daí as taxas se sub-classificarem em: *taxas de polícia* e *taxas de serviço*, conforme tenham por *pressuposto* ( *hipótese de incidência* ), respectivamente, a prática de atos de polícia ou a prestação de serviços públicos.

Por fim, a contribuição de melhoria é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência, uma atuação estatal, indiretamente referida ao contribuinte. Tal atuação estatal, só pode consistir, conforme estatui o art. 145, III, do Texto Supremo, numa obra pública ( mas não em qualquer obra pública; tão somente numa obra pública que valoriza os imóveis a ela adjacentes ).

Portanto, a contribuição de melhoria é a modalidade de tributo que nasce da valorização imobiliária causada por obra pública realizada em suas imediações.

Em suma, os tributos, no Brasil, ou são impostos, ou são taxas, ou são contribuições de melhoria.

#### 4.2.3.C - "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA": IMPOSTO

Com base nas considerações anteriores, percebemos, sem maiores dificuldades, que a "compensação financeira" criada pelas Leis 7.990/89 e 8.001/90, assume nitidamente o caráter de imposto.

A análise dos fatos jurídicos que a fazem nascer revela que esta exação tem por hipótese de incidência um comportamento do contribuinte, independente de qualquer atuação estatal: o fato de um brasileiro ou empresa de capital nacional explorar, mediante concessão ou autorização, recursos minerais e, depois, colocá-los no mercado.

Queremos imediatamente salientar que a concessão ou autorização da União para pesquisa e a lavra de recursos minerais (art. 176, § 1º, da CF) não constitui o *fato jurídico* desta exação. Apenas fixam quem pode ser o sujeito passivo tributário. Elas não são a hipótese de incidência do tributo em tela, que, portanto, não nasce de uma atuação estatal, mas de um comportamento do próprio contribuinte explorar comercialmente os recursos minerais.

A exploração de recursos minerais não tem vínculo direto com o Poder Público. Não guarda nenhum vínculo direto com o Estado.

Portanto, sob o rótulo "compensação financeira" esconde-se um autêntico imposto. Imposto porque tem por hipótese de incidência um fato independente de atuação estatal relativa ao contribuinte (a exploração econômica de recursos minerais) e, por base de cálculo, uma dimensão deste fato (o total das receitas de vendas). O binômio *hipótese de incidência/base de cálculo* da "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" confirma-nos sua natureza de imposto (*tributo não vinculado*).

#### 4.2.3.D. "Compensação financeira": imposto inconstitucional

Já demonstramos que a "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" é um imposto.

Mas, que tipo de imposto?

Obviamente um imposto federal, já que instituído pela União.

Conforme já demonstramos, a União pode criar os impostos elencados no art. 153, I a VII, da Lei Fundamental e - desde que o faça por meio de lei complementar, não invada os campos impositivos estaduais, municipais e distrital, nem desconsidere os direitos fundamentais dos contribuintes - os que a imaginação criadora do Congresso Nacional vier a conceber (cf. art. 154, I, da CF).

Logo, à União é permitido criar impostos sobre a importação, sobre a exportação, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, sobre produtos industrializados etc. (todos elencados no art. 153, do Estatuto Supremo) e, dentro do teoricamente infinito campo de sua *competência impositiva residual* (ou *supletiva*), que lhe foi outorgada pelo art. 154, I, da Lei das Leis, os impostos sobre atos jurídicos, sobre cessão de direitos, sobre arrematações e assim por diante.

Notamos, deste modo, que a partilha, entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, das competências para criar impostos (competências impositivas) foi levada a cabo de acordo com um *critério material*. O constituinte, neste passo, descreveu objetivamente fatos, que podem ser colocados, pelos legisladores ordinários (federais, estaduais, municipais ou distritais) nas *hipóteses de incidência* (fatos geradores "*in abstracto*") dos impostos de suas pessoas políticas. Melhor explicitando, os mencionados arts. 153, 154,

I, 155 e 156, do Código dos Códigos, autorizam cada uma das pessoas políticas a instruir impostos sobre os fatos neles apontados genericamente ( "e.g.", o fato de alguém auferir rendimentos, o fato de alguém industrializar produto, o fato de alguém ser proprietário de imóvel urbano, o fato de alguém prestar serviço de qualquer natureza etc. ).

Com tais subsídios, vamos ver, finalmente, que tipo de imposto federal é a "compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais".

Pensamos tratar-se de um imposto da competência residual da União.

Com efeito, este imposto incide sobre o "faturamento líquido das empresas" ( art. 6º, da Lei 7.990/89 ), este entendido como sendo "o total das receitas das vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros" ( art. 2º, da Lei 8.001/90 ). O "quantum debeatur" deste tributo é um percentual deste faturamento líquido ( de 1% a 3%, nos termos do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.001/90 ).

Embora, num primeiro momento, possamos nos sentir inclinados a identificar este tributo como sendo um "adicional" do imposto sobre a renda, já que "faturamento líquido" não deixa de ser rendimento, o significado desta expressão, que nos é dado pelo art. 2º, da Lei 8.001/90, revela-nos que estamos diante de um imposto novo, compreendido na "competência residual" da União.

Trata-se de um imposto sobre o resultado da comercialização dos recursos minerais (ele nasce no momento da venda da substância mineral). Imposto que, não estando arrolado

no art. 153, da Constituição Federal, só pode buscar seu fundamento de validade no art. 154, I, do mesmo Diploma Magno.

Portanto, a "compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais" foi criada dentro da chamada "competência residual" da União. É um imposto, que, por sua finalidade ( compensar os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM ), pode ser havido por contribuição de intervenção no domínio econômico ( vide considerações feitas no item 3, "supra" ).

Um imposto, acrescentamos, que, infelizmente, não passa pelo teste da constitucionalidade, já que cumulativo e criado por meio de lei ordinária ( e, não, de lei complementar ). Queremos deixar patenteado que, se, ao invés disso, a União tivesse criado esta "compensação financeira" dentro da área de sua "competência impositiva explícita" ( o que, como vimos, seria perfeitamente possível ), tais reparos não caberiam, já que a lei ordinária seria de rigor e o princípio da não-cumulatividade não o alcançaria.

Realmente, mesmo os impostos da competência residual da União ( ainda que tenham por finalidade a intervenção no domínio econômico ) não podem ser criados com total liberdade. Mais: além de não lhes ser dado abarcar fatos que a Constituição reservou à tributação de outras pessoas políticas, devem, ainda, ser instituídos por meio de lei complementar e precisam obedecer ao princípio da não-cumulatividade.

Nada disso, no caso vertente, aconteceu.

A "compensação financeira" em tela foi criada por meio de lei ordinária, não obedece ao princípio da não-cumulatividade e, o que é pior, tem hipótese de incidência e base de cálculo idênticas ao



*ICMS* ( imposto de competência estadual ).

Este último aspecto será esmiuçado no próximo item.

Mas, mesmo abstraindo, por ora, tal inconstitucionalidade, as demais tismam, de modo irremediável, o tributo, que carece de qualquer respaldo jurídico.

Em boa verdade, a União, fazendo uso do rótulo "*compensação financeira*" está tentando contrabandear um tributo inconstitucional, que invade competência privativa dos Estados. Mediante alguns artifícios que modificam aspectos secundários de sua hipótese de incidência e base de cálculo ( elementos que, conjugados, revelam a natureza específica do tributo ), a União instituiu um novo imposto sobre operações mercantis com minerais.

Só por isso, a nosso sentir, a "*compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais*" é juridicamente inexigível.

## 5. A "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA" E O ICMS SOBRE MINERAIS

### 5.1. INTRODUÇÃO

O *ICMS* genericamente previsto no art. 155, II, da Constituição Federal, que estatui: "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".

Percebemos, assim, com facilidade, que o *ICMS* é um imposto de competência estadual e distrital. Os Estados e o Distrito Federal, mediante lei ordinária, podem instituí-lo ou sobre ele dispor, em seus respectivos territórios.

A sigla *ICMS* alberga pelo menos cinco impostos diferentes;<sup>(18)</sup> a saber: a) o imposto sobre operações mercantis ( operações relativas à circulação de mercadorias ); b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e, e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. Dizemos *diferentes*, porque estes tributos têm hipóteses de incidência e bases de cálculo diferentes.<sup>(19)</sup>

Tendo em vista os objetivos deste artigo, passemos, sem maiores delongas, a estudar os principais traços característicos do imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

### 5.2. O ICMS SOBRE A EXTRAÇÃO, CIRCULAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU CONSUMO DE MINERAIS

Como referimos, o *ICMS* também pode incidir sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

Este *ICMS*, embora agora tenha um campo de incidência maior, advém do antigo imposto federal sobre extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais, também chamado "*imposto único sobre minerais*", que vinha previsto no art. 21, IX, da Carta de 67/69.<sup>(20)</sup>

Enquanto vigorou aquela Lei Magna, só a União podia tributar as operações jurídicas com minérios e, ainda assim, era obrigada a, por meio de lei (federal), escolher qual delas (uma só) devia sofrer a incidência. E, para agravar ainda mais o quadro, as indústrias consumidoras de minerais podiam abater do ICM, o que haviam pago a título de imposto único sobre minerais, "na proporção de noventa por cento" (art. 26, § 2º, da Carta de 67/69).

Agora a situação se alterou: os Estados e o Distrito Federal (não mais a União) é que podem tributar a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo de minerais. Fazem-no por meio de ICMS e não mais precisam escolher a operação que sofrerá a incidência. Aliás, nada impede que gravem todas as operações, sendo suficiente, apenas, observem o princípio da não cumulatividade.

Fazendo um esforço analítico, podemos dizer que este ICMS: a) deverá ser não-cumulativo (art. 155, § 2º, I, da CF); b) acarretará, nos casos de isenção ou não-incidência, a menos que a lei estipule o contrário, anulação do crédito relativo às operações anteriores e não conferirá direito a crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes (art. 155, § 2º, II, da CF); c) poderá ser seletivo, em função da essencialidade dos minerais (art. 155, § 2º, III, da CF); d) terá as alíquotas relativas às operações interestaduais e de exportação fixadas pelo Senado Federal, mediante resolução (art. 155, § 2º, IV, da CF); e) terá adotada, nas operações e prestações que destinem minérios a consumidor final localizado em outro Estado, a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e a alíquota interna, quando ele não for (art. 155, § 2º, VII, a e b, da CF); f) incidirá sobre a entrada do minério importado do exterior, cabendo o imposto à pessoa política (Estado ou Distrito Federal) onde

estiver situado o estabelecimento destinatário do minério (art. 155, § 2º, IX, a, da CF); g) incidirá sobre o total da operação, quando minerais forem fornecidos com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios (art. 155, § 2º, IX, b, da CF); h) não incidirá sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar (art. 155, § 2º, X, a, da CF); i) não incidirá sobre o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial (art. 155, § 2º, X, c, da CF); j) não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do IPI, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure a hipótese de incidência (fato gerador "in abstracto") dos dois impostos (art. § 2º, XI, da CF); e k) terá, por lei complementar, definidos seus contribuintes, regulado o fenômeno da substituição tributária, disciplinado o regime de compensação, fixado (para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável) o local das operações relativas à circulação de minerais, excluído de sua incidência, nas operações para exterior, serviços e produtos não industrializados, previstos caso de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e mercadorias e, regulada a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados (art. 155, § 2º, XII, a,b,c,d,e,f,e,g, da CF). Sobremais, é facultado ao Senado Federal: a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros; e, b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros (art. 155, § 2º, V, a e b, da CF). (21)

### 5.3. O ICMS SOBRE MINERAIS E O § 3º, DO ART. 155, DA CF

Dispõe o § 3, do art. 155 da CF:

“art. 155.(...)”

“§ 3. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II, do caput deste artigo e os arts. 153 I e II, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País” (Grifamos).

Este artigo explicitou que “apenas” o ICMS, o imposto sobre a importação, e o imposto sobre a exportação, poderão incidir sobre “operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais”. Não foi criada, neste ponto, nenhuma imunidade tributária, mas apenas, o constituinte teve o cuidado de declarar que as precitadas operações, depedendo do caso, serão alcançadas tão-somente pelos referidos impostos. Ainda que inexistisse este dispositivo, o sistema constitucional apontaria para a mesma solução.

Obviamente, o dispositivo diz respeito, apenas e tão somente, a impostos ( tributos não-vinculados ) ; não a taxas ou contribuições ( tributos vinculados). Assim, nada impede que taxas ( de polícia ou de serviço ) ou contribuições ( “v.g”, contribuições de intervenção no domínio econômico) venham a alcançar pessoas que eventualmente pratiquem as mencionadas operações. Talvez fosse interessante, para afastar possíveis dúvidas e controvérsias, a edição de uma lei complementar, aclarando esta regra.

Estamos, agora, instrumentados a voltar ao exame da “compensação financeira”.

### 5.4. A “COMPENSAÇÃO FINANCEIRA” E O ART .153, § da CF

Como vimos, o art.155, § 3º, da CF prescreve que nenhum tributo incidirá sobre operações de minerais, ressalvados o ICMS, o imposto sobre a importação e o sobre a exportação. Dito de outro modo, exclui a possibilidade da exigência de quaisquer outras espécies de impostos, além das indicadas, sobre operações com minerais.

Ora, a União, usando o “nomen iuris” “compensação financeira”, criou, na verdade, um novo imposto sobre operações relativas a minerais. Malferiu, igualmente, o § 3º, do art .155 da CF.

De fato, como a Constituição, em seu art.155, § 3º, delimitou rigorosamente a competência para tributar operações jurídicas com minerais, a exigência de um novo imposto, sobre estes mesmos fatos, entremostra-se improspéravel.

Logo, a legislação federal, que estamos examinando, também sob este aspecto, afronta a lei Maior do País.

Isto não significa que a União não possa, de modo algum, tributar as pessoas ou empresas que exploram recursos minerais.

Deve, porém, tomar cautelas para não atropelar o precipitado art. 155, § 3º. da CF.

A União pode criar, para quem explora recursos minerais, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, inclusive sob a forma de imposto, mas deve ter o cuidado de não colocar na hipótese de incidência do tributo, o fato de alguém extrair, fazer circular, distribuir ou consumir minerais.

Assim, em exemplário armado ao propósito, pode tributar, à guisa de contribuição de intervenção no domínio econômico, o patrimônio da empresa que, mediante concessão ou autorização, explora recursos minerais. Pode, ainda, criar uma adicional sobre o imposto de renda pago por tais empresas, explicitando que a quantia, em razão deste adicional arrecadada, reverterá em benefício dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e do (órgão da Administração Direta da União). Com isso terá criado, também neste caso, uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Pode, igualmente, a União, criar, para as mesmas empresas, uma contribuição de intervenção no domínio econômico sobre o número de empregados que nelas trabalharem (quanto maior o número, maior a tributação). Enfim, desde que respeite as limitações constitucionais, qualquer solução tributária é possível.

O que a União nunca poderia ter feito era criar - como criou - um imposto sobre o resultado da comercialização de minerais. Imposto que, por se confundir com o ICMS, está fora de campo tributário (explícito ou residual) da União.

Todavia, há um outro ponto que, segundo pensamos, também torna incobrável este tributo.

## 6. A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA INCOMPLETA DA "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA SOBRE A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS"

As leis federais que pretenderam criar "*in abstracto*", o tributo em apreço, não descreveram, pormenorizadamente, todos os elementos de sua norma jurídica.

Antes, como vimos, limitaram-se a apontar "genericamente" sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, sua base de cálculo e suas alíquotas.

O sujeito passivo acabou indicado em decreto regulamentar, que também detalhou a hipótese de incidência, o modo de aplicar as alíquotas, de se apurar a base de cálculo e de afetar o lançamento do tributo.

Foram, pois, normas infralegais, que colmearam as lacunas das leis tributárias.

Ora, é indiscutível que a lei que cria "*in abstracto*" o tributo deve descrever, pormenorizadamente, todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária, máxime a hipótese de incidência, com os critérios que a informam. Esta é uma exigência do princípio da tipicidade tributária, tão bem estudado por Alberto Xavier.

Para o mestre português, "a tipicidade do fato tributário pressupõe... uma descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, cuja integral verificação é indispensável para a produção de efeitos".(22)

A hipótese de incidência tributária sempre veiculada por meio de lei - deve conter uma exaustiva descrição dos pressupostos tributários, apta a permitir que todos eles sejam perfeitamente reconhecidos, quando ocorrerem, no mundo fenomênico.

Esta idéia vem acentuada por Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem, o fato gerador "*in abstracto*" ( hipótese de incidência ) deve "ser minuciosamente descrito ( princípio da especificação) para evitar ao intérprete ou ao aplicador da lei, entendimentos dilargados ou contraditórios a seu respeito, gerando insegurança e incerteza para o

contribuinte".(23)

Quando a hipótese de incidência é incompleta, ou seja, não descreve, de modo exaustivo o "tipo tributário", a exação não poderá ser exigida.

É o que Aires Fernandino Barreto, em artigo de bela feitura, (24) chama de insuficiência da hipótese de incidência, que impede o surgimento do tributo.

A própria União deu-se conta desta imperdoável cinca. Tanto que como veremos no próximo item tratou, primeiro por meio de decreto regulamentar e, depois, de portaria e parecer normativo, "aperfeiçoar" o tipo tributário. Debalde, porquanto, como é sabido e consabido, a descrição do tipo tributário está "sob reserva absoluta de lei formal".

Portanto, não tendo sido criado "*in abstracto*", este tributo não pode, agora, nem nascer "*in concreto*", nem, muito menos, ser validamente exigido.

Em suma, mesmo que fizéssemos uma desesperada tentativa para salvar da inconstitucionalidade a "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" e, contra todas as evidências jurídicas, reconhecêssemos que se trata de uma verdadeira "contribuição de intervenção no domínio econômico" ainda assim seria inexigível, por não ter sido corretamente criada, "*in abstracto*". Sua "hipótese de incidência insuficiente" (não descreveu, com todos os detalhes, os fatos que, ocorridos, farão nascer a exação) impediria a ocorrência do fato imponível (fato gerador "*in concreto*").

## 7. A "COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS" E O DECRETO QUE PRETENDEU REGULAMENTAR AS LEIS QUE A INSTITUÍRAM

### 7.1 - INTRÓITO

No Brasil impera o princípio da legalidade, veiculada no art. 5º, II, da CF:

"art. 5º (...):

"II ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Bastaria este dispositivo constitucional para que, tranquilamente pudéssemos proclamar que, entre nós "ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo, ou a pagá-lo a maior, senão em virtude de lei".

Não satisfeito, porém, o constituinte deliberou, em matéria tributária, ser reduntante. Tanto que fez inscrever no art. 150, II, da Lei das Leis ser vedado, às pessoas políticas, "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

Podemos, pois, dizer que, em matéria tributária, vigora mais do que o simples princípio da legalidade, o princípio da estrita legalidade (ou da reserva absoluta da lei formal), entendido no sentido de que a lei, necessariamente minuciosa, deve indicar, a seu aplicador, não só o fundamento da decisão, como o critério de decidir e as medidas que está autorizado a adotar, pra que a arrecadação do tributo se processe com exatidão.(25)

Todos os elementos essenciais do tributo devem ser

erigidos abstratamente pela lei. São elementos essenciais do tributo os que, de algum modo, influem no *an* e no *quantum* da obrigação tributária (hipótese de incidência, sujeito ativo passivo, base de cálculo e alíquota).

O próprio Chefe do Executivo, ao expedir decretos regulamentares, deve respeitar este princípio, como melhor se verá, em seguida.

## 7.2. A LEI: FUNDAMENTO DA FACULDADE REGULAMENTAR

A lei é o fundamento da faculdade regulamentar, que, como é pacífico, é levada a efeito por meio de decreto (por isso mesmo, decreto regulamentar).

De fato, os decretos regulamentares, no Brasil, sujeitam-se ao princípio da legalidade, só podendo validamente surgir, para executar alguma lei. Entre nós inexistem os regulamentos autônomos (independentes da lei).

Os únicos regulamentos aceitos por nosso direito positivo são os executivos (ou de execução), em face do que determina o art. 84, IV, da Constituição Federal ("compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"). Por extensão, a faculdade alcança os demais chefes do Poder Executivo (Governadores e Prefeitos), nas esferas de suas atribuições. Dito de outro modo, o Presidente, o Governador e o Prefeito devem regulamentar as leis que lhes dizem respeito. Farão isso, por meio de decreto, que vai estabelecer os pormenores normativos de ordem técnica, que viabilizam o cumprimento das leis a que se referem.

Os *regulamentos executivos* são igualmente chamados de subordinados, para pôr em destaque o princípio formal de hierarquia normativa existente entre o regulamento e a lei. Com verdade, esta (a lei) precede ao regulamento, de tal sorte que seus aplicadores devem desconsiderá-lo, se estiver em desacordo com os ditames legais. A lei desde que não fira a Constituição é o ato inicial, incondicionando e incontestável; o regulamento, o ato subsequente, condicionado e contestável ( Vedel ).

O regulamento executivo, esclarece luminosamente Celso Antônio Bandeira de Mello, especifica "*os comandos já abrigados virtualmente na lei, isto é, compreendidos na abrangência de seus preceptivos*".(26)

Acerca deste assunto, tivemos a oportunidade de escrever:

*"O regulamento, dentro da "PIRÂMIDE JURÍDICA", está abaixo da lei. Logo, não a pode nem ab-rogar, nem modificar. Deve, sim, submeter-se às disposições legais, inspirando-se em suas diretivas, sem as contrariar. Se infringir ou extrapolar a lei, será nulo".(27)*

É sempre bom termos presente que o regulamento, em nosso sistema jurídico, deve estar sempre subordinado à lei que o exige, para ganhar plena eficácia. Logo, não pode ser nem *contra-legem*, nem *praeter-legem*, nem *ultra-legem*, nem, óbvio, *extra-legem*, mas, apenas e tão somente, *intra-legem* e *secundum-legem* (Michel Stassinopoulos ).

É o que também ensinam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

*"Sua submissão ( a submissão do regulamento ) à lei é*

*absoluta, em vários sentidos: não produz mais do que a lei deixa, não pode tentar deixar sem efeito os preceitos legais ou contradizê-los, não pode suprir a lei ali onde esta é necessária para produzir um determinado efeito ou regular um certo conteúdo".(28)*

Em nosso ordenamento jurídico, o Executivo, no exercício de sua faculdade regulamentar, não pode, em nenhum caso, invadir a esfera de atribuições do Legislativo.

Para arredar em definitivo qualquer dúvida sobre esta vedação absoluta, a Constituição, em seu art. 37, submete a Administração Pública ao "princípio da legalidade" e, em seu art. 84, IV, exige que os decretos regulamentares sejam expedidos apenas para prover a "fiel execução" da lei.

### 7.3. OS REGULAMENTOS, EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Também em matéria tributária, como não poderia deixar de ser, o único regulamento aceito por nossa Constituição é o *Executivo*, o qual, subordinando-se inteiramente à lei, limita-se a prover sua fiel execução, ou seja, apenas lhe dá condições de plena eficácia, sem, porém, impor deveres novos (não contemplados na lei) aos contribuintes.

Por força do princípio da legalidade (que o sobrepair e o informa) não pode criar ou aumentar tributos, impor deveres instrumentais tributários (obrigações acessórias), nem prever quaisquer ônus ou encargos que possam repercutir na liberdade ou no patrimônio dos administrados. Falta-lhe titulação jurídica para isso.

Em suma, o regulamento não pode, por virtude própria, dar nascimento a nenhuma relação jurídico-tributária nova, sob pena

de irremissível ilegalidade e inconstitucionalidade.

O regulamento tem a função de simplesmente *aclarar* a lei que o exige. Deve determinar-lhe o verdadeiro sentido, sem, entretanto, introduzir-lhe disposições novas. Por aí se vê que o regulamento não pode criar *dever novo* ou *proibição nova*, mas, apenas, tornar plenamente aplicável a lei tributária que os veicula.

O regulamento deve explicitar a lei tributária a que se prende, sem nada lhe subtrair, aumentar ou modificar. Se veicular disposições novas, ou seja, na lei tributária não contidas, será injurídico e, portanto, perfeitamente descumprível.

Um regulamento não pode produzir obrigações tributárias novas, mas, apenas, prover a fiel execução das leis que as produziram.

Se a lei tributária for omissa, suas lacunas não poderão ser supridas pelo regulamento.

Portanto, inclusive em matéria tributária, a Fazenda Pública só pode agir com base numa previsão legal (nunca regulamentar), que lhe imponha o dever de atuar.

### 7.4. O CASO EM ESTUDO

Relembradas estas noções correntes, cabe-nos, agora, aplicá-las ao caso em estudo.

O Presidente da República editou o Decreto Regulamentar nº 01/91, cuja ementa é a seguinte: "*Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de*

28 de dezembro de 1989, e dá outras providências”.

A pretexto de regulamentar a Lei 7.990/89 ( com as complementações que lhe fez a Lei nº 8.001/91), este decreto criou novidades jurídicas, em detrimento dos contribuintes.

Desde logo chama-nos a atenção a circunstância de que as Leis nºs. 7990/89 e 8001/90, ao instituírem a “*compensação Financeira pela exploração de recursos minerais*” (CFEM) limitaram-se a definir suas bases de cálculo (art. 6º, da Lei 7990/89) e alíquotas (art. 2º, da Lei 8001/90). Deixaram de pormenorizar a hipótese de incidência (fato gerador “*in abstracto*”) do tributo e apenas “sugeriram” seu sujeito passivo (contribuinte). Portanto, não chegaram a criar “*in abstracto*”, o tributo. De fato, o art. 1º, da Lei 7.990/90, apenas estatuiu que “o aproveitamento... dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida nesta Lei”. Não descreveu corretamente a figura típica. Ao invés de aperfeiçoar o tipo tributário, como seria imprescindível, operou, no dizer expressivo de Wagner Balera, uma “*degradação do tipo*”. Não criou, em rigor, nenhum tributo.

Foi o art. 13, do Decreto nº 01/91, que estabeleceu que os contribuintes são os “*detentores de direitos minerários a qualquer título*”. O mesmo decreto, agora em seu art. 15 e par. único, explicitou qual é, em toda a latitude, o “*fato gerador*” ( hipótese de incidência) da “*compensação financeira*”. Portanto, este decreto ultrapassou as barreiras legais, devendo, nestes pontos, ser ignorado.

Por outro lado, o Decreto nº 01/91, depois de repetir, nos parágrafos 1º a 4º, do art. 13, os parágrafos 1º a 4º, do art. 2º, da Lei 8.001/90 (o que tipifica indiscutível erro de técnica, já que a norma

inferior não existe para reproduzir, “*ipsis literis*”, a norma superior), inovou, inauguralmente, a ordem jurídico-tributária, ao estatuir, em seu artigo 14, o que se considera, para fins de incidência da “*compensação financeira pela exoração de recursos minerais*”: a) “*atividade de exploração de recursos “minerais”*” ( inc. I e § 1º ); b) “*faturamento líquido*” ( inc. II ); e, c) “*processo de beneficiamento*” (inc. III). Também, sem previsão legal, estabeleceu que “as despesas de transporte compreendem as pagas ou incorridas pelo titular do direito minerário com a substância mineral”(§ 2º ).

O Decreto também alterou os prazos de pagamento do tributo: “até o último dia útil do segundo mês subsequente ao fato gerador”(art. 26, “*in fine*”), quando a Lei 7.990/89, em seu art. 8º, estabeleceu que ele deverá ser efetuado “até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador”.

As lacunas das leis em foco não poderiam ter sido supridas pelo Poder Executivo. Também suas determinações não poderiam ter sido alteradas pelo ato normativo de inferior hierarquia. Afinal, como vimos, o decreto regulamentar - especialmente em matéria tributária - deve, apenas, estabelecer os pormenores normativos de ordem técnica, aptos a viabilizar os comandos legais.

Portanto, o Decreto nº 01/91 não se conteve nos limites da competência regulamentar, já que inovou inauguralmente a ordem jurídica tributária, atropelando e “completando” as Leis 7.990/89 e 8.001/90 (o que somente uma nova lei federal poderia fazer).

Tal decreto é, pois, a um tempo, ilegal e inconstitucional. Illegal, porque não se limitou a veicular normas complementares, necessárias à execução das leis que se propôs regulamentar; antes criou realidades tributárias novas, agravando a situação dos contribuintes. E,



inconstitucional, porque agrediu frontalmente o princípio da estrita legalidade tributária e os direitos fundamentais dos contribuintes, tão bem travejados em nossa Carta Magna. Não pode, em absoluto, prevalecer.

Outro entendimento implicaria em aceitarmos a delegação de função legislativa ao Poder Executivo, o que, como não se discute, é terminantemente vedada por nosso ordenamento constitucional, máxime em matéria tributária.

## 7.5 NOVAS INCONSTITUCIONALIDADES

Se o decreto regulamentar, que é a fonte secundária por excelência do Direito Tributário, está tolhido por tão formidáveis peias, por muito maior razão as portarias, as instruções, os pareceres normativos etc., que, dentro da "pirâmide jurídica" ocupam posição inferior. Eles também não podem interferir na liberdade e na propriedade dos contribuintes.

Nada obstante, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) emitiu o Parecer CONJUR/MIN-FRA nº 728-91 estabelecendo que as despesas de transporte e seguros são as ocorridas após a composição do preço de venda e a entrega do produto mineral ao comprador.

O mesmo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) houve por bem expedir a Portaria nº 06/92, determinando a correção monetária da compensação financeira, pela UFIR.

Aliás, estes detalhamentos, que só poderiam ter sido efetuadas pela lei (nunca por portaria e parecer normativo), mais e

mais acentuam as semelhanças entre a "compensação financeira" e o ICMS incidente sobre minerais. Já cuidamos desta inconstitucionalidade.

## 7.6 SÍNTESE CONCLUSIVA

Encerrando este tópico, parece-nos bem afirmar que, ainda que, "*ad argumentandum tantum*", se venha a negar a natureza tributária da "compensação financeira" em foco, nem assim, ela poderá ser validamente exigida, porquanto foi um decreto (coadjuvante por atos normativos de ainda menor hierarquia) e, não uma lei, que estabeleceu seus pressupostos básicos.

## 8 ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

Como vemos, sob qualquer óptica adotada, resplandece a inconstitucionalidade da "compensação financeira" pelo resultado da exploração de recursos minerais". Tal inconstitucionalidade é tão insofismável, que quem analisa esta teratológica figura fica tentado a negar-lhe o caráter tributário, dizendo que se trata de simples ressarcimento que o concessionário de lavra deve fazer, pela exploração de recursos pertencentes ao domínio público ("royalty").

Pensamos haver demonstrado cabalmente que este modo de pensar não procede.

## 9 CONCLUSÕES

Isto tudo posto e considerado, podemos sumular as seguintes conclusões:

1) No Brasil, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são propriedade da União, que detém o monopólio de sua exploração.

II) A pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser realizadas por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional, na forma da lei e mediante autorização ou concessão da União.

III) A Carta Suprema quer que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da administração direta da União se beneficiem dos recursos minerais do sub-solo. Tal benefício poderá dar-se por meio de participação no resultado da exploração destes recursos ou de compensação financeira por essa exploração (art. 20, § 1º, da CF).

IV) Cabe à União operacionalizar a vontade constitucional, o que ela fará ou impondo, a quem explora os recursos minerais, o dever de dar, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a órgãos da administração direta federal, **participação no resultado da exploração ou uma compensação financeira por essa exploração.**

V) A forma da **participação no resultado da exploração**, deverá vir prevista no ato de concessão ou autorização, tendo sempre por diretriz a manutenção do equilíbrio entre os encargos de quem vai explorar os recursos minerais e as vantagens econômicas que irá obter. Tudo, no caso, será resolvido pois, em termos estritamente contratuais.

VI) **A compensação financeira pela exploração de recursos econômicos** poderá vir prevista no próprio ato de concessão ou autorização (forma contratual) ou ser implantada por meio de tributo específico (forma legal).

VI-A) Na primeira hipótese, o assunto será solucionado contratualmente, desde que se assegure, a quem explora os recursos

minerais, o “equilíbrio econômico-financeiro” de suas atividades.

VI-B) Na segunda hipótese, a questão passará ao largo da vontade das partes envolvidas, devendo ser equacionada por meio de lei, obedecido o regime jurídico tributário. Noutros termos, a lei obrigará a pessoa ou a empresa que explora, mediante autorização ou concessão os recursos minerais, a pagar a “compensação financeira”, sob a forma de tributo. Tal tributo será a “contribuição de intervenção no domínio econômico”, a que alude o art. 149, da Constituição Federal.

VII) O exame de nosso direito positivo nos revela que a União, para dar cumprimento ao art. 20 § 1º, da CF, optou pelo caminho tributário. Para tanto editou as Leis nºs. 7.990/89 e 8.001/90, criando a “compensação financeira pela exploração de recursos minerais”, que, a despeito de seu “rótulo” tem natureza tributária.

VIII) A legislação que criou a “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” atropelou, em vários pontos, o regime jurídico tributário, moldando um tributo inconstitucional e portanto, inexigível.

IX) A análise dos fatos jurídicos que a fazem nascer revela que a “compensação financeira” tem por hipótese de incidência (fato gerador “*in abstracto*”) um comportamento do contribuinte, independente de qualquer atuação estatal: explorar, mediante concessão ou autorização, recursos minerais e, depois, colocá-los no mercado. Sua base de cálculo (o total das receitas das vendas dos recursos minerais) confirma sua natureza de imposto (tributo não-vinculado).

X) A “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” incide sobre o “faturamento líquido das empresas” (art. 6º, da Lei 7.990/89), este entendido como sendo “o total das receitas das vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a

comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros" (art. 2º, da Lei 8.001/90). O "quantum debeatur" deste tributo é um percentual deste faturamento líquido (de 1% a 3%, nos termos do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.001/90).

XI) Trata-se de um imposto sobre o resultado da comercialização dos recursos minerais (ele nasce no momento da venda da substância mineral). Imposto que, não estando arrolado no art. 153 da Constituição Federal, só pode buscar seu fundamento de validade no art. 154, I, do mesmo Diploma Magno.

XII) Portanto, a "compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais" foi criada dentro da chamada "competência residual" da União. É um imposto, que, por sua finalidade (compensar os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM), pode ser havido por contribuição de intervenção no domínio econômico (vide considerações feitas no item 3, "supra").

XIII) Um imposto, porém, que não passa pelo teste de constitucionalidade, já que cumulativo, criado por meio de lei ordinária (e, não, de lei complementar) e tendo hipótese de incidência e base de cálculo idênticas ao ICMS (imposto de competência estadual).

XIV) Mesmo que se queira salvar da inconstitucionalidade a "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" e, contra todas as evidências jurídicas, se reconhece que se trata de uma verdadeira "contribuição de intervenção no domínio econômico", ainda assim ela é inexistente, por não ter sido corretamente criada, "in abstracto". Sua "hipótese de incidência insuficiente" (não descreveu, com todos os detalhes, os fatos que, ocorridos, farão nascer a exação) impede a concorrência do fato imponible (fato gerador

concreto").

XV) A pretexto de regulamentar a Lei 7.990/89 (com as complementações que lhe fez a Lei nº 8.001/91), o Decreto nº 01/91 criou "novidades jurídicas", em detrimento dos contribuintes. Portanto, este decreto não se conteve nos limites da competência regulamentar, já que inovou inauguralmente a ordem jurídica tributária.

XVI) Tal decreto é, pois, a um tempo, ilegal e inconstitucional. Ilegal, porque não se limitou a veicular normas complementares, necessárias à execução das leis que se propôs regulamentar; antes, criou realidades tributárias novas, agravando a situação dos contribuintes. E, inconstitucional, porque agrediu frontalmente o princípio da estrita legalidade tributária e os direitos fundamentais dos contribuintes, tão bem travejados em nossa Carta Magna. Não pode, em absoluto, prevalecer.

XVIII) Ainda que, "*ad argumentandum tantum*", se venha a negar a natureza tributária da "compensação financeira" em foco, nem assim, ela poderá ser validamente exigida, porquanto foi um decreto (coadjuvado por atos normativos de ainda menor hierarquia) e, não, uma lei, que estabeleceu seus pressupostos básicos.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A Carta suprema afastou-se, pois, das diretrizes do Direito Romano, que dava à propriedade uma projeção ilimitada ("ab inferos ad astra"), e, embora de modo implícito, proibiu o proprietário do solo de dispor do subsolo. De conseguinte, a exploração dos recursos minerais nele contidos pode ser confiada, pela União, a terceira pessoa,

assegurando-se, podem, ao proprietário do solo, a participação nos resultados da lavra, nos termos da lei (art. 176, § 2º, da CF).

2. Comentando este parágrafo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com grande pertinência, observa: "causa estranheza, também, a previsão de uma participação em favor de órgão da administração direta federal. Trata-se de aberrante vinculação de receita, pois, como ente da administração direta, não tem personalidade à parte" (Comentários à Constituição Brasileira de 1.988 - Vol. I Saraiva, São Paulo, 1990, p.154).

3. Com isso, discordamos, "data venia", dos juristas que têm sustentado que quem deve responder pela "compensação financeira" prevista no art. 20, § 1º, da CF é a União, dona do sub-solo. Acrescentam, estes estudiosos que a "compensação financeira" não pode ter natureza tributária, mas contratual e que, portanto, a União para, ressarcir-se junto a quem explora os recursos minerais, deve prever, no próprio ato de concessão ou autorização, os mecanismos adequados de seu reembolso, mas sempre tendo em vista a preservação da chamada "equação econômico-financeira" da avença.

4. Malheiros Editores, 5ª ed., 1.993, pp. 302 a 304 (os grifos estão no original).

5. Estas são exigências impostergáveis do "estatuto do contribuinte" e dos princípios da rigidez e da reserva das competências tributárias, que irradiam efeitos sobre todo nosso ordenamento jurídico, inclusive sobre este art. 149, do Código Máximo.

6. Observamos que se a União vier a criar, tendo em vista a intervenção no domínio econômico, um adicional de qualquer dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V, do art. 153, da Lei

Maior, será facultado ao Poder Executivo federal, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas (art. 153, § 1º, da CF).

Por outro lado, se a União acabar instituindo um adicional do IPI, também para intervir no domínio econômico, ele deverá obdecer às regras da seletividade em função da essencialidade do produto e da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, I e II, da CF).

Que fique porém explicitado que, no exercício de sua competência tributária, a União poderá criar "contribuições de intervenção no domínio econômico" sobre rendimentos obtidos, sobre operações financeiras realizadas, sobre exportações efetuadas etc., já que a tributação destes fatos lhe foi reservada pela Constituição Federal.

7. Igualmente a União não pode criar uma "contribuição de intervenção no domínio econômico" sobre prestações de serviços de qualquer natureza, já que a tributação destes fatos foi constitucionalmente reservada aos Municípios, que, diga-se de passagem, a estão realizando, por meio de ISS. Os exemplos poderiam ser multiplicados, que são legião.

8. Hipótese de incidência tributária, São Paulo, Malheiros Editores, 5ª ed., p. 177.

9. A nosso sentir, no Brasil, o tributo é o gênero, do qual o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria são as espécies. Para nós, os empréstimos compulsórios (art. 148, da C.F.) são tributos restituíveis, as contribuições parafiscais tributos arrecadados por pessoa diversa daquela que os instituiu, os "impostos extraordinários" (art. 154, II, da CF), simples impostos que a União, na iminência ou no caso de guerra externa, poderá criar, sem observar o princípio da reserva das

competências impositivas e, finalmente, as "contribuições" (art. 149, da C.F.) tributos qualificados por sua finalidade.

Não ignoramos, porém que muitos doutrinadores sustentam que as contribuições são uma nova categoria de tributos (ao lado dos impostos, das taxas, da contribuição de melhoria, dos empréstimos compulsórios etc.)

Isso não nos causa embaraços. É que as classificações - inclusive as classificações jurídicas - tem um quê de arbitrário. Dependem do critério eleito pelo agente classificador, ao dividir um conjunto de seres (objetos, coisas) em categorias.

Particularmente, analisando as normas constitucionais pertinentes (já que tínhamos em mira levar a efeito uma classificação jurídica dos tributos), chegamos à conclusão que há apenas três espécies tributárias: os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria. E que, portanto, as "contribuições" enquadram-se numa destas três categorias, dependendo da hipótese de incidência (confirmada pela de cálculo) que tiverem.

Nada impede, porém, que outros estudiosos, elegendo critérios classificatórios diversos, subdividam os tributos em quatro, cinco, sete, ou, mesmo, dez outras modalidades.

O que importa considerar é que, tanto na classificação dos tributos por nós proposta (impostos, taxa e contribuição de melhoria), quanto na levada a efeito por outros pesquisadores (impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições etc.), as "contribuições de intervenção no domínio econômico" são tributos, devendo, pois, respeitar os princípios e normas constitucionais que regulam a ação tributária do Estado.

10. CF. "Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição".

11. O princípio constitucional da segurança jurídica, como é cediço, ajuda a promover os valores supremos do ordenamento jurídico fortalecendo o *Estado Democrático de Direito*.

Em matéria tributária, o princípio da segurança jurídica, se realiza por meio: a) do conhecimento e certeza do direito positivo; b) da confiança das pessoas nas instituições públicas e no ordenamento jurídico em geral, enquanto garantidores da paz social; e, c) da previsibilidade dos efeitos que derivam da aplicação das normas e das próprias ações ou condutas de terceiros.

Por isso, as normas tributárias devem ser marcadas pela clareza para que seus destinatários saibam como comportar-se diante delas. Vai daí que se impõe uma depurada técnica jurídica no processo de elaboração de tais normas, que além de regularem atos e relações jurídicas em massa, afetam e condicionam a atividade econômica global de todos os cidadãos.

Ao editar leis, decretos, portarias etc, o Estado deve empenhar-se em tornar compreensível, para a maioria das pessoas, a legislação tributária. Uma legislação confusa, obscura e incompleta dificulta sua aplicação, além de solapar a certeza do Direito e a confiança que as pessoas nele devem depositar.

Em suma, é conveniente que as normas tributárias tenham redação clara, na qual não se possam insinuar a perplexidade e a dúvida. Evidentemente as normas que criaram a "compensação

financeira pela exploração de recursos minerais" não preenchem estes requisitos.

Não desenvolvemos o assunto porque entendemos que as deficiências técnicas das normas jurídicas não implicam, necessariamente, em inconstitucionalidade. Afinal as antinomias e os vazios normativos, reais ou aparentes, podem, no mais das vezes, ser resolvidos por meio da interpretação jurídico-sistemática.

12. Tratado de Direito Privado, vol. 22, Rio, Borsó, 1958, p. 13.

13. Introducción al Análisis Filosófico, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 35

14. Alfredo Augusto Becker, com extrema felicidade e inegável acerto, observa a propósito: "A natureza jurídica do tributo (e a do dever jurídico tributário) não depende da destinação financeira ou extrafiscal que o sujeito ativo da relação jurídica vier a dar ao bem que confere a consistência material ao tributo que foi ou deve ser prestado. Nenhuma influência exerce sobre a natureza jurídica do tributo, a circunstância de o tributo ter uma destinação determinada ou indeterminada...". E, arremata, com invejável mestria: "O tributo é o objeto da prestação jurídica. Uma vez efetuada a prestação, a relação jurídica tributária se extingue. O que acontece depois com o bem que dava consistência material ao tributo, acontece em momento posterior e em outra relação jurídica, esta última de natureza administrativa (Teoria Geral do Direito Tributário, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1972 pp. 260/1 - os grifos são do autor).

15. Oportunas acerca deste assunto, as seguintes lições de Sacha Calmon Navarro Coelho: "Embora os contratos extraíam sua força das leis que lhes traçam o perfil ou, pelo menos, lhes atribuem

os requisitos mínimos (contratos inominados) quando se diz que o tributo decorre da lei e as obrigações convencionais de contrato, está se querendo dizer o tributo é decorrente do fato unilateralmente previsto e a obrigação convencional de fato lícito bi ou multilateralmente acordado. Um é ex lege (nesse sentido) e o outro ex voluntate" ("O Fato Gerador", in Obrigação Tributária, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 47/8).

16. Esta definição apóia-se nas lições de Geraldo Ataliba (Hipótese..., pp. 21 e seguintes). No mesmo sentido, para Hans Nawiasky os impostos são "as prestações pecuniárias que se impõem pelo ordenamento jurídico, em favor da administração pública, sem especial conexão, com uma vantagem oferecida por ela" (Cuestiones fundamentales de derecho tributario, Madrid 1982, p. 45 - traduzimos para o português).

17. Esta ideia foi muito bem explicitada no art. 16 do CTN: "Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte".

18. Dizemos "pelo menos cinco impostos diferentes", porque juridicamente nada nos impediria de considerar, "u.g.", o imposto sobre a produção de lubrificantes diferentes do imposto sobre o consumo de energia elétrica. Neste caso, seriam mais de 20 impostos diferentes (justamente por terem hipóteses de incidência e/ou bases de cálculo diferentes).

19. O que distingue um tributo de outro é seu binômio hipótese de incidência/base de cálculo. A base de cálculo, além de colaborar na determinação da dívida tributária, dimensionando o fato impositivo, afirma o critério material da hipótese de incidência do tributo.

Esta última função é ressaltada por Juan Ramallo Massanet: "...lo que debe entenderse por congruencia se habla de que la base, respecto de hecho imponible, debe estar 'estrechamente entroncada' ( Sáinz de Bujanda, Ferreiro, Araújo Falcão ), que deve guardar 'pertinencia' ou 'inherencia' ( Araújo Falcão ) y 'adecuación' ( Cortes ), que debe estar vinculada 'diretamente' ( Blumenstein, Jarach )" ( "Hecho Imponible y Cuantificación de la Prestación Tributaria" in RDT 11/12:31 ). Em suma, a base de cálculo deve apontar para a hipótese de incidência do tributo, confirmando-a. Do contrário, o tributo terá sido mal instruído e por isso mesmo, será inexigível. Donde podemos concluir que a base de cálculo é absolutamente indispensável, para qualquer tributo.

20. Constituição de 67/69 - "Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre: (...) IX - a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais do País enumerados em lei, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, observando o disposto no final do item anterior"

21. Aprofundamos o assunto em nosso livro ICMS (São Paulo: Macheinos Editores, 1994).

22. Os princípios da legalidade e da Tipicidade da Tributação, São Paulo: Ed RT, 1978, p.87.

23. Op. cit., p.43.

24. Ausência de Subsunção diante de fato insuficiente RDT nº 63, pp 264 e sgs.

25. Vide, a respeito, nosso curso, especialmente nas pp 148 e sgs.

26. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, Ed. , S. Paulo, Ed. Revista do-s Tribunais, 1981, p. 90

27. Curso, p. 208..

28. Curso de Direito Administrativo, Ed. RT, São Paulo 1991, p. 198, tradução de Arnaldo Setti (esclarecemos no parêntese)

## MANDADO DE INJUNÇÃO

**Antonia Lima Sousa**

Procuradora do Município de Fortaleza

**SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Antecedentes Históricos. 3 - Conceito. 4 - Pressupostos de Admissibilidade. 5 - Campo de Proteção. 6 - Aspectos Processuais. 6.1 - Auto-aplicabilidade. 6.2 - Competência. 6.3 - Rito Adequado. 6.4 - Partes. 6.5 - Sentenças. 6.6 - Recursos. 7 - Conclusão.**

### 1) INTRODUÇÃO

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 introduziu, no Ordenamento Jurídico do Estado, o instituto do Mandado de Injunção, até então desconhecido da sistemática jurídica brasileira tradicional, previsto no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - art. 5º, inciso LXXI, como um dos remédios constitucionais possíveis de tornar efetiva a norma constitucional.

O novel instituto elencado no Capítulo dos Direitos e Deveres e Coletivos, revela sua importância, uma vez que sua existência está condicionada à aplicação dos Direitos Fundamentais do indivíduo. É aqui se faz necessário tecer algumas considerações acerca do que vem a ser direitos fundamentais.

Segundo o prof. Paulo Bonavides, citando Hesse, "direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais".(1) E prossegue o ilustre constitucionalista, desta vez citando dois critérios como meios de caracterização dos direitos fundamentais, estabelecidos por Carl



Schmitt: "pelo primeiro, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados ou especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança: ou são **IMUTÁVEIS** (unabänderliche), ou pelo menos de mudança **DIFICULTADA** (erschwert), a saber, direitos unicamente **ALTERÁVEIS** mediante lei de Emenda à Constituição".(2)

Para GOMES CANOTILHO, "direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vi-gentes numa ordem jurídica concreta".(3)

José Afonso da Silva entende que "a expressão direitos fundamen-tais do homem são situações jurídicas (objetivas e subjetivas) definidas no direito positivo, em prol da dignidade e liberdade da pessoa humana".(4)

Assim, direitos fundamentais, em suma, são direitos de vital importância ao ser humano que o Estado, através de sua Lei Maior, protege, fazem-do-os constarem positivamente em seu arcabouço jurídico. No Brasil, com base na Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos: (5)

- I . Direitos Individuais (art. 5º)
- II . Direitos Coletivos (art. 5º)
- III . Direitos Sociais (art.6º. e 193 e 55)
- IV . Direito à Nacionalidade (art. 12)
- V . Direitos Políticos (art. 14 a 17)

A classificação ora mencionada tem a princípio a função

de ilustrar quais os direitos fundamentais contemplados na ordem constitucional positiva, e também, levantar questão acerca da concretização e proteção desses direitos fundamentais, enveredando, portanto, pelo caminho que irá nos levar às Garantias dos Direitos Fundamentais.

Segundo preleciona José Afonso da Silva, as garantias dos Direitos Fundamentais ocorrerão em dois grupos; o primeiro, "são as garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais; o segundo são as garantias constitucionais concebidas a partir da subdivisão de dois tipos: a) Garantias Constitucionais Gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e res-peito aos direitos fundamentais; b) Garantias Constitucionais Especiais que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismo que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial".(6)

Das várias modalidades de Garantias Constitucionais que visam pro-teger os direitos fundamentais ( proteção social, proteção política e proteção jurídica) iremos nos ater, no presente trabalho, a proteção jurisdicional do Mandado de Injunção.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Até a promulgação da Constituição de 1988, nenhuma outra Carta havia contemplado o instituto do Mandado da Injunção.

As normas constitucionais nem sempre tiveram eficácia plena em virtude de omissão legislativa, ficando dispositivos constitucionais de valia incalculável sem aplicabilidade, porque normas regulamentadoras deixavam de ser editadas. Assim é o exemplo da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, consignado já na Carta de 1946 e que jamais chegou a ser aplicado, por falta de regulamentação.

Sendo as normas constitucionais, princípios na sua grande maioria de ordem programática, remetidas sempre ao legislador infraconstitucional, este instituto já havia sendo ventilado nos anos 80, quando da V Conferência Nacional da OAB, realizada no RJ em 1985, que teve com tema central "Os Direitos Humanos", quando então, surgiu a proposta da advogada Maria Lúcia D'Avila Pizzolante de se criar "um instrumento jurídico capaz de forçar a aplicação da lei maior, evitando os lapsos de inércia à falta de norma complementar".(7)

Antes de instaurada a Assembléia Nacional Constituinte o então Vice Presidente de República, respondendo pelo Governo, Sr. José Sarney institui através de Decreto em 18.06.85 uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta pelas mais altas autoridades em Direito Constitucional para que elaborasse um anteprojeto de Constituição. Neste anteprojeto, embora não tenha sido batizado pelo nome de Mandado de Injunção, também enfocou a necessidade de garantir a eficácia plena dos direitos até positivados:

"Artigo 10º - Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

Parágrafo 1º.- Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá de modo a atingir os fins da norma constitucional.

Parágrafo 2º.- Verificando-se a inexistência ou omissão

da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a falta."

Mesmo sendo completamente abandonado pela Assembléia Constituinte o esboço de Constituição elaborado pelos "Notáveis", o instituto do Mandado de Injunção não fora esquecido e, acabou sendo aprovado, após algumas modificações, tais como a supressão do texto do rito processual e da expressão "do povo", em seguida a "soberania". O texto do anteprojeto da Comissão era o seguinte:

"Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania."

O texto final promulgado encontra-se assim redigido:

"Art. 5º ...

LXXI - Concede-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

O vocábulo injunção é originário do latim "injunction" ( unir, impor, juntar ) "usado para indicar obrigação imposta que se apresenta em caráter de ordem formal, cujo

cumprimento não pode ser desatendido”, complementa Irineu Strenger.(8)

No direito comparado o Mandado de Injunção já tem presença na legislação americana, inglesa e alemã ( Alemanha Ocidental )

No direito anglo-saxão, preleciona Ivo Dantas (9) , “INJUNCTIONS, de uma maneira geral , são ordens proibitivas de qualquer atividade , emitidas por um órgão judiciário, dirigidas a qualquer pessoa física ou jurídica , inclusive a um sindicato ou a seus auxiliares”.

Complementa Celso Agrícola Barbi (10) , no estudo “Proteção Processual dos Direitos Fundamentais”, dizendo que “no direito anglo-americano o instituto da injunction desempenha um grande papel, quer nos litígios entre particulares, para os quais foi criado, quer em matéria constitucional, à qual se entendeu com o passar dos anos”.  
Reveste-se de duas formas : a “PROHIBITORY INJUNCTION, para vedar a prática de atos violadores de direitos, e a MANDATORY INJUNCTION, para ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito. O descumprimento da ‘INJUNCTION’, pela negativa de obedecê-la pela autoridade ou pelo particular, constitui CONTEMPT OF COURT. isto é desacato à Corte, sancionando com prisão decretada em forma sumaríssima pelo Tribunal”.

Observamos, portanto, que no direito norte americano a INJUNCTION traz consigo uma conotação negativa - proibitiva (não fazer) e , quando a determinação é um fazer , assume a denominação de MANDAMUS , não configurando as duas palavras para formar uma única expressão, porém cada uma em si tem um sentido - conteúdo próprio : INJUNCTION - negação : MANDAMUS - positivo .

O campo de aplicação das injunções no Direito Americano., tanto pode ter natureza de Medida Cautelar ou de remédio definitivo , é bastante amplo, podendo ser empregado para decidir questões de família , de direito comercial, de direito administrativo, de direito do trabalho, “sendo lícito sua impetração toda vez qua à falta de norma legal expressa, tenham as partes que se valer de equidade para proteção de seus direitos”. (11)

### 3. CONCEITO

Em razão da necessidade de se atribuir conceitos aos institutos jurídicos a fim de obtermos o real sentido das expressões jurídicas, buscando seu conteúdo, podemos conceituar o Mandado de Injunção de duas maneiras. A primeira legalmente e, a segunda, doutrinariamente.

O conceito legal encontra-se no próprio texto normativo, que no nosso caso está na CF / 88, art . 5º , inciso LXXXI, onde prescreve:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

O conceito a partir dos estudiosos da Ciência do Direito, é mais amplo, uma vez que cada um, na atividade cognocitiva, chega a suas próprias conclusões. Assim, RANDOLPHO GOMES (12) “define o Mandado de Injunção como uma ação civil, de origem constitucional, de cognição exercível por qualquer pessoa ou entidade em face de quem que obste o exercício de um direito da Constituição sob pretexto ou fundamento da inexistência de norma que o

regulamente”.

Já o professor IRINEU STRENGER (13) propõe o seguinte conceito: “Mandado de Injunção é o procedimento pelo qual se visa obter ordem judicial que determine a prática ou abstenção de ato, tanto da administração pública, como do particular, por violação de direitos constitucionais fundada na falta de norma regulamentadora”.

O Professor IVO DANTAS (14), entende que, “sob a perspectiva de uma definição doutrinária, o ponto capital a ser enfrentado é o da compreensão do adjetivo INVIÁVEL, que funcionará para o Mandado de Injunção como a expressão DIREITO LÍQUIDO E CERTO funciona para o Mandado de Segurança”.

Sem mais delongas podemos, a partir do conceito legal do Mandado de Injunção chegar ao seguinte entendimento: Mandado de Injunção é uma garantia ou Remédio Constitucional, através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais catalogados nos arts. 5º ao art. 17, bem como “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (art. 5º § 2º da CF), sempre que se verifique a ausência da norma regulamentadora obstaculizando a eficácia plena daqueles direitos e liberdades.

#### 4. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Por natureza, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, ou seja, possuem aptidão para produzir seus próprios efeitos jurídicos.

Ao longo do Texto Constitucional, encontramos dispositivos de aplicabilidade imediata e, outros que necessitam de regulamentação por via de legislação ordinária ou de lei complementar

a fim de que essas disposições constitucionais possam ter executoriedade.

Em face dessa realidade verificamos a existência de uma lacuna, que Maria Helena Diniz chama de Lacuna Técnica (15), ou seja, ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos. A própria Constituição oferece mecanismos para suprir a referida lacuna, a saber: o mandado de injunção e a iniciativa legislativa popular.

Aqui, nos interessa perquirir acerca do mandado de injunção, que tem como fim precípuo colir o vácuo normativo, para o caso concreto, quando, então, apresentamos os pressupostos basilares a sua interposição:

a) indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado.

b) ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada.

Podemos dizer, portanto, que o primeiro pressuposto alude a respeito da necessidade da existência de um ato ou omissão que torne inviável o exercício de um direito dado, palpável, definido. E, no segundo indispensável é a falta de regulamentação que impossibilitou o exercício do preceito constitucional. Caso esse em que será o remédio jurídico interposto contra a pessoa dotada de competência para promover a elaboração da norma faltante.

Quanto à terminologia utilizada pelo legislador Constituinte, foi, ao nosso ver, por demais abrangente, pois tratou da “falta de norma regulamentadora”, não explicitando que tipo de norma,

levando-nos a abranger todos os seus tipos, desde os de elevado grau hierárquico até os simples atos administrativos que devem ser praticados pelo mais humilde dos servidores. Englobou as leis complementares, as ordinárias, as delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções legislativas, os decretos executivos, as constituições e leis estaduais, as leis orgânicas e municipais e todo o arsenal de atos praticados pelos diversos órgãos do poder, como deliberações, resoluções, provimentos, circulares, portarias, despacho, etc.

## 5. CAMPO DE PROTEÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Cabe-nos a pergunta: quais serão os direitos amparáveis pelo Mandado de Injunção?

A Constituição Federal de 1988 optou por um enunciado genérico das categorias abrangíveis: a) direitos; b) liberdades constitucionais e c) prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Antes de adentrarmos a análise específica de cada uma das categorias, lembramos que exclui do campo de proteção do Mandado de Injunção os direitos, liberdades e prerrogativas auto-aplicáveis. (não dependem de norma regulamentadora).

Sendo princípio jurídico internacionalmente aceito o de que não deve a lei ter palavras vãs, passemos a perquirir o significado das categorias acima citadas:

a) direitos constitucionais: usado no plural significa segundo PLÁCIDO e SILVA (16) "uma faculdade outorgada à pessoa em virtude da qual a cada um se atribui o que é seu, não se permitindo que outro venha prejudicá-lo em seu interesse, porque a lei

representando a coação social, protege-o em toda a sua plenitude".

Portanto, direitos constitucionais significa o conjunto de faculdades atribuídas aos governados pela Lei Maior. É muito vasto, destarte, seu elenco. Estão enumerados entre os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos e nas disposições transitórias do texto constitucional, bem como nos demais capítulos da Carta Magna.

b) Liberdades Constitucionais: a maior liberdade está inscrita no artigo 5º II, significando dizer que tudo que não é proibido é livre de ser praticado; além deste princípio norteador a Constituição arrola entre outras, as seguintes:

- liberdade de manifestações do pensamento;
- liberdade de consciência;
- liberdade de crença;
- liberdade de expressão;
- liberdade de comunicação;
- liberdade de exercício profissional;
- liberdade de Associação, inclusive sindical;
- liberdade de obter informações pelo habeas data;
- liberdade de ensino, de pesquisa e de planejamento familiar;
- liberdade de locomoção (proteção também pelo Habeas Corpus).

c) Prerrogativas inerentes à nacionalidade, à sabedoria e à cidadania: o verbete prerrogativa segundo IEDO BATISTA NEVES em "Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica", "diz-se do privilégio; do poder; do direito; da regalia que uma pessoa ou uma corporação usufrui mais que outras, ou que as distingue de outras".

As prerrogativas a que alude o disposto no art. 5º, LXXI,

decorreu dos princípios expostos nos arts. 12 e 14 a 16, tendo repercussão em variados outros dispositivos constitucionais.

### 1. Prerrogativas à nacionalidade: são as de:

- poder exercer os cargos públicos, por eleição ou por nomeação;
- não ser extraditado, salvo, se naturalizado, for condenado por crime comum antes da naturalização, ou após, se comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins.

### Nacionalidades estrangeiras que gozam de prerrogativas:

- as outorgadas aos portugueses, desde que haja reciprocidade;
- aos originários de países de língua portuguesa, aos quais se abrevia o prazo para naturalização.

2. Prerrogativas à soberania: a expressão aqui utilizada pelo legislador constituinte tem em vista a soberania popular e não aquele atributo do Estado, da Nação ou do Poder Constituinte. Assim, as prerrogativas à soberania dizem respeito a soberania popular que é a referida no artigo 14, como os meios de seu exercício, isto é, sufrágio universal, voto secreto e direto, com igual valor para todos, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

3. Prerrogativas inerentes à cidadania compreendida como a qualidade do indivíduo que tem direitos políticos, ou seja é cidadão o nacional (nato ou naturalizado) no gozo dos seus direitos civis e políticos.

Os direitos políticos são adquiridos pelo alistamento

eleitoral e exercidos pelo VOTO e pela ELEGIBILIDADE.

Tal é, portanto, o alcance dado pela Constituição ao Mandado de Injunção Inviabilizado, de qualquer forma, o exercício de quaisquer desses direitos, liberdades ou prerrogativas elencadas, por falta de norma que os regule, têm os governados a seu dispor o novo remédio, para usufruir dos privilégios sonogados. O elenco é tão vasto quanto a amplitude do dispositivo contido no art. 5º, verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

## 6. ASPECTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

6.1. Auto-aplicabilidade Ao ser criado o Mandado de Injunção, a primeira grande questão que se pôs, na ordem cronológica, foi determinar se o novo remédio seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, notadamente nos seus aspectos processuais. Prevaleceu, enfim, a tese da auto-aplicabilidade, considerando-se o novo "writ" como garantia prontamente realizável, regendo-se, conforme o caso, pelo procedimento do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51) ou pelo procedimento ordinário do Código de Processo Civil.

O fundamento da auto-aplicabilidade do Mandado de Injunção encontra-se no próprio texto constitucional (art. 5º -§1º), que proporciona pela aplicação imediata das normas definidoras de garantias fundamentais.

6.2. Competência São competentes para apreciar o Mandado de Injunção, em instância originária: I- O Supremo Tribunal Federal, quando a edição da norma regulamentadora for de responsabilidade do (a):

- . Presidente da República;
- . Congresso Nacional;
- . Câmara dos Deputados;
- . Senado Federal;
- . das mesas de uma dessas casas legislativas (Câmara ou Senado);
- . Tribunal de Contas da União;
- . de um dos Tribunais Superiores ou
- . do próprio Supremo Tribunal Federal.

II- O Superior Tribunal da Justiça, quando a edição da norma regulamentadora for de responsabilidade:

- . de autoridades federais;
- . da administração direta ou indireta não inserida na competência do STF, da Justiça Federal, Militar, do Trabalho e Eleitoral.

III- O Tribunal Superior do Trabalho  
O Tribunal Superior Eleitoral  
O Superior Tribunal Militar e

Os Tribunais Regionais Federais, quando a edição da norma regulamentadora for de responsabilidade de autoridades federais, da administração direta ou indireta, obedecidas a competência especializada de cada órgão, o local onde deveria se dar a edição do texto ausente e a pessoa ou entidade encarregada de editá-lo.

IV- Os demais órgãos da Justiça Federal, Eleitoral, do Trabalho e Militar, obedecidas a especialidade, o local da edição do ato e a pessoa ou entidade encarregada de editá-lo.

V- A Justiça Estadual, por seus órgãos, quando a edição da norma regulamentar for de responsabilidade de autoridades estaduais ou municipais, da administração direta ou indireta, ressalvada a

competência especializada e observados o local onde a edição do ato deveria ter lugar e a pessoa ou entidade encarregada de editá-lo.

### 6.3. RITO ADEQUADO

Deixou a Constituição de estabelecer o rito processual para a utilização do novel instituto. No entanto, o Tribunal Federal de Recursos institui alterando, em seu Regimento Interno, normas procedimentais do Mandado de Injunção, através do ato nº 1.245, de 16.11.88. - que são as seguintes:

a) o registro da Ação far-se-á no Protocolo da Secretaria do Tribunal na classe PETIÇÃO, onde receberá numeração contínua e seriada;

b) o registro e a distribuição far-se-ão através de sistema eletrônico, com designação das partes, respectivamente, como impetrante e impetrado;

c) quando de competência originária do Supremo serão processados e julgados pelo Tribunal Pleno e pelas Seções Especializadas;

d) no processo e julgamento dos Mandados de Injunção serão adotadas, no que couber, as normas previstas no Regimento Interno para o Mandado de Segurança;

e) Os processos de Mandado de Injunção terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo o HABEAS CORPUS, MANDADO DE SEGURANÇA e o HABEAS DATA.

#### 6.4. PARTES

A Legitimação ativa para a impetração da medida não destoa da regra geral: tem - na titular o direito cujo exercício está obstado - por falta de norma regulamentadora.

Da leitura do art. 5º (caput) da Constituição, verificamos que no Mandado de Injunção os sujeitos ativos são os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, aos quais são assegurados os direitos individuais e coletivos assegurados nos vários incisos do supra citado artigo.

Assim, no pólo ativo do mandado de injunção tanto poderão estar "pessoas físicas como jurídicas, públicas ou privadas podendo, ainda, ser requerido, até, pelas entidades sem personalidade jurídica hábeis para estar em juízo, as chamadas UNIVERSITAS BONORUM, como o condomínio, o espólio, a massa falida e a massa liquidanda". (17)

A legitimação passiva caberá às pessoas, entidades e órgãos que, por ação ou omissão o "exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". A ordem pode ser dirigida a qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive um sindicato ou a seus auxiliares.

Por fim, fazendo uso das palavras de Hely Lopes Meirelles (18) na Monografia "Mandado de Segurança e Ação Popular", adaptando-as ao mandado de injunção: "As partes iniciais no mandado de segurança são IMPETRANTE (titular do direito), o IMPETRADO (autoridade coatora) e o MINISTÉRIO PÚBLICO (parte pública autônoma). Sem essa integração ativa e passiva não se completa a relação processual formadora da lide. Além destas partes iniciais no mandado de segurança

outros interessados poderão integrar no feito, desde que tenham legitimidade para estar ao lado do impetrante ou do impetrado como LITISCONSORTES ou ASSISTENTES".

#### 6.5. SENTENÇA

A sentença, no dizer de Arruda Alvim (19) é "o ato culminante do processo de conhecimento. Na sentença, o juiz, na qualidade de representante do Estado, dá, com base na lei e no direito, uma resposta imperativa ao pedido formulado pelo autor bem como à resistência oposta a esse pedido, pelo réu, na defesa apresentada".

Esse conceito é aplicado a toda teoria do direito, que, contudo, é, também, aplicável ao mandado de injunção.

De toda a análise do novel instituto, a que tem causado maior interesse, é sem dúvida alguma, o estudo da sentença, já que dela dependerá a eficácia do mandado de injunção.

Com efeito, ao indagarmos sobre qual proteção o juiz dará no mandado de injunção ao direito, podemos ventilar algumas possíveis soluções a saber:

- a) que a sentença que acolher o pedido poderá pretender compelir o Poder Legislativo a elaborar a lei regulamentadora, ou
- b) que a sentença limitar-se-á a declarar a omissão do Poder Legislativo, ou
- c) que o juiz assuma o papel de legislador omissor e crie uma norma geral regulamentadora, ou
- d) que o juiz crie, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adote uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda.



A inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) nos remete a acatar, com segurança, a última opção, ou seja a de que o Estado-juiz crie uma norma especial para o caso concreto, ou adote uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda. No dizer de Celso Agrícola Barbi (20) "essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usar funções próprias de outro Poder".

Com muita propriedade, Randolpho Gomes (21) complementa, aludindo: "Já vimos que não se compatibiliza com a natureza do remédio para sua concessão em tese. Há necessidade de um caso concreto, submetido ao guante do Judiciário. É preciso que haja, no mundo fático, uma obstaculização ao exercício do direito. Assim, não terá a sentença força normativa que a torne aplicável a outros casos. Restringir-se-á ela a resolver a hipótese concreta submetida do julgamento, não se estendendo a outros casos, embora semelhantes salvo se, por efeito de um litisconsórcio oportunamente formulado penderem eles de decisão no mesmo feito".

As sentenças proferidas no mandado de injunção portanto, terão com conteúdo um comando dirigido ao ente ou pessoa obstaculizante do exercício do direito, e servirá para resolver, apenas o caso concreto submetido ao julgador no feito presente, inalcançando outros, a não ser por força da formação jurisprudencial.

Por fim, comunga deste mesmo entendimento IVOLANTAS (22) quando preleciona que os efeitos do Mandado de Injunção "são apenas INTERPARTES, ou seja, beneficiarão àqueles que foram parte no processo. Preenchida a lacuna, caberá ao Judiciário fixar o COMO deverá ser exercido o direito constitucionalmente assegurado cabendo à autoridade a quem foi dirigido o comando, cumpri-lo, sob

penas de caracterizar-se o CRIME DE DESOBEDIÊNCIA ou CRIME DE PREVARICAÇÃO, ambos previstos no Código Penal, hipótese em que poderá ocorrer, inclusive, a PRISÃO EM FLAGRANTE".

## 6.6 RECURSOS

Das sentenças em mandado de injunção, afora os recursos cabíveis nos incidentes processuais, que são comuns da legislação processual civil, cabem os seguintes recursos:

- a) Embargos de Divergência, se decidido de uma turma, para o Pleno, observados os regimentos dos órgãos julgadores e a legislação processual adequada;
- b) Recurso Extraordinário, nos casos permitidos pela Constituição;
- c) Recurso Ordinário, para o Supremo Tribunal Federal, quando a medida for denegada pelos Tribunais Superiores, à exceção do Tribunal Superior Eleitoral;
- d) Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, nos casos permitidos pela Constituição;
- e) Recurso Ordinário, para o Tribunal Superior Eleitoral, caso denegatória a decisão proferida pelos Tribunais Regionais Eleitorais;
- f) Apelação, para os Tribunais de Justiça dos Estados, se proferidas as decisões pelos juizes que se lhe subordinam;

g) Recursos Ordinários, para os Tribunais Regionais do Trabalho, quando proferidas as decisões pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, e para o Superior Tribunal Militar, se proferidas pelas Auditorias, respeitadas a competência específica e as normas processuais atinentes.

São irrecorríveis:

I- Decisões concessivas ou negativas, do Supremo Tribunal Federal;

II- Decisões concessivas, de lavra dos Tribunais Regionais Eleitorais;

São passíveis apenas de Recurso Extraordinário:

I- Decisões negativas, proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral;

São passíveis apenas de Recurso Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, ou de Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça:

I- Decisões concessivas, proferidas pelos Tribunais Superiores.

## 7. CONCLUSÃO

Por se tratar de um assunto que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se encontra em formação, haja vista sua recente criação pela Constituição Federal de 1988, iremos aqui fornecer algumas inferências que achamos necessárias para o desenvolvimento desta garantia eminentemente brasileira.

1) Entendemos que o mandado de injunção necessita com uma certa urgência ser processualmente regulamentado para segurança jurídica;

2) Como garantia dos direitos fundamentais o Mandado de Injunção é de extrema importância para o indivíduo (brasileiro ou estrangeiro residente e no país) tornar efetiva a norma constitucional sempre que a ausência da norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

3) Por ser um instituto jurídico em construção o poder criativo e ousado do advogado é imprescritível, bem como a responsabilidade do magistrado é fundamental para que o desenvolvimento desta nova garantia venha se consolidar efetivamente, no nosso Ordenamento Jurídico;

4) "O magistrado tem ao aplicar o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, criando uma norma individual, autorização para preencher a lacuna técnica, devendo, para tanto, manter-se dentro dos limites marcados pelo direito, de maneira que aquele desenvolvimento aberto só poderá dar-se dentro dos marcos jurídicos. Conseqüentemente, a decisão jurisdicional deve estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas, que não encontram expressão jurídica". (23)

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1- Paulo Bonavides - Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito - Em Homenagem a Miguel Reale, João Pessoa, 28 dez/1990.

2. GOMES CANOTILHO, DIREITO CONSTITUCIONAL, Livraria Almedina, Coimbra - 1989, 4ª.ed. fls. 434.
3. José Afonso da Silva. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais - 6ª.Ed. 1990, p. 160.
4. Classificação fornecida por José Afonso da Silva, ob. cit. p. 164, que a meu ver deve ser complementada no sub-grupo dos direitos sociais com os arts. 7º, 8º, 9º, 10º e 11º.
5. Jose Afonso da Silva, op. cit. p. 167/168.
6. Idem.
7. Randolpho Gomes, MANDADO DE INJUNÇÃO, Edições Trabalhistas S.A., Rio de Janeiro, 1989, p.19.
8. Irineu Strenger, MANDADO DE INJUNÇÃO, São Paulo, Ed. Forense Universitária Ltda, 2ª. Edição, 1988, p.13.
9. Ivo Dantas, MANDADO DE INJUNÇÃO - GUIA TEÓRICO E PRÁTICO, Rio de Janeiro, Ed. AIDE, 1989, p.67.
10. Celso Agrícola Barbi, REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL, São Paulo, Forense, 1988, nº 67, p.28.
11. Randolpho Gomes, op. cit. p.14.
12. Idem, op. cit. p.26
13. Irineu Strenger, op. cit. p. 15.
14. Ivo Dantas, op. cit. p. 71.
15. Maria Helena Diniz, NORMA CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS, São Paulo, Saraiva, 1992, 2ª. Ed., p.37.
16. De Plácido e Silva, VOCABULÁRIO JURÍDICO, VII. Forense, São Paulo, 1967.
17. Randolpho Gomes, op. cit. p.25.
18. Hely Lopes Meirelles, MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, RT, 1983, 9ª. Ed., p. 26.
19. Arruda Alvin, MANUAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Ed. RT, 1978, Vol. II, p. 344.

20. Celso Agrícola Barbi, op. cit. p. 18.
21. Randolpho Gomes, op. cit. 46/47.
22. Ivo Dantas, op. cit. p. 97.
23. Maria Helena Diniz, op. cit. p. 39/40

## A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Magno Gomes de Oliveira  
Procurador do Município de Fortaleza  
Professor da UNIFOR

**SUMÁRIO:** I. INTRODUÇÃO - II. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DA PROPRIEDADE - 2.1 - A tese da comunidade primitiva - 2.2 - A lei uniforme da evolução - 2.3 - Feudalismo e propriedade - 2.4 - A propriedade como direito absoluto - III. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL - 3.1 - Oposição ao direito absoluto - 3.2 - A relatividade dos direitos - 3.3 - A constituição de Weimar - 3.4 - O direito comparado - IV. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL - V. CONCLUSÃO - VI. BIBLIOGRAFIA

### INTRODUÇÃO

Abordar a temática da função social da propriedade constitui nosso intento, e nele investimos o melhor de nossos esforços, embora nos acompanhe o receio próprio daqueles que procuram desvendar os dogmas.

Induvidosamente o direito à propriedade, garantido no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, é um desses dogmas ao passo que o seu plus, preconizado no inciso seguinte, exatamente por conflitar com o caráter absoluto da propriedade, foi e permanece refutado, não juridicamente, é claro, mas de forma socialmente silenciosa.

Com efeito, enquanto ousou, o legislador constituinte, ratificando de modo revigorado o princípio da função social da propriedade, na Carta de 1988, insistem os (grandes) proprietários em atribuir-lhe pouco caso.

Buscaremos, portanto, identificar algumas das mais relevantes razões determinantes deste fenômeno, ainda que de origens remotas; buscando elucidar a base jurídica da propriedade, bem assim a dimensão do que seja função social.

Propomo-nos, ainda, a oferecer considerações pertinentes à evolução constitucional do princípio sub oculi em nosso ordenamento.

Submetemos, pois, o fruto de nossos esforços à douta apreciação superior.

## **II - BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DA PROPRIEDADE**

### **2.1 - A tese da comunidade primitiva**

Discutem sociólogos e economistas sobre a forma através da qual, apresentou-se originariamente a utilização da terra: apropriação individual ou coletiva.

De um lado agrupam-se os que sustentam a originária existência de um comunismo no aproveitamento do solo e na utilização dos seus produtos, apontando os traços evolucionais de comunidade de aldeia à comunidade familiar, e finalmente, a comunidade individual.

No século passado, digladiaram-se os pensadores em torno da teoria do comunismo primogênio, idéia aliás, muito antiga, que preocupou pensadores como Platão, Sêneca, e Becker. Entre os pensadores modernos, Maxime Kovalewsky, antigo professor de Direito Público da Universidade de Moscou, afirmou que a propriedade, enquanto produto orgânico do trabalho, existiu desde sempre. Aduzia que a apropriação momentânea dos produtos do solo não era sinônimo de propriedade, tampouco o gozo de fato era um direito, e tais considerações embasavam sua concepção da inexistência originária da apropriação individual do solo a título de propriedade exclusiva.

Ludwigg Gumplowicz, a seu turno, sustentou que a propriedade privada se desenvolveu ao mesmo tempo que a dominação de um grupo humano sobre o outro, tendo por objetivo manter essa dominação. Para ele, o fato primitivo e mais natural foi a propriedade coletiva, que é precisamente o contrário da tese esposada por Kovalewsky. Defende que a instituição da propriedade pressupõe o fato posterior da organização social, pela coexistência de grupos heterogêneos (dominadores e dominados). Só a existência de uma organização permanente permitiria ao indivíduo membro da classe dominante obter, na classe dominada, trabalhadores para cultivar e

explorar o solo, tomando efetivo seu direito de proprietário. Só a existência de uma organização permanente permitiria a uns impedir os outros de gozar dos produtos da terra, protegendo a propriedade do solo contra ataques individuais.

Friederich Engels, a seu turno, apregoou as excelências da organização gentílica primitiva, de caráter igualitário, para a qual não poderia existir a propriedade privada. Esta, porém, não tardou a ser inventada, e com ela o Estado. Aliás, a esse propósito, filosofou Jean-Jacques Rousseau em sua obra "Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens.":

**"O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientes para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, miséria e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém".**

Giuseppe D'Aguanno procurou encontrar testemunhos de valor na história antiga, acerca da comunidade agrícola primitiva, e apontou vestígios desta no Egito, na Índia, e mesmo na Grécia e em Roma. Sustentou, então, Fustel de Coulanges, que as populações da Grécia e da Itália, desde a mais remota antiguidade, sempre conheceram e praticaram a propriedade privada, observando outrossim, que inexistia qualquer recordação de que a terra fosse comum. Já o célebre Montesquieu aduziu que foram as leis civis que instituíram a propriedade,

e a afirmação do grande enciclopedista não passou despercebida aos sociólogos, que procuraram acentuar, no estudo das instituições comunitárias as mais recentes, a afirmativa de um comunismo geral primitivo.

## 2.2 - A lei uniforme da evolução

Deve-se a Gabriel Tarde o combate a idéia de uma lei geral, uniforme, da evolução jurídica das instituições em todo o mundo. Contrariou os evolucionistas, que afirmam de modo uníssono a existência de uma lei única e necessária da evolução jurídica. Tal idéia tem como corolário lógico, a concepção de um estado social primitivo idêntico em todos os povos, como ponto de partida do progresso.

O que é possível dizer, quanto à propriedade primitiva, é apenas que, vivendo o homem, nos primeiros tempos, somente da caça e da pesca, não se poderia cogitar da propriedade individual da terra, posto que esta nada representava para seus fins imediatos e a apropriação individual de um pedaço de terreno para cultivo fugia inteiramente às suas necessidades. Na época do pastoreio, o provável teria sido o aproveitamento coletivo do solo, onde os semoventes seriam de propriedade individual ou coletiva. Mas, quando os homens começaram a dedicar-se à agricultura, a apropriação familiar ou individual da terra se revelou uma necessidade imperiosa, a fim de estimular o interesse de cada qual.

Tais indicações, entretanto, não visam fixar a idéia de uma lei evolucional única; cada povo adotou instituições próprias; tanto que se verifica que entre os romanos sempre existiu propriedade familiar ou individual, enquanto que a propriedade coletiva se generalizara entre os Germanos.

De fato, nos primeiros tempos de Roma, a instituição da propriedade baseava-se nos princípios religiosos da época. A religiosidade consistia no culto dos antepassados, a religião era

puramente doméstica e os deuses eram, por assim dizer, uma propriedade familiar, mormente porque os antigos romanos erigiam seus antepassados à condição de deuses. O altar doméstico e a religião achavam-se intimamente ligados à terra, sendo a maldição maior para os antigos romanos morrer sem sepultura, vivendo a alma a errar pelos tempos sem fim.

A propriedade era, pois, uma instituição sem a qual não poderia subsistir a religião doméstica. Os limites do domínio eram fixados por objetivos materiais que representavam o culto doméstico. Para invadir o campo de uma família era necessário, portanto, derrubar seu limite, fato considerado grave sacrilégio, e que exigia, destarte, severo castigo, porquanto o limite violado era um deus. Por tais considerações, revelam-se inteiramente procedentes as argumentações de Fustel de Coulanges, segundo o qual, foi a religião, e não as leis, quem primeiro garantiu o direito de propriedade, ainda hoje denominado sagrado, entre nós.

A verdadeira propriedade, ao tempo das XII Tábuas, pertencia ao cidadão romano, e era chamada quirritária. Só posteriormente veio a ser reconhecida a propriedade bonitária, cuja criação coube ao Praetor, que, abrandando os rigores do Ius Civile, protegeu, o domínio daqueles que não adquiriam a propriedade pelas formas tradicionais do Direito, quando, por exemplo, alguém reivindicava determinada propriedade por haver nela permanecido o tempo necessário para usucapi-la.

## 2.3 - Feudalismo e propriedade

O antigo Estado Romano se desmoronara e em seu lugar ostentou-se a pulverização do poder. O exercício da autoridade passou ao indivíduo e apagou-se a distinção entre o público e o privado, fazendo da soberania estatal coisa inexistente.

J. Calmette em seu admirável "La Sociéte Féodale",

observou que no regime feudal desapareceu a soberania, posto que tal regime baseava-se tão-somente no devotamento pessoal do vassalo ao senhor feudal. Em face disso, constatou-se também a apropriação das funções públicas a título privado, passando as populações ao jugo de um dado senhor no qual encontravam, pelo menos em tese, proteção e amparo. Na iminência do perigo, o devotamento pessoal obrigava os indivíduos a se agruparem em torno de seus senhores, acompanhando-os na guerra.

Com efeito, toda a estrutura social passou a basear-se na propriedade da terra, de vez que o domínio fundiário era, realmente, a única fonte de poder.

A riqueza essencial era a terra, enfeixada nas mãos de poucos e grandes proprietários. Não existia a prestação de serviços mediante salário; a escravidão não se harmonizava plenamente com as concepções morais da época, e os trabalhadores pagavam tributos, obrigavam-se à prestação pessoal de serviços, tanto na paz como na guerra, em troca de um pedaço de terreno para explorar e do auxílio prestado pelo senhor feudal.

Os servos da gleba pertenciam à propriedade, estavam ligados irrevogavelmente à terra. Não podiam levar armas de guerra; não podiam dispor nem de si nem de suas coisas; vendiam-se, doavam-se ou permutavam-se com as terras e contentavam-se em levar existência miserável.

Classe intermediária entre os nobres e os servos era a dos roturiers ou vilains, que eram livres, podendo estabelecer domicílio onde bem quisessem, e podiam também transmitir seus bens, seja **inter vivos**, seja **mortis causa**. Estavam obrigados, no entanto, a prestar determinado número de jornadas de trabalho ao senhor feudal, periodicamente.

A propriedade subdividia-se em propriedade censitária e propriedade feudal. Existiam, outrossim, terras livres ou alodiais, espécies de ilhas de liberdade num oceano de feudalismo. A propriedade alodial

era considerada uma exceção, uma irregularidade em face do princípio feudal, e os grandes senhores contra ela fizeram a guerra. A propósito, lembra D'Aguano que os alódios diminuíram dia a dia, porque não podendo defender suas propriedade contra os senhores feudais se viam compelidos a solicitar proteção de algum poderoso senhor, o qual lhes exigia o domínio direto, concedendo-lhes tão-somente o usufruto da terra, ora o título de feudo, ora o título de censo.

Nesta época predominantemente agrícola começou a surgir a classe dos burgueses, comerciantes ou artesãos, reunidos em comunidades e nutridos pela ânsia de liberdade. As comunas ou coletividades urbanas reivindicaram a liberdade municipal, procurando furtar-se aos entraves criados pelo feudalismo. Começaram a surgir os estatutos das cidades livres e a organização industrial principiante criou as corporações de ofícios. Os senhores feudais foram pois, perdendo terreno e viram suas funções públicas desaparecer em benefício dos burgueses.

O desenvolvimento da indústria e do comércio abalava, em grande parte, o prestígio da exploração agrária. Criaram-se oásis de liberdade em face dos senhores feudais. Por outro lado, o poder real foi alargando sua extensão e a centralização monárquica progrediu a largos passos em detrimento dos senhores feudais. Finalmente, a Revolução Francesa veio cumprir sua tarefa de libertação. Nas palavras de Mignet:

"Ela substituiu a arbitrariedade pela lei, o privilégio pela igualdade; livrou os homens das distinções das classes; o solo das barreiras das províncias; a indústria dos embaraços das corporações e juizes de ofícios; a agricultura das sujeições feudais e da opressão dos dízimos; a propriedade dos estorvos das substituições; e reuniu tudo a um só Estado, a um só direito, a um só povo" (in História da Revolução Francesa, Vol. I, 1899, pag. 10).

#### 2.4 - A propriedade como direito absoluto

Consagrando os princípios filosóficos do século XVIII,

estabelecendo, individualisticamente, direitos naturais, anteriores e superiores à organização social, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), inscreveu, em caráter solene e com expressões claras, a propriedade como um dos direitos fundamentais.

O seu preâmbulo revelava a intenção de firmar, para o futuro, o respeito aos direitos básicos do homem, estabelecendo o marco inicial de uma nova era e rompendo com os últimos resquícios feudais. A Declaração, inicialmente, suprimia privilégios e estabelecia a igualdade, em seguida arrolava a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, como direitos fundamentais, e especificava adiante que tais direitos teriam como únicos limites os direitos semelhantes dos outros.

Quanto à propriedade, o art. 17 estabelecia seu caráter inviolável e sagrado, ressalvando apenas, a desapropriação por necessidade pública, mediante prévia indenização.

Verifica-se na Declaração dos Direitos do Homem nitidamente impresso o pensamento Kantiano. Kant observava que a denominação propriedade só pode ser aplicada com justeza às coisas corpóreas, não aos atos ou às relações. A propriedade consistia, pois, para ele, no poder absoluto sobre a coisa da qual se pode utilizar a bel-prazer porque nenhuma obrigação se tem em relação a ela.

Em Rousseau, bem nítida predominava a mesma idéia fundamental. O cerne de suas preocupações era encontrar a fórmula que permitisse proteger, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, de modo que, unindo-se cada um a todos, não obedecesse senão a si próprio, permanecendo tão livre como antes.

Ao lado dessas influências filosóficas, contribuíram para o mesmo resultado os ensinamentos da escola fisiocrática, que apregoava a liberdade individual como um de seus cânones fundamentais. Admitindo cegamente a existência de uma ordem natural que rege os fenômenos econômicos, como quaisquer outros fenômenos, condenavam formalmente a intervenção do governo na vida econômica.

Era esta a mentalidade da época, que se resumia no postulado otimista laissez faire, laissez passer, defendido por Adam Smith.

### III - A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

#### 3.1 - Oposição ao direito absoluto

Avolumou-se o combate à propriedade como direito absoluto. Irmanados na luta, pensadores dos mais variados matizes, partindo de pontos de vista diversos e até mesmo contraditórios, propuseram-se a destruir a cidadela do absolutismo. Seus ideais e suas preocupações não se identificavam, senão pela barreira a superar. Unia-os o espírito destruidor das velhas convicções, embora suas próprias convicções fossem divergentes entre si. Anarquistas, positivistas, socialistas trouxeram as suas idéias antagônicas e as lançaram contra o absolutismo do direito de propriedade. A luta das idéias teve reflexo nas instituições dos homens, e a propriedade passou a ser concebida sob óticas diversas.

Destruidor por índole, o anarquismo preconizava o choque violento com a realidade de todos os dias, procurando a tudo destruir, inclusive a propriedade. Advogavam seus teóricos, e entre eles Proudhon, que a propriedade era impossível, pois nenhum governo, nenhuma economia política, nenhuma administração pública poderia prosperar tendo por fundamento a propriedade.

O marxismo, seguindo a dialética hegeliana, assinalou a preponderância do fator econômico no desenrolar da história e trouxe a filosofia como arma de luta do proletariado.

No "Manifesto Comunista" elaborado por Marx e Engels, descreve-se toda a história da sociedade humana como a história da luta de classes: homens livres e escravos, patrícios e plebeus, senhores e servos, mestres e companheiros, ou generalizando, opressores e oprimidos, lançados uns contra os outros em uma luta sem tréguas.



Auguste Comte, a seu turno, fundador do positivismo, acentuou, em sua obra "Système de Politique Positive", o princípio segundo o qual ninguém possui outro direito senão o de sempre cumprir o seu dever.

Segundo este roteiro é que Léon Duguit apregoou a idéia da propriedade-função social. Para ele, todo indivíduo tem a obrigação de cumprir, na sociedade, certa função, de acordo com o posto que nela ocupa. Por conseguinte, o possuidor da riqueza, só pelo fato de detê-la, deve realizar certas tarefas, que só ele pode cumprir. Só ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais, fazendo valer o capital que possui. Está, pois, socialmente obrigado a cumprir determinadas tarefas e apenas na hipótese de cumpri-las será protegido socialmente. A propriedade não é já o direito subjetivo do proprietário, é a função social do possuidor da riqueza.

O sistema jurídico da Declaração dos Direitos do Homem descansa na concepção metafísica do direito subjetivo, mas o sistema jurídico dos povos modernos tende a estabelecer-se sobre a comprovação do fato da função social que se impõe aos indivíduos e aos grupos.

Segundo o mestre da Universidade de Bordeuax, a concepção puramente individualista do direito é tão artificial quanto a concepção metafísica do direito subjetivo. Como esta é um produto histórico, teve seu valor em um determinado momento, mas não pode subsistir eternamente. Atualmente a propriedade não figura como direito intangível ou absoluto. A propriedade existe e deve existir como condição indispensável da prosperidade e grandeza social, mas não é um direito, é uma função social.

O proprietário, isto é, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir esta riqueza, uma função social a cumprir. Se a cumpre, seus atos de proprietário serão protegidos. Se não a cumpre, ou se a cumpre mal, por exemplo, não cultivando seu solo, a intervenção dos governantes será legítima, a fim de obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas

que possui.

### 3.2 - A relatividade dos direitos

Louis Josserand apregoa a relatividade dos direitos.

Enquanto que, para os juristas romanos o ato abusivo era sobretudo o ato malicioso, tornou-se, atualmente, todo ato antifuncional, vale dizer, todo aquele contrário ao espírito de um direito determinado. É preciso não confundir os limites traçados ao direito, que são exteriores à teoria do abuso e de sua relatividade, que ocorre sempre que o direito é exercido com desvio de finalidade.

O problema do abuso do direito não se confunde com o da sua limitação objetiva. A lei que assinala e demarca a esfera da livre atividade do indivíduo não consagra a noção do abuso de direito, nem lhe imprime cunho de relatividade. O problema do abuso do direito é, pois, o da sua limitação subjetiva, isto é, o da relatividade de seu próprio conteúdo. Assim, para a caracterização do abuso de direito é necessário que a lei considere como ato gerador de responsabilidade civil aquele que, embora praticado dentro dos limites concretos do direito, exorbite os seus limites subjetivos.

O direito de propriedade é uma das esferas que mais se presta ao desenvolvimento da teoria da relatividade dos direitos. E foi exatamente por esse caminho que Josserand iniciou a construção de sua doutrina. Direito egoísta, ao menos na aparência, a propriedade individual é destinada à satisfação do interesse do proprietário. O interesse sério e legítimo, contudo, compele ao exame dos motivos dos atos praticados pelo proprietário no exercício de seus direitos de propriedade. O critério do interesse sério e legítimo amolda-se às necessidades sociais e dá larga margem à jurisprudência para relativizar o direito de propriedade.

Temos, portanto, a seguinte escala de limitações do direito: os atos ilegais, que violam os limites objetivos do direito, que infringem

a letra da lei; os atos abusivos, que não violam a letra da lei, mas violam o seu espírito, a sua finalidade, transpondo seus limites subjetivos, os atos excessivos, exercidos nos termos da lei e dentro do espírito da instituição, mas que provocam prejuízos excepcionais a terceiros, acarretando responsabilidade puramente objetiva, sem atenção ao requisito da culpa.

### 3.3 - A Constituição de Weimar

Vem a ponto mencionar, inicialmente, a Constituição social-democrática de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que marcou um dos primeiros passos fundamentais em direção à sedimentação do princípio da função social ora sub examine.

Em seu art. 153, a Constituição de Weimar declara que a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social, e preconiza no art. 155, que o trato e a utilização do solo é dever do proprietário para com a comunidade.

Destarte, ampliando-se-lhes os deveres, restringiram-se os direitos, que o parágrafo 903 do Código Civil Germânico atribuía ao proprietário, salvo disposição contrária da lei e salvo os direitos de terceiros.

A legislação ficou assim, habilitada, no dizer de Radbruch, a elevar do plano moral ao plano jurídico, comunicando-lhe a obrigatoriedade, esta garantia ou hipoteca social da propriedade. A propriedade privada aparece hoje, como um campo de ação livre, confiado pela coletividade à iniciativa privada do indivíduo, mas confiado somente na expectativa de que este faça dela um uso social, sob pena de lhe ser retirada, se essa expectativa não se verificar. Por outras palavras: a propriedade passou a ser considerada um limitado e condicional direito, perdendo as prerrogativas da sacralidade e da inviolabilidade. A Constituição de Weimar durou pouco, mas a idéia

da função social da propriedade fincou sólidas raízes.

### 3.4 - O direito comparado

Abordaremos, agora, a propriedade sob a ótica de sistemas jurídicos diversos.

Segundo as concepções do nacional-socialismo de Adolf Hitler, o primeiro dever de todo cidadão deveria ser trabalhar intelectual ou corporalmente em prol do bem comum, exigindo-se para tanto, uma reforma imobiliária que contemplasse a permissão de expropriação sem indenização do solo, para fins de interesse geral. O indivíduo não era tomado como pessoa isolada, mas apenas como membro da comunidade nacional.

Nas palavras de Roger Bonnard, o povo germânico teria de desaparecer como indivíduos, porquanto um povo racista não pode ser uma soma de indivíduos, mas sim uma totalidade que absorve e anula os indivíduos; a atividade destes deve orientar-se exclusivamente tendo em vista os interesses coletivos, não lhes podendo ser atribuídos direitos subjetivos, mas apenas status de membros da comunidade.

Esta doutrina geral teria, necessariamente, de refletir-se sobre o direito de propriedade, assumindo este um caráter nitidamente social; a posição do proprietário seria protegida pelo Direito quando, e apenas quando, se harmonizasse com o espírito da comunidade.

Na Itália fascista, manteve-se a mesma idéia da propriedade função-social. Considerando-se a iniciativa privada como o instrumento mais eficaz e útil para o interesse nacional, ficando o organizador da empresa responsável, perante o Estado, pelo bom andamento da produção.

A Carta Del Lavoro, de 31 de abril de 1927, declarava em seu art. 7º, in verbis:

"Lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata nel

campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della nazione. L'organizzazione privata della produzione essendo una funzione de interesse nazionale, l'organizzatore dell'impresa à responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato".

A nova Constituição da República Italiana, de 22 de dezembro de 1947, acentua o caráter da função social que tem a propriedade privada. É livre a iniciativa econômica privada, mas não pode desenvolver-se contrariamente à utilidade social, ou de modo a ocasionar prejuízo à segurança, à liberdade ou à dignidade humana. A propriedade privada é reconhecida e garantida por lei, que lhe determina os modos de aquisição e os limites de gozo, com o objetivo de assegurar-lhe a função social e torná-la acessível a todos.

Na Espanha, o *Fuero del Trabajo* estabelece normas programáticas, evidenciando a função social da propriedade privada. Preconiza o art. V, alínea 6ª, que:

"Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas pase a ser de quienes directamente la explotan".

Vale salientar que o art. 555 do Código Penal Espanhol comina pena a todo aquele que destrói, inutiliza ou danifica uma coisa que, embora própria, tenha utilidade social.

Em Portugal, o Estatuto do Trabalho Nacional (Decreto Le nº 23.048, de 23 de setembro de 1933) estabelece que o exercício dos poderes de proprietário é garantido quando esteja em harmonia com a natureza das coisas, o interesse individual e a utilidade social expressa

nas leis, podendo estas subordiná-lo às restrições que exijam o interesse e o equilíbrio e conservação da coletividade. É o que preceitua o art. 13 do citado Estatuto, *in verbis*:

"O exercício dos poderes do proprietário é garantido quando em harmonia com a natureza das coisas, o interesse individual e a utilidade social expressa nas leis, podendo estas sujeitá-lo às restrições que sejam exigidas pelo interesse público e pelo equilíbrio e conservação da coletividade. O vínculo que liga o proprietário ao objeto da propriedade é absoluto, sem prejuízo, porém, da faculdade de expropriação, a qual só pode ter lugar mediante a garantia de uma justa indenização, a fixar nos termos das leis em vigor".

Tais considerações têm estreita relação com o que já preceituara o art. 11 do mesmo diploma, isto é, que a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social em regime de cooperação econômica e solidariedade.

Já na Rússia soviética, orientada pelos princípios marxistas, a propriedade individual foi minimizada ao extremo.

O Código Civil soviético de 1923 estabeleceu, em seu art. 1º o princípio de que "os direitos civis são protegidos pela lei salvo quando sejam exercidos em um sentido contrário a seu destino econômico e social", fórmula reputada satisfatória por Josserand para elucidar sua teoria da relatividade dos direitos.

Preceitou o art. 21 do Código Civil soviético que a terra é patrimônio do Estado e não pode ser objeto de comércio privado, sendo sua posse admitida apenas a título de gozo.

Através dessa ligeira análise, de caráter puramente objetiva, pode-se formar uma idéia das transformações jurídicas por que passou a propriedade até nossos dias, que a conduzem a uma utilização cada vez mais direcionada ao atendimento das necessidades sociais.

#### IV - EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL

No Direito Constitucional Brasileiro, nota-se também lenta mas contínua evolução da propriedade privada que, passo a passo caminha do "individual" ao "social", caminho esse dentro do qual se busca impor à propriedade o cumprimento adequado de sua função social.

Com efeito, a preocupação evidente do legislativo constituinte de 1967 e 1988, com o adequado uso da propriedade para que ela cumpra plenamente sua função social é o resultado da gradativa e constante evolução do esboço do princípio em alusão, cujo advento deu-se ainda sob a égide Carta Constitucional de 1934, que prescrevia em seu art. 113:

"É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determina".

A Constituição Federal de 1937, a seu turno, contemplou-o no art. 122, que assim dispunha:

"O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regulamentam o exercício".

A Constituição de 1946, inspirada na Carta de Weimar, prescreveu, em seu art. 147, que:

"O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

A Constituição de 1967, que consoante Pontes de Miranda,

fora "freada por elementos reacionários(...)", apenas se refere à função social da propriedade, em seu art. 160, inciso III, sem, contudo, explicitar-lhe o sentido ou dimensão.

O direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais as explicitou. Porém, uma coisa é o limite ao uso, elaborado milenarmente, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos, e outra, o limite que não precisa do elemento conceitual da vizinhança, ou sequer, da proximidade. Bem-estar social é, sem dúvida, conceito mais vasto que o da vizinhança, ou de proximidade. Cumpre, porém, advertir que esse conceito não outorga arbítrio ao legislador, pois não é ele quem enuncia, segundo seu próprio talento, juízos de valor, para limitar o uso da propriedade sob a invocação do bem-estar social.

O art. 160, inciso III, não disse que a lei poderia limitar o uso do direito de propriedade, devendo-se entender o preceito da seguinte forma: "O uso da propriedade é garantido dentro da lei". Fixado o conteúdo do direito de propriedade, sabe-se até onde vai seu exercício, devendo-se extrair do art. 160, III que o uso da propriedade há de ser compatível com o bem-estar social, pois se contra ele se apresentar há de ser desaprovado.

Mas a regra jurídica não é somente programática. Quem quer que sofra prejuízo decorrente do mau uso que outrem dá à propriedade, malferindo ou mesmo ameaçando o bem-estar social, pode invocar o multicitado art. 160, III, inclusive para as suas ações cominatórias. A **fortiori**, o legislador, percebendo que as leis penal, civil e administrativa não explicitam suficientemente, as espécies de ofensa ao bem-estar social, pode e deve explicitá-las. Todavia, a invocação ao art. 160, III não basta para que as regras jurídicas que ele elabore escapem ao controle judicial. A intervenção do Estado é subordinada à existência factual de dano ao bem-estar social.

Seja como for, pode a Justiça indagar o que o legislador considerou ofensa ao bem-estar social, e o que será considerado

suficiente a caracterizar a necessidade de edição de normas infraconstitucionais. Ademais, o conceito de bem-estar social é assaz largo, e certamente está inserido implicitamente nas dimensões da "função social da propriedade".

No Texto Constitucional de 1988, a expressão, função social, prescrita no art. 5º, inciso XXIII, além de opor-se à função individual inequivocamente ultrapassada, designa realidade rica de significado, ao indicar o uso pleno tanto para o imóvel urbano quanto para o imóvel rural. Leciona o mestre Alfredo Buzaid, que "negando o direito subjetivo, a propriedade é considerada em sua função social, devendo o poder público regulá-la de modo que produza o melhor rendimento em benefício de todos" (in, Da Ação Renovatória, 1958, 2ª ed., vol. I, págs.16/17).

A noção de função social, aplicada à propriedade, torna-se clara quando se estuda a desapropriação por interesse social. O Estado desapropria imóveis por interesse social, quando esses imóveis, por serem improdutivos, ficam inertes, deixando de servir a um grande número de pessoas, ou quando, mesmo não inertes, poderão servir a maior número de pessoas.

Cumprido salientar que o princípio da função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, que dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, à estrutura do direito, enfim à propriedade.

A implementação da função social à propriedade é sem dúvida um processo longo e complexo, consoante defendeu Karl Renner, pois a função social se modifica com as mudanças na relação de produção. Em face disto, toda vez que mudam as relações de produção transforma-se a estrutura interna do conceito de propriedade, de tal sorte que ao estabelecer que a propriedade atenderia a sua função social mormente quando reputou tal princípio inerente à ordem econômica (art. 170, incisos II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e

ônus referente à propriedade privada; estava buscando, também, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, isto é, tem aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência assim já o reconhece. Com efeito, o princípio da função social, no dizer de Pedro Collado, "introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo".

Saliente-se, entretanto, que se é certo o vigor do princípio da função social, no mesmo azo há que se refletir que ele não autoriza a supressão, via legislativa, da instituição da propriedade privada.

## CONCLUSÃO

Ultimado o presente estudo, que consistiu em perfunctória análise das teses relativas à comunidade primitiva e sua evolução; à propriedade concebida como direito absoluto, mormente no período feudal; à relatividade dos direitos; à experiência estrangeira; e à evolução constitucional do princípio da função social da propriedade no Brasil, admitimos as seguintes conclusões:

- 1º ) A responsabilidade pelo advento da idéia da propriedade privada como direito absoluto deve-se, primordialmente, não às leis, mais à Igreja, que buscando fortalecer tal direito, denominou-o sagrado;
- 2º ) Os primeiros a se insurgir contra o caráter absoluto do direito à propriedade, em verdade, não foram os anarquistas, ou os marxistas, mas os antigos burgueses, que submetidos a pressões sociais adversas, demonstraram através do comércio, que a propriedade não constitui a fonte única de poder e riqueza;
- 3º ) O princípio da função social da propriedade, insculpido em ordenamentos diversos, inclusive no ordenamento pátrio, tem figurado como princípio instrumental para a consecução de princípio maior, qual seja, o da igualdade;
- 4º ) A função social, mesmo erigida ao status de preceito constitucional de eficácia plena, tem sido obstaculizada por forças sociais ocultas, exatamente por representar valor contrário aos interesses dos detentores de poder econômico (e político).

## BIBLIOGRAFIA

- 1 - *CRETELLA JR., José - Comentários à Constituição de 1988*, vols. I e VIII, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992.
- 2 - *FALCÃO, Raimundo Bezerra - Tributação e Mudança Social*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- 3 - *GIDE, Carlos - Compêndio D'Economia Política*, traduzido por F. Contreiras Rodrigues, 16ª. Edição, Editora Globo, Rio de Janeiro, 1960.
- 4 - *HUGON, Paul - História das Doutrinas Econômicas*, 11ª. Edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1970.
- 5 - *LIMONGI, J. Papaterra - Manual de Economia Política e Finanças*, 3ª Edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1944.
- 6 - *MIRANDA, Pontes de - Comentários à Constituição de 1967*, tomo VI, 2ª Edição, Editora RT, São Paulo.
- 7 - *MONTEIRO, Washington de Barros - Curso de Direito Civil*, 3º Volume (direito das coisas), 27ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.
- 8 - *MUKAI, Toshio - Direito e Legislação Urbanística no Brasil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1988.
- 9 - *SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1992.

## A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Rosaura Brito Bastos Pinto Martins  
Procuradora do Município de Fortaleza  
Professora da UNIFOR

**SUMARIO:**I - INTRODUÇÃO - I.A - NOÇÕES DE CONSTITUIÇÃO - A.1 - Ações do vocabulário - A.2 - Fundamento da validade do ordenamento jurídico - A.3 - A Norma hipotética fundamental - B - Posição hierárquica superior das normas constitucionais - C - Classificação das constituições - D - Defesa da supremacia constitucional - D.1 - Instrumentos e garantias - D.2 - Agentes estatais e o cumprimento da constituição - D.3 - Supremo Tribunal Federal: guarnição da constituição - III - CONCLUSÃO - IV - BIBLIOGRAFIA

### I - INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a fazer um breve comentário sobre a supremacia constitucional, tema de inegável importância para o Direito Público. Não temos nem de longe a pretensão de fazer uma exaustiva pesquisa, mas, ao contrário, procuraremos fazer o estudo leve, simples, que não enfade o leitor e que traga um pouco do que há de mais importante e recente sobre o assunto.

É um tema apaixonante, sem dúvida, e que pode ser abordado sob os mais variados aspectos. Temos certeza que muito faltará ser dito, mas, o mais importante em pesquisa, sobretudo, pesquisa jurídica, é o despertar da discussão.

## II.A - NOÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

### A.1 - Acepções do vocabulário

Sempre que os doutrinadores propõem-se a falar sobre Constituição, referem-se aos vários significados que a palavra designa. José Afonso alude aos seguintes: "a) conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, a constituição dos corpos sólidos; b) temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta; c) organização, formação: a constituição de uma assembléia, a constituição de uma comissão; d) o ato de estabelecer juridicamente: a constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima; e) conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição da propriedade; f) a lei fundamental de um Estado"<sup>1/</sup>. Conclui ainda o mesmo autor que "todas essas acepções são analógicas. Expressam, todas, a idéia de modo de ser de alguma coisa e, por extensão, de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado". Já Celso <sup>2/</sup> assevera que podemos tomar também a palavra constituição em muitos sentidos. Num sentido muito amplo, atécnico e não-científico, seria a particular estrutura de qualquer coisa ou sua maneira de ser. Assim pode-se falar em constituição de uma cadeira, de um planeta ou mesmo do homem. Num segundo aspecto teríamos a constituição em sentido material que seria o "conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, que configuram a particular maneira de ser de um Estado". Lembra o autor que "embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser do qual o

<sup>1/</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, R.T. 1990, p.37  
<sup>2/</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1996, p.p.38 e 39.

direito faz parte". Num sentido substancial constituição será o conjunto de normas estruturais de uma sociedade política; um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capaz de traçar linhas mestras de um dado ordenamento jurídico. Sob o aspecto formal constituição seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer um processo formativo mais árduo e solene. Não custa destacar que podem existir normas constitucionais apenas sob o aspecto formal. Segundo o autor, "isto ocorre em todos aqueles casos em que determinadas regras jurídicas, de natureza não substancialmente constitucional, tenham sido inseridas na constituição em sentido formal, para obter aquela tutela especial e típica da constituição".

### A.2 - Fundamento de validade do ordenamento jurídico

Vamos encontrar sólida elaboração sobre esse tema na obra de Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito. Ao referir-se sobre estrutura escalonada da ordem jurídica, Kelsen afirma que uma norma somente encontra validade em outra norma que lhe é hierarquicamente superior e que estabelece como aquela deve ser produzida. Daí inferimos que o ordenamento jurídico não seria um sistema de normas situadas num mesmo patamar, mas, em diferentes níveis ou degraus. Surge assim, a idéia bastante disseminada nos estudos jurídicos, da estrutura escalonada ou "piramidal" das normas de um mesmo sistema jurídico, no qual cada norma haure sua validade de outra situada em plano mais elevado, e em cujo topo situa-se a constituição, a fundamentar, em tal posição, a validade de todas as demais normas desse sistema <sup>3/</sup>. "Isto nos fornece os elementos para a primeira noção de constituição, tributária da idéia de que as normas constitucionais são aquelas que ocupam, do ponto de vista do direito positivo, vale dizer, do direito cumprido por uma

<sup>3/</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado, 1974, §§ 34 e 35.

dada coletividade, uma posição de supremacia: são o fundamento de validade de todas as demais normas, mas elas, em si mesmas, não extraem sua validade de nenhuma norma superior de direito positivo" <sup>4/</sup>.

### A.3 - A Norma hipotética fundamental

Ao imaginarmos a ordem jurídica sob a forma de uma pirâmide em que cada degrau encontra seu fundamento naquele que lhe é imediatamente superior e assim sucessivamente, vamos chegar ao topo da pirâmide que é a constituição. Daí podemos perguntar: e agora? De onde a Constituição, que está situada no topo da pirâmide, retira sua validade? Ao questionar sobre o que fundamentaria a própria constituição, Kelsen formula a sua teoria da norma hipotética fundamental, apoiada em um rigor metodológico de sua teoria "pura" do direito, que o levou a considerar como sendo o objeto da ciência jurídica apenas a sua dimensão normativa. Dessa forma, Kelsen entendeu que, para fundamentar a validade da Constituição, seria necessário pressupor uma norma, ou seja, a norma hipotética fundamental não está contida no próprio ordenamento jurídico. Tal norma não é positiva ou posta, mas, uma norma pressuposta pelo ordenamento jurídico.

"Podemos afirmar que as normas constitucionais são aquelas que ocupam, do ponto de vista do direito positivo, do direito cumprido por uma dada coletividade: uma posição de supremacia constituem: o fundamento de validade de todas as demais normas, entretanto, elas, em si mesmas, não tiram sua validade de uma norma superior de direito positivo" <sup>5/</sup>. Tiram sua validade de uma norma imaginária, metafudiciária, que é a norma hipotética fundamental.

<sup>4/</sup> Bastos, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p.33.

<sup>5/</sup> Martins, Águeda Passos Rodrigues. *Supremacia da Constituição. Controle de Constitucionalidade das Leis*. Fortaleza, IOCE, 1982, p.40.



Com muita propriedade esclarece Maria Helena <sup>6/</sup> que "a norma hipotética fundamental é uma hipótese lógica indispensável para que a ciência jurídica possa considerar o direito como um sistema de normas válidas, sendo que todas as proposições, com a referida ciência descreve seu objeto, estão fundadas sobre o suposto de que a norma básica é válida. A norma básica ou norma hipotética fundamental não é um norma positiva, pois, não é estatuída pelo órgão da comunidade jurídica, logo, não prescreve obrigações, nem confere direitos. É uma norma pensada pelo jurista como pressuposto logicamente indispensável para a cognoscibilidade do direito. Pode-se dizer que a norma hipotética fundamental é metajurídica no sentido de não ser uma norma positiva, criada por um ato de vontade de um órgão jurídico, e sim uma norma pressuposta no pensamento jurídico. Por não ser positiva, ela não pertence ao sistema, sendo até mesmo anterior a ele, que dela depende. Fora do sistema tem a norma básica uma função postulatória, por consistir no ponto de partida necessário à investigação jurídico-científica. Todavia, a norma hipotética fundamental é jurídica no sentido de ter funções jurídicas relevantes, tais como a de fundamentar a validade objetiva do significado subjetivo dos atos de vontade criadores da norma e a fundamentar a unidade de uma pluralidade de normas. Dentro do sistema tem ela a função duplamente constitutiva: a de dar unidade e a de dar validade a um sistema de normas".

### B - Posição hierárquica superior das normas constitucionais

De tudo que abordamos até então sobre fundamento de validade do ordenamento jurídico e da constituição, inferimos uma noção de hierarquia. Vimos que as normas jurídicas encontram-se escalonadas hierarquicamente e que cada uma encontra sua validade na que lhe é imediatamente superior. Esta submissão ou subordinação

<sup>6/</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1991, p.116.

significa que em caso de conflito ou choque entre duas normas, prevalece a que se encontra em posição superior. Desse simples raciocínio é fácil concluir sobre a hierarquia que existe das normas constitucionais sobre aquelas infraconstitucionais, que na estrutura escalonada da ordem jurídica encontram-se em posição inferior, posto que, como vimos, a Constituição encontra-se no topo da pirâmide do ordenamento jurídico.

Vimos também que além da posição hierárquica superior das normas constitucionais, estas também possuem um regime especial para sua produção e modificação. "Nos países que adotam constituições formais, caracterizadas, como visto, por um processo de elaboração mais dificultoso que o previsto para as leis ordinárias, assim como por um regime jurídico constitucional, dá-se em razão deste próprio regime jurídico uma ascendência, uma superioridade, uma maior importância em favor das regras por ele beneficiadas, de tal maneira que elas passam a conformar, a moldar, a fungir a seus férreos princípios toda a atividade jurídica do seu sistema.

...Qualquer ato jurídico de natureza infra-constitucional padecerá do supremo vício de ilegalidade, o qual, no caso, em razão de ser praticado contra a Lei Maior, denomina-se inconstitucionalidade" <sup>7/</sup>

### C- Classificação das Constituições

A classificação das constituições tem uma variação significativa na doutrina. Pensamos ser necessário fazer referência a tal assunto em nosso trabalho para que haja uma perfeita compreensão do nosso tema principal que é a supremacia da constituição. Decidimos dar preferência à classificação de José Afonso <sup>8/</sup>, por ser além de esclarecedora, simples e completa. O autor aponta, para classificá-las,

<sup>7/</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p.p. 40 e 41  
<sup>8/</sup> SILVA, José Afonso da. *ob. Cit.* p.p. 40 e 42

os seguintes aspectos: quanto ao conteúdo, à forma, ao modo de elaboração, à origem e à estabilidade. Segundo o mesmo, quanto ao conteúdo as Constituições podem, ser materiais ou formais, sendo que a Constituição pode ser material em sentido amplo ou escrito. "No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais". Constituição formal é o conjunto de normas básicas do Estado reduzidas a um documento solenemente formulado. Quanto à forma: escrito é aquele documento constitucional codificado e sistematizado num único texto. Não escrita é a constituição consuetudinária, fruto dos costumes, jurisprudência, convenções e textos constitucionais, esparsos. (Ex.: Constituição Inglesa). Quanto ao modo de elaboração temos as noções de constituição dogmática e histórica que podem ser associadas às de escrita e não escritas, pois, a dogmática é sempre escrita e sistematiza os dogmas jurídico-políticos do momento. A histórica ou costumeira não é escrita, mas, resultado de um longo evoluir das tradições que se cristalizam como as normas fundamentais. Podem ser ainda quanto à origem as constituições populares (democráticas ou promulgadas) ou outorgadas (impostas). As populares são frutos de um poder constituinte legítimo e as outorgadas são impostas sem aquiescência popular.

Chegamos, enfim, ao critério mais relevante para o desenvolvimento do nosso trabalho: o critério da estabilidade. Segundo este, as constituições são rígidas ou flexíveis. (O autor refere-se ainda às semi-rígidas, o que consideramos de somenos importância). Rígidas são aquelas que somente podem ser alteradas por procedimentos especiais, enquanto que as flexíveis podem ser livremente alteradas semelhante às leis ordinárias. É desnecessário observar que desse critério decorre a estabilidade das instituições estatais. Importante também é lembrar que "a estabilidade das constituições não deve ser absoluta,

não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois, não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas, sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social. A rigidez relativa constitui técnica capaz de manter a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas, impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária, <sup>9/</sup> (MEIRELES TEIXEIRA, Lições Apostiladas).

Relevante existente no Direito Constitucional é o de associar constituição escrita à rígida ou costumeira à flexível, como se tais conceitos fossem correspondentes. É a correspondência desejada por James Bryce em seu "Constitutiones Flexibles y Constitucione Rígidas, México, 1960". Águeda Passos <sup>10/</sup>, citando McBain em Pinto Ferreira, coloca alguns argumentos pelos quais tal correspondência não procede. Primeiro "que a Constituição Inglesa é um tipo rígido, baseada na índole conservadora e tradicionalista de um povo apegado aos seus costumes e tradições, a um passado glorioso e cheio de lances heróicos, o peso da sua história atua poderosamente na conservação intransigente das suas instituições básicas". Depois que "a evolução do regime constitucional britânico é bastante lenta, tem permanecido ele quase inalterado no último século, exceção das modificações sofridas no tocante à intenção do sufrágio eleitoral, da restrição progressiva do poder da Câmara dos Lordes em benefício dos Comuns, ou das relações da Inglaterra com certas colônias, que passaram à categoria de "Dominions". Por fim que "ao lado disso, prosegue McBain, há uma extraordinária instabilidade das constituições escritas, em períodos de crises econômica,

<sup>9/</sup> SILVA, José Afonso da, *Ob. Cit.*, p. 42.

<sup>10/</sup> MARTINS, Águeda Passos Rodrigues, *Op. Cit.*, p. 49.

ou em países não amadurecidos devidamente para a vida política, onde as constituições são apenas "instrumentos maleáveis" nas mãos dos grupos de admiradores e seguidores de alguém e de grupos políticos". Não é preciso muito esforço de raciocínio para relacionar este último argumento com o que acontece no Brasil e em outros países da América Latina.

Do exposto percebe-se que não se deve confundir conceitos que são essencialmente distintos. Constituição escrita não significa necessariamente rígida, nem histórica, necessariamente flexível. As constituições são flexíveis quando podem ser modificadas ou mesmo elaboradas pelo mesmo processo das leis ordinárias e são rígidas quando exigem processos mais solenes e formais para elaboração ou revisão das normas constitucionais.

O nosso sistema constitucional consagra, à semelhança do norte-americano o princípio da supremacia da constituição escrita e rígida, cujas normas não podem ser modificadas ou elaboradas se não por um poder constituinte. Tem se formado em ambos os países importante doutrina a esse respeito, tendente a fazer juridicamente efetivo o princípio constitucional, quando os tribunais devem negar aplicação a qualquer norma violadora da constituição. Nos Estados Unidos tal doutrina foi consagrada desde o célebre caso *Marbury x Madison*, quando naquela ocasião o Juiz Marshal sentenciou: "Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para não serem deturpados ou esquecidos, a constituição é escrita. Com que fim seriam os poderes limitados, com o fim seriam as limitações escritas, se os limites pudessem., a qualquer momento, ser violados por aqueles que os deve conter? A Constituição é uma lei suprema e soberana, não susceptível de ser modificada por meios ordinários, ou está no nível das leis ordinárias, e com todas as outras leis, pode ser modificada quando à legislatura aprovar modificá-la. Se a primeira parte da alternativa é a correta, uma lei contrária a constituição não é lei; se a segunda á a correta, então as constituições escritas são tentativas

absurdas de parte do povo, para limitar um poder que, por sua natureza mesma, não pode ser limitado... Certamente todos os povos que possuem constituições escritas consideram as mesmas como a lei fundamental e suprema da Nação, e, "*ipso facto*", admitem a teoria de que um ato de legislatura contrário à constituição é nulo. Esta teoria é essencialmente ligada às constituições escritas, e, em consequência, esta corte deve considerá-la um dos princípios fundamentais da sociedade... Se duas leis colidem, os Tribunais devem decidir como serão aplicadas"<sup>11/</sup>.

Maria Helena <sup>12/</sup>, no mesmo raciocínio, assevera que "é realmente nas constituições rígidas que se pode verificar a superioridade da norma constitucional criada pelo constituinte, relativamente àquelas elaboradas pelos demais órgãos. Por tal razão Wilson Accioli chega a afirmar que, como consequência da teoria das constituições rígidas surge o que se denomina suprallegalidade constitucional. Pondera Paulo Banavides que, na rigidez constitucional "resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples do poder constituído, um poder inferior de competência limitada pela constituição mesma".

Como podemos observar, é bastante sólida a doutrina na supremacia constitucional apoiada na rigidez e sua forma escrita. Cumpre observar, todavia, ou pelo menos lembrar, que tal rigidez é sempre relativa; ou seja, rigidez não significa imutabilidade. É o que observa Canotilho <sup>13/</sup>: "a estrutura dinâmica de uma lei fundamental aponta para a necessidade de aberturas, pois, caso contrário, a excessiva rigidez do texto constitucional conduz a distanciação das normas perante o

<sup>11/</sup> BEARD, A Charles. *A suprema Corte e a Constituição*, RJ Forense, 1965, p.p. 115 e 117.  
<sup>12/</sup> SWISBER, Brent Carl. *Decisões Históricas da Corte Suprema*, RJ, Forense, 1964, p.p. 09 a 14.  
 CAVALCANTE, Themístocles Brandão *Do Controle da Constitucionalidade*, RJ, Forense, 1966, p.p. 50 a 55; in: MARTINS, Agueda Passos Rodrigues, *Op. Cit.*, p.p. 52 e 53.  
<sup>13/</sup> DINIZ, Maria Helena. *A Constituição Federal e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p.p. 14 e 15.  
<sup>14/</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1989, p.p. 79.

"metabolismo social"(...) há que tornar possível, sobretudo a adequação temporal da constituição, assumindo aqui primacial relevo os instrumentos de revisão constitucional". Pelo que se depreende do comentário do mesmo português, o princípio, da supremacia constitucional envolve a questão de sua reforma, para que os os textos constitucionais possam, ao longo do tempo, adequar-se à realidade mutante. "Porém, tal mudança constitucional deverá seguir as formalidades prescritas pela própria constituição. Eis o motivo pelo qual a constituição admite o poder de emendabilidade dentro de certos limites, como o respeito à federação; ao voto direto, secreto universal periódico; à separação de poderes e aos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 60 § 4º), desde que a reforma não se dê durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou sítio (CF, art. 60, § 1º)"<sup>14</sup>

## D - Defesa da supremacia constitucional

### D.1 - Instrumentos e garantias

#### (a) Controle de Constitucionalidade

Se admitimos o princípio da supremacia constitucional devemos admitir também que todas as situações jurídicas devem conformar-se com a Constituição Federal. Esta, pois, atualmente prescreve duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por ação é decorrência do princípio de compatibilidade vertical, que significa que as normas de grau inferior devem compatibilizar-se com as de grau superior. Normas contrárias à constituição são inválidas, pois, a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior. Tal inconstitucionalidade pode ocorrer sob os aspectos formal ou material. Formal quando um preceito

<sup>14</sup>/ DINIZ, Maria Helena, *Op. Cit.*, p.15.

é elaborado por autoridade incompetente ou em desobediência ao processo legislativo. Material, quando o conteúdo de uma norma é contrário aos preceitos constitucionais. A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando não são praticados os atos necessários a tornar plenamente aplicável norma constitucional. O § 2º do art. 103 da Constituição Federal manda que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência (grifo nosso) ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". A mera ciência revela-se, sem dúvida, ineficaz. José Afonso <sup>15</sup> sugeriu que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Particularmente, defendemos que o legislativo deveria ser responsável civilmente pelos danos decorrentes de inconstitucionalidade por omissão. Esta idéia, entretanto, encontra-se com mais profundidade em outro trabalho nosso (A Responsabilidade Civil do Estado Legislador).

b) Mandado de Injunção; Habeas Corpus; Mandado de Segurança, inclusive coletivo; Habeas Data e Ação Popular.

Em qualquer trabalho que se dedique a abordar a supremacia constitucional, é especialmente relevante mencionar o papel das garantias de direitos. A Constituição Federal brasileira de 1988 traz, além das garantias do direito anterior, novas salvaguardas que o constituinte achou por bem acrescentar, o que, segundo Rittin <sup>16</sup>, denota

<sup>15</sup>/ SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>16</sup>/ GEORGAKILAS, Rittin A, Steverson e outros. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 110.

(uma avidez de exercício de direitos e, provavelmente o pressentimento de uma forte exacerbação de conflitos de interesses antagônicos, hoje constitucionalmente protegidos". A autora observa ainda que "vários dispositivos do art. 5º - bem como de todo o corpo da constituição - proclamam, ainda que indiretamente, a sua supremacia, mas entendemos que aqueles epigrafados neste tópico merecem citação literal tendo em vista seu conteúdo de defensores, ainda que formais, de direitos constitucionalmente protegidos e, conseqüentemente, da própria eficácia ou supremacia constitucional".

## D.2 - Agentes estatais e o cumprimento da Constituição

Vários são os momentos da vigente Constituição Brasileira em que sua supremacia é consagrada através de artigos que determinam a obrigatoriedade do cumprimento da mesma pelos agentes, como, por exemplo, o art. 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que prescreve que "O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação". Podemos enumerar ainda muitos outros artigos, como o art. 85, que considera crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal. O art. 86, inclusive, "determina o afastamento do Presidente da República ao ser instaurado pelo Senado processo contra ele por crime de responsabilidade, consagrado formalmente, entre nós, o instituto importado do impeachment (na Constituição norte-americana, conforme art. I, Seção 2, item 5 e Seção 3, itens 6 e 7)"<sup>17/</sup>.

Como vemos, sendo nossa constituição a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, "toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.

17/ GEORGAKILAS, Riltinha A. Steverson e outros. *Op. Cit.*, p. 115

Nem o Governo Federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos"<sup>18/</sup>.

## D.3 - Supremo Tribunal Federal: guardião da Constituição

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro. Seu papel maior é velar pelo respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o território brasileiro e, além disso, encabeça o Poder Judiciário inclusive em questões sem conotação constitucional. Apesar de tão nobre função, de proteger a Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal não é apenas corte constitucional, mas, discute, também, em muitos casos, questões de direito comum (O que vem a ser criticado por alguns juristas de escol, como é o caso do eminente professor Carlos Mário da Silva Velloso <sup>19/</sup> "Assuma a constituição o que desejou, o que quis: que seja o Supremo Tribunal Federal corte constitucional, guardião maior da Constituição, e que seja o Superior Tribunal de Justiça a corte de direito federal comum, guardião maior da lei federal comum na federação brasileira. Para que isto ocorra, devem ser retiradas da competência do Supremo Tribunal as questões puramente de direito comum, estejam estas na sua competência originária ou na sua competência recursal ordinária").

No exercício do papel de guardião da Constituição, cabe-lhe julgar: (a) a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal (inc. I, a), inclusive por omissão (art. 103, § 2º); (b) o recurso extraordinário interposto contra decisões que contrariarem dispositivo constitucional,

18/ Silva, José Afonso da, *op. cit.*, p. 45.

19/ Velloso, Carlos Mário da Silva. "O Superior Tribunal de Justiça na Constituição" *Revista do Advogado*, nº 28, São Paulo, AASP, 1989, p.21.

20/ Grinover, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Progresso*. São Paulo, RT, 1991, p.159.

ou declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgarem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição (art. 102, inc. III, a, b e c); (c) o mandado de injunção contra o Presidente da República ou outras autoridades federais, para a efetividade dos direitos e liberdades constitucionais etc. (art. 102, inc. I, q, c/c art. 15, inciso 71).

Quanto ao julgamento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal (Lei Orgânica), a Constituição Federal aparentemente se omite sobre tal competência (art. 102, inc. I, a), mas a melhor doutrina entende que em caso de norma da Lei Orgânica que venha a contrariar preceitos constitucionais, o Executivo deve eximir-se de cumpri-la; e se alguém com isso se sentir prejudicado, que entre com processo judicial; oportunidade em que o Executivo argüirá a inconstitucionalidade da norma, como via de defesa (... "por via de exceção ou incidental, segundo a qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto. isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado controle concreto". José Afonso da Silva, 1990), podendo, assim, a questão chegar até o Supremo Tribunal Federal.

Está é, portanto, a missão precípua do Supremo Tribunal Federal. "Antes mesmo que a Constituição de 1891 fosse promulgada, a lei que instituiu a Justiça Federal já deferia ao Supremo Tribunal Federal, o que veio a ser confirmado depois na famosa Lei nº 221, o sentido de guarda da Constituição: de fazer prevalecer a Constituição sobre as normas ordinárias, sobre a modernamente chamada legislação infraconstitucional, que lhe fosse posta em confronto"<sup>21/</sup>, sendo, assim, um importante agente na defesa da supremacia constitucional.

<sup>21/</sup> Mayer, Rafael. "Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil". *Revista do Advogado*, nº 28, São Paulo, AASP, p.p. 50 e 51.

### III - CONCLUSÃO

Após esse breve passeio pela doutrina da supremacia constitucional, podemos concluir que tal idéia diz respeito a um princípio de fundamental importância para a estabilidade social. O princípio da Supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, "é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político". Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É enfim, a lei suprema do Estado, pois, é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas"<sup>22/</sup>.

### BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1989.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1991. *À Constituição Federal e seus efeitos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson e outros. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia*. São Paulo, Ed. Atlas, 1989.

<sup>22/</sup> Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, p.p. 44 e 45.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Teoria Geral do Processo. São Paulo, RT, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado, 1971.

MARTINS, Águeda Passos Rodrigues. Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade das Leis. Fortaleza, IOCE, 1982.

MAYER, Rafael. Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil. "Revista do Advogado Nº. 28", São Paulo, AASP, 1989.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, RT, 1990.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça e a Constituição. "Revista do Advogado Nº. 28", São Paulo, AASP, 1989.

## O IPTU E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPOS.

José Vidal Silva Neto  
Procurador do Município de Fortaleza.

Sumário: I - Introdução; II - Relação jurídica tributária e relação imunitória; III - Descabimento da ação quando tenda a obter declaração de relação jurídica em tese; IV - Aplicação integral das rendas provenientes dos templos no território nacional. V - Conclusão.

### I - INTRODUÇÃO.

Nossa dissertação objetiva, fundamentalmente, demonstrar a impossibilidade do contribuinte eximir-se, *ad aeternum*, de obrigações jurídicas tributárias, rogando, em sede de ação declaratória, a afirmação de imunidade em abstrato, que, desta forma, já se encontra assegurada na Constituição. Ao contrário, a declaração de imunidade, para atingir seus fins, deve ser materializada num período definido de tributação e abarcar uma quantidade delimitada de relações jurídicas. Descabida aquela, portanto, quando visa obtenção de declaração de vínculo em tese.

Ao mesmo tempo, almeja-se tecer algumas considerações a respeito da exigência implicitamente contida na Constituição Federal, consistente na necessidade de aplicação dos ganhos auferidos pelos templos, de qualquer culto, no território nacional, para concessão do benefício imunitório a eles aplicável.



## II - RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA E RELAÇÃO JURÍDICA IMUNITÓRIA.

Estudando a fenomenologia da norma jurídica tributária, Alfredo Augusto Becker, em seu clássico "Teoria Geral do Direito Tributário", definiu, com acuidade a existência da relação jurídica:

"Para que possa existir a relação jurídica tributária, necessário que, **antes**, tenha ocorrido a **incidência** da regra jurídica tributária sobre o fator gerador e, em consequência, irradiado a relação jurídica tributária". (Ed. Saraiva, 2ª edição, p. 288. Grifos do autor).

A incidência da norma, pré-requisito para a geração de uma relação jurídica, dá-se quando um fato do mundo reproduz, em todo seu desdobrar-se, o suporte fático da norma, posto como hipótese condicionante da atuação da última. Há a perfeita identidade entre a previsão abstrata do fato descrito na lei e um dos milhares de acontecimentos do plano do ser. Focado, desta maneira, este evento de diferencia da mera facticidade dos demais, adquire a nota da juridicidade e cria a relação jurídica, que vincula certos e determinados sujeitos e não outros, a uma específica regulação de condutas.

O mesmo Becker doutrina acertadamente:

"O fenômeno da atuação dinâmica da regra jurídica, isto é, a **incidência automática** da regra jurídica sobre a sua hipótese de incidência, somente desencadeia-se **depois** da realização integral da hipótese de incidência e pelo acontecimento de **todos** os fatos nela previstos e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. **Depois** da incidência da regra jurídica é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos, os quais consistem nas consequências (relação jurídica e seu conceito de direito e dever) pré-determinado pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica". (*idem*, p. 290, grifado pelo próprio autor).

Não destoa deste esquema o funcionamento da norma

imunidade tributária, relativamente às relações dela originadas. Se o preceito de imposição tributária incide após o momento da realização de sua hipótese de incidência, externando a relação jurídica tributária, cujo conteúdo é uma obrigação contra o contribuinte e um direito a favor do Fisco, a regra imunitória comporta-se semelhantemente, divergindo apenas em razão de ser o reverso do espelho: aqui há uma obrigação jurídica contra o Fisco em contrapartida ao direito do contribuinte.

Explicando melhor, analisaremos o seguinte exemplo: o fato gerador presente na lei instituidora do IPTU é o domínio por parte de um indivíduo de um imóvel na zona urbana. Os elementos materiais da hipótese de incidência são, portanto, a existência de um pedaço de chão ou edificação na urbe e de um direito de propriedade sobre os mesmos, por alguém gozado.

Satisfeitos estes postulados durante o período-base de uma ano, incide plenamente a exação mencionada. Entretanto, tratando-se de um templo o bem referido, ao invés da regra legal de imposição de tributo, é a regra constitucional de liberação que incide em seu lugar, afastando a aplicação daquela.

A distinção entre os elementos da norma tributante e os da norma de imunidade reside em que esta acrescenta àqueles algum fato excedente. Na simulação cogitada, à existência de um prédio urbano objeto de direito real, adiciona-se a circunstância de o mesmo ser devotado ao culto à Divindade, para que de imediato desapareça a possibilidade de incidência do IPTU.

Vê-se, então, que a relação imunitória contém, forçosamente, em seu bojo, os elementos da relação tributária, além dos que lhe são peculiares, justo com o fito de neutralizá-la e ser seu avesso. Só se confere imunidade a fatos, em tese, passíveis da mesma tributação de que se livram, não fosse a presença de uma característica a mais, considerada relevante axiologicamente pelo legislador, influenciando-o a retirá-los do âmbito de eficácia da lei tributária.

Compõe-se a relação de imposição do fato gerador A e a relação de imunidade, dos fatos A e B. A última variável é a única que as separa.

Nas palavras do decantado Becker:

"A regra jurídica que prescreve a isenção, em última análise, consiste na formulação negativa da regra jurídica que estabelece a tributação. A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, faz com que esta regra jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária". (*Ibidem*).

Tendo em conta tal formulação, revela-se o erro crasso de considerar a imunidade, por situar-se em patamar constitucional, um direito absoluto, válido *erga omnes*, ínsito à personalidade dos entes religiosos, sem atender à particularidade do contexto concreto de que depende a sua incidência.

Não se há de equiparar-lá à feição própria dos direitos fundamentais, *verbi gratia*, o direito à vida, que permeia a generalidade das ações humanas, incidindo constante e incondicional, inafastável pela multifariedade de situações e combinações fáticas postas pela realidade.

Inclui-se, também, nesse rol, no que tange à eficácia, o axioma da legalidade tributária.

Tão amplo poder de subsunção se justifica com a natureza principiológica destas normas, mandamentos nucleares do ordamento jurídico, a nortear a intensidade de eficácia e a interpretação de gama vária das demais normas.

Não assim a imunidade de que se cuida. No intuito de afetar a produção dos efeitos que lhe são conaturais, impende, antes, verificar numa situação concreta dada, com titulares de direito diferenciados e reconhecidos, objeto determinado da possível prestação tributária, localizados em certo período de espaço e tempo, se a norma impositiva potencialmente incidiria.

A integralidade dos elementos da relação tributária devem estar previamente definidos e especificados para avaliar se a estes se junta o

componente adicional típico do dispositivo imunizatório, qual seja, o caráter de templo com que o imóvel é usado, afastando, aí sim, a infalibilidade da atuação da previsão tributária.

Esta operação se repetirá tantas vezes quantas se formem cenários fáticos suscetíveis *in potentia* de tributação pelo IPTU. Vigente a norma constitucional de limitação à potestade tributante, incide não de uma só feita, garantindo *in abstractu* relação indissolúvel enquanto válida a mesma, mas se aplica diversas vezes, de acordo com a eclosão dos eventos iguais à *fattispecie*, criando uma série de relações liberadoras do imposto, referentes a períodos-base que se sucedem no tempo, que dariam à luz obrigações tributárias diferenciadas, não fosse a imunidade.

A existência da relação jurídica de imunidade ou deste conjunto inconfundível delas exige a averiguação dos requisitos *supra*, impedindo a falta de algum a prolatação de sentença que a declare.

### III - DESCABIMENTO DE AÇÃO TENDENTE A ALCANÇAR DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA EM TESE.

Inviável a declaração de relação em tese, abstrata, modelo fictício a valer para quaisquer relações jurídicas reais que venham a nascer no futuro, ou até para as que nunca venham a ser procriadas. Seria um franco desrespeito à incessante mutabilidade das situações da vida. Abstrações inexistem, são apenas processos intelectivos de representação das coisas do mundo.

Num certo ano-base pode haver imunidade de IPTU relativamente a um imóvel tido como templo, mas isto não garante que no ano seguinte ou em todos os anos que se sigam, inclusive no apagar dos séculos, continue o bem a ser utilizado na prece ao Além, mantendo o direito à imunidade. Durante um prazo já transcorrido e delineado quantitativamente, factível ao interessado, mediante prova cabal, demonstrá-lo. Não se pode prender setença por prazo indeterminado, extrapolando-se, por completo, da órbita das relações de direito efetivamente havidas,

a valer sobre um número nebuloso e ignorado de templos não elencados mesmo os que nem ultrapassam a prancheta do arquiteto, ou ainda não adquiridos os imóveis necessários ao escopo colimado.

Acreditar que setença declaratória é apta a atestar a existência de relações decorrentes de fatos inexistentes, ou seja, do nada é absurdo parelho aos contos da carochinha. Os juristas romanos, da antiguidade reverente de suas tumbas, continuam a ecoar na modernidade: *Ex facto oritur jus*.

A percuciência sem par de Pontes de Miranda chancela sem ressalvas a tese aqui aduzida. Senão, vejamos, *in verbis*:

"A relação jurídica deve ser existente no momento em que se pede a declaração, ou há de ser negada em sua existência a esse momento. **A relação jurídica futura, por ainda não estar composta o suporte fático do fato jurídico de que se irradiaria, não pode desde já seu declarada**". (Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, Ed. Forense, Tomo I, p. 188. Grifei).

Em concordância estrita a jurisprudência pátria, que calha trazer à trancrição:

"Em matéria fiscal, julga-se **extinto o processo sem julgamento de mérito, quando, com a lide, se pretende obter declaração da existência ou inexistência de relação tributária em tese, acobertando-se o contribuinte da indenidade para uma série ilimitada e imprevisível de casos, tudo de forma abstrata**. A ação declaratória só tem cabimento quando se invoca um fato já ocorrido e concretamente definido no tempo, espaço e em todos os elementos identificadores". (Aç. unân. da 4ª Câm. do TJ-MG, apel. 67.099, rel. des. Vaz de Mello, Juris. Min., vol. 92, p. 318. Grifei).

Desta forma, o contribuinte não pode substituir a súplica de declaração da imunidade materializada num exato período de tributação, abarcando uma quantidade finita de templos por um pedido de declaração genérico. Tal seria inútil, por redundante, em razão de o Estatuto Político já o declarar com fatura de letras, garantindo a todos

os templos, não só aos de um contribuinte, e abrangendo a toda espécie de imposto, além do IPTU, esta não incidência.

Ademais, o dispositivo é auto-aplicável sendo despiciendo pronunciamento judicial para que vigore plenamente, mormente quando o juiz, necessariamente vinculado aos termos em que foi elaborado o pedido, limitar-se-ia, sem escapatória, ao ridículo papel de papagaio repetidor da literalidade do texto constitucional.

Relação jurídica é conjunção harmoniosa de fato e norma. Sem fato, não há relação jurídica a declarar. Eliminado o componente fático, o Judiciário, na ação declaratória, sofreria metamorfose radical, convertendo-se em improdutivo órgão de consulta, a decidir *quaestio juris* de somenos importância ou informando se uma lei é ainda válida ou não. Às claras, não lhe serve tão medíocre atribuição.

De bom alvitre colacionar as preclaras vozes jurisprudenciais:

"Amplio é o campo da ação declaratória, tal como instituída em nossa legislação. Para a sua instauração, basta que o interesse do autor limite-se ao da declaração da existência de **determinada** relação jurídica (...) **Ela não visa à declaração da existência ou não da regra legal-direito subjetivo, mas, apenas, da existência ou não de uma relação jurídica em cuja configuração, aí sim, entram fato e norma**". (Aç. unân. da 2ª Câm. do TJ-BA, de 28/09/82, apel. 496/82, rel. des. Hélio de Andrade Pimentel. Grifei).

Barbosa Moreira, processualista de escol, não deixa por menos: "**Não cabe ação declaratória, se o pedido envolve mera consulta, inexistindo referência específica à relação jurídica determinada**". (Aç. unân. da 5ª Câm. do TJ-RJ, de 19/10/82, apel. 24.056, rel. des. Barbosa Moreira. Grifei).

Restringindo-se o **interesse** do autor, em relação meramente declaratória, exclusivamente à declaração da existência ou não de relação jurídica (art. 4º do CPC), óbvio que, inexistindo no vestibular algo que ao menos se assemelhe a uma relação jurídica a

declarar, falece interesse processual de agir à entidade autora.

Tanto isto é verdade, que, forçosamente, sentença favorável a uma tal declaração genérica seria cópia primária do comando abstratamente previsto na Carta Magna e, como tal, restaria inócua ao atendimento da pretensão ajuizada, pois, devido à sua indeterminação e teor *in extremis* vago, permaneceria impotente no tocante a impedir em juízo outro a cobrança de obrigações tributárias concretas. O fato de existir um templo no período de tempo considerado se sujeita inexoravelmente à renovação da instância probatória, matéria esta não evitada por suprimento consistente em singela declaração.

Conceitua-se o interesse de agir como a tendência natural a que o provimento jurisdicional pedido traga o resultado útil necessário à pretensão do autor. Revelado, de chofe, que o atendimento ao pleito redundaria em insatisfação total do interesse substancial deduzido, em nada lhe aproveitando, impõe-se ao juiz, de plano, extinguir o processo.

#### IV - APLICAÇÃO INTEGRAL DAS RENDAS PROVENIENTES DOS TEMPLOS NO TERRITÓRIO NACIONAL

Vale salientar que, inobstante a jericidade completa e integral do texto constitucional no que tange à imunidade em face desnecessária a sua complementação por legislação de hierarquia inferior, incumbe atentar para a recepção por parte da atual Carta Política da Lei 3.193 de 04 de julho de 1957, que cuida da matéria relativa a isenção (sic) de imposto sobre templos de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e assistência social. Fora de hesitação, permanece ela plenamente aplicável na ordem jurídica vigente. A impropriedade terminológica de nomear como "isenção" o que é imunidade não importa, pois a Constituição conferiu a estas espécies de pessoa jurídica liberação de quaisquer impostos, definindo-o como imunidade, o que faz notar que um só fenômeno foi denominado com duas palavras. O legislador ordinário apenas trocou

os nomes.

A mencionada lei condiciona o deferimento da imunidade em tela, na parte final do seu art. 1º, ao cumprimento da exigência consistente na aplicação integral das rendas provenientes dos templos no território nacional.

Não se há de bradar contra tal dispositivo, nem pôr em dúvida sua constitucionalidade, sob a pífia alegativa de que a Constituição ou o CTN nada falam a respeito. Celso Ribeiro Bastos, em erudito estudo publicado na "Revista de Direito Tributário", número 5, ed. RT, p. 223, intitulado "Imunidade dos Templos", fulmina impiedosamente tal falácia:

"Esta cláusula já era expressamente prevista pela Constituição de 1946. A atual, como vimos, é omissa. Imuniza os templos de qualquer culto sem, contudo, fazer referência à destinação a ser dada às verbas por eles auferidas. **Ainda assim, quer-nos parecer que a regulamentação deva ser cumprida, um vez que se compreende dentro da própria expressão "templos de qualquer culto".** (Grifei).

A previsão legal nada adiciona ou modifica no texto constitucional. Isto porque, se aceitássemos que as rendas auferidas nestes templos fossem deles desviadas, para outros países, por exemplo, teríamos necessariamente de reconhecer que as verbas saíram da órbita estritamente delimitada à imunidade, que é a sua aplicação integral apenas às atividades desses cultos sediados em nossa pátria, porque a Carta Magna é norma tipicamente nacional e seus dispositivos têm âmbito definido pela comunidade política a que se destina a regulação de condutas. O comando legal já se encontra implicitamente contido na imunidade constitucionalmente versada.

#### V - CONCLUSÃO

Acentue-se, em suma, o colorário segundo o qual o interesse

do autor se cinge, exclusivamente, à declaração da existência ou não de relação jurídica, nos termos do art. 4º do CPC, e desta baliza não desbordará, sob pena de seu inevitável indeferimento.

Relação jurídica, é conjunção harmoniosa de fato e norma, quando aquele reproduz a previsão desta. Sem substrato, nenhum liame sujeitos de direito surge.

Do que é lícito inferir: não aflorando no processo a relação ou relações precisamente definidas, derivadas de um ou mais fatos jurídicos, condição *sine qua non* prevista na lei adjetiva, impena o juiz dar pela carência de ação.

Freqüentemente, confunde-se a feição da relação de imunidade, simétrica à de tributação, com o caráter das normas principiológicas da Lei maior. Estas não têm hipótese de incidência com contornos definidos, irradiando seus efeitos quase que independência dos fatos subsumidos. Sejam quais forem estes, a generalidade dos princípios garante que sejam capazes de abarcar quaisquer situações humanas, *e.g.*, o direito à vida e o princípio da legalidade. Não assim com a imunidade tratada. Sua incidência depende de o evento ser, em tese, suscetível de sujeição tributária *in concreto*, além de um requisito adicional, seja, a de que ao conjunto daqueles fatos geradores, se some mais uma concreção: a realidade de que no período de tributação X ter o bem imóvel Y efetivamente servido o templo.

Por último, pressuposto material da concessão da imunidade templária é a de que as rendas do culto sejam investidas no Brasil, em extensão da *ratio juris* do preceito constitucional, independentemente de pronunciamento legal, sem o que se estaria lançando o manto da proteção das coisas e pessoas sob a égide dos valores supremos da Constituição, a objetos externos a eles.

A  
DAquase  
de 19  
mafa  
deve  
pelo  
pode  
prov  
conf  
imó  
peçaa te  
tecr  
pos  
tom  
no

disj

## A FALSIDADE DA PROVA PERICIAL COMO CAUSA DA RESCINDIBILIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO

Márcio Andrade Torres  
Procurador do Município e  
Mestrado em Direito pela UFC.

### INTRODUÇÃO

O procedimento da Ação de Desapropriação é disciplinado, quase que exclusivamente, pelo Decreto-Lei nº 3365, de 21 de junho de 1941. Dentre as particularidades do rito ali delineado destaca-se a **inafastabilidade** da realização da prova parcial, da qual o juiz somente deverá declinar em caso de concordância expressa com o preço oferecido pelo órgão expropriante.

É certo que o Magistrado não fica adstrito ao laudo parcial, podendo formar sua convicção a partir de outros elementos e fatos provados nos autos. Mas, por outro lado, poucos são os juízes que conhecem a fundo as regras técnicas norteadoras da avaliação de imóveis, pelo que o laudo técnico, nessas circunstâncias, passa a ser peça decisiva na fixação do *quantum* indenizatório.

Daí, para o operário do direito que atua nessa área, passa a ter significativa importância o estudo pormenorizado das normas técnicas que orientam a elaboração de laudos periciais, bem como dos possíveis vícios que essas peças processuais probatórias possam carregar, tornando viável o reconhecimento de sua imprestabilidade para cumprir no fim o que a ordem jurídica lhes destinou.

Dentre os mecanismos que o direito processual põe à nossa disposição para atacar a perícia viciosamente elaborada destacaremos,

para fins de nossa dissertação, por suas peculiaridades, a Ação Rescisória fundada em prova falsa.

### **Ação Rescisória de Sentença Fundada em Falsa Prova** **Pressuposto Genérico e Específicos**

À primeira vista, há incompatibilidade entre o instituto da coisa julgada, tutelado constitucionalmente, e a admissibilidade da Ação Rescisória, como meio de se postular a inoperância ou o desfazimento da sentença já transitada em julgado.

Justifique-se, com acerto, que entre a realização da Justiça e a proteção da segurança jurídica deve prevalecer a primeira, uma vez que por aquela, a segunda se perfaz axiologicamente. A exigência da justiça somente deve conciliar-se com a exigência da certeza até o ponto em que, indubitavelmente, a imutabilidade da sentença não venha a ser mais nociva que os vícios que a podem macular.

Superada a questão do fundamento genérico da rescisão, passamos a traçar, ainda que brevemente, um relato histórico da Ação Rescisória, que no dizer de Liebman, é derivação direta da *querela nullitates* do direito romano, que se destinava a provocar a declaração de nulidade de sentenças inválidas, mas não injustas. Assim concebida, atravessou o direito medieval, o canônico, e os que se lhe seguiram, até que na Alemanha, através da *"Restitutionsklage"* passou a ter significação diferente. Já não se cogita somente de sentenças nulas, que a qualquer tempo poderão ser impugnadas, mas de decisões que, apesar de válidas formalmente, seriam rescindíveis por motivos ligados à própria idéia de justiça, mas mediante pressupostos taxativamente enumerados por lei. Não por ser injusta que a sentença pode ser rescindida, mas sim por aquelas causas de injustiça elencadas legalmente.

O pressuposto genérico às ações dessa natureza consiste em serem dirigidas, com exclusividade, contra decisões de mérito já transitadas em julgado, das quais não cabe ou não pende qualquer

recurso, não estando sujeitas *"ex vi legis"* ao duplo grau de jurisdição", como bem lembrou José Carlos Barbosa Moreira (*opus cit.*, pág. 119).

Relativamente à falsidade de prova, o art. 485, inciso VI do Código de Processo Civil, faz permitir a rescisão da sentença quando esta:

"VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória".

O dispositivo *supra* citado induz ao entendimento de que deve existir, entre a sentença rescindenda e a prova tida como falsa, um nexo de causalidade plausível, pelo que há de se chegar à conclusão de que a decisão não será rescindível se existente outro fundamento bastante para o entendimento do órgão judicial, podendo, no entanto configurar-se a admissibilidade da rescisão parcial. Em que se tratando de sentença proferida em ação de desapropriação, a regra é de que, indubitavelmente, a relação de causalidade é manifesta.

Outro pressuposto específico de suma importância é o que pertine à apuração da falsidade. Admite-se tanto seja produzida em processo criminal como no curso da ação rescisória, embora que na última hipótese com certa desvantagem para o autor, que precisará, *pari passu*, demonstrar de maneira inequívoca em que consiste a falsidade. E, para as falsidades que tipificam delitos, há uma certa tendência para a exigibilidade da instauração de ação penal como condição de procedibilidade cível, que é veementemente abrandada quando que se sopesam, de um lado, os efeitos objetivos e subjetivos da sentença rescindenda, e do outro, a problemática da legitimação processual penal e do tipo de falsidade.

Importante ainda lembrar que a prova ensejadora do levante de falsidade pode ser de qualquer natureza, inclusive a pericial. Não há lugar, ainda, para a exclusão da falsidade ideológica. Moacyr Amaral dos Santos chega a admitir, fundamentalmente, a arguição de falsidade das presunções, quando o juiz, ao sentenciar, se valha de fato auxiliar

(*factum probantum*) comprovado por falsa prova, que constitui a "premissa menor do silogismo presuntivo" (*opus cit* (1), pág. 449).

### A Falsidade

Para introduzir o tema a que reservamos maior dedicação em nossa dissertação, cumpre informar, preliminarmente, o conceito de falsidade. Qualquer alteração ou supressão da verdade, não importando o modo pelo qual se produza ou a obtenha, e a finalidade da ação ou omissão nesse sentido, caracteriza a falsidade. Nesse conceito, abrange-se tanto a falsidade material como a ideológica. Moacyr Amaral dos Santos, com clareza e percuciência, empresta-nos os seguintes conceitos básicos:

" A falsidade material opera-se, geralmente, por dois modos: pela confecção de documento falso, isto é, pela criação de documento falso; ou pela adulteração, ou alteração, de documento existente, seja transformando-o materialmente, ou adicionando-lhe, suprimindo-lhe ou substituindo-lhe palavras ou cifras.

A falsidade ideológica diz respeito à **substância do ato** ou fato representado no documento. Materialmente o documento é perfeito; no entanto traduz **idéias, declarações, notícias falsas**" (*in* Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º Volume, pág. 416, nº 632, Ed. Saraiva, 1990, SP, grifos inovados).

Ao que se percebe com facilidade, a falsidade do laudo técnico que nos interessa para fins de estudo é de natureza ideológica, que diz respeito à substância do ato, já que inquinado de falsidade material, passa a ser objeto de mera falsidade documental, passível de arguição nos termos dos arts. 390 e seguintes no CPC. Ao contrário,

sendo ideologicamente falso, não pode ser considerado documento puro e simplesmente. Passa a prevalecer sua natureza substancial de ato do processo, com vistas à elucidação do julgador que, em sua decisão, acabará por convencer-se inspirado na peça técnica.

### A Ação Penal por Crime de Falsa Perícia não Constitui Condição de Procedibilidade para a Rescisória

Cumprido, ainda em caráter introdutório, enfrentar um outro problema que se nos apresenta controvertido, embora de fácil solução. O Código Penal, em seu art. 342, tipifica a figura da falsa perícia, *ad litteris*:

"Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral"

Poder-se-ia perguntar, com justa razão, se cuidando a lei penal de descrever o tipo de falsa perícia, haveria necessidade de se comprová-la no juízo criminal, sob pena de impossibilitar-se a propositura rescisória, até que definitivamente julgada a ação penal. Entendemos que não. Primeiro, por que o prazo para o ingresso da rescisória é de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença, tendo natureza **eminente decadal**, pelo que não se suspende ou interrompe, em hipótese alguma. Assim, não se pode obstar a provocação da rescisória, sob o pretexto de falta de condição de procedibilidade, qual seja a declaração da falsidade via processo criminal. O princípio da inafastabilidade e da indeclinabilidade do direito de ação não nos deixa mentir.

Por outro lado, a ação penal é privativa do Ministério Público, e este, caso entenda, pode deixar de promovê-la, quando não encontre indícios concretos da existência de crime ou de sua autoria, embora nesses



casos caiba reexame dessa decisão do *parquet*, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal. Não pode, também, o direito violado da parte contra quem foi proferida sentença condenatória fundada em falta perícia, ficar ao talante da iniciativa privada de um órgão, que a perde somente quando não a toma dentro do prazo legal, ensejando a ação penal privada subsidiária.

Por último, ressalta-se que a enumeração de condutas do art. 342 do Código Penal leva à conclusão que a falsidade da perícia e de natureza ideológica, consumando-se, normalmente, não pela elaboração do laudo em si mesmo, mas pelas afirmações nele contidas e posteriormente prestadas pelo perito em juízo, em especial quando comparece à audiência de instrução e julgamento. O laudo, geralmente circundado e apoiado em normas técnicas especialíssimas, dificilmente deixará transparecer qualquer indício perceptível de falsidade, pelo que o princípio do *in dubio pro reo* falará mais alto que *jus persequendi* do Estado. Se, na averiguação da falsidade pericial não estiver em jogo a liberdade do perito, certamente os canais de apreciação dos indícios do falso estarão mais abertos à propagação da Justiça.

### A Falsidade do Laudo Técnico

A falsidade do laudo técnico que ora se examina é a ideológica. Consiste em alterações ou supressões da verdade pelo perito, com o fito de fazer aumentar o valor do imóvel objeto da avaliação. Sendo peça técnica por essência, pode ocorrer ainda pelo abandono das normas que regem a elaboração de cálculos avaliatórios, quando se puder concluir que o técnico, abstendo-se de adotar tais critérios, ou adotando-os em descompasso uns com os outros, provoca a elevação do preço do imóvel ou não lhe diminui apesar de presentes condições fáticas para tanto.

Necessário, nesse instante, fazer-se breves anotações, meramente ilustrativas, acerca do critério usualmente adotado pelos peritos.

para fins de avaliação de imóveis. Trata-se do método comparativo.

Por esse método, o valor do bem que se avalia é obtido pela comparação com outros semelhantes, cujo valor é já conhecido, seja por negócios efetivamente realizados, seja por ofertas confiáveis. Busca-se, o tanto quanto possível, uma identificação entre os bens que servem de paradigma e o objeto da avaliação, exigindo-se semelhança de situações fáticas entre um e outros.

Entretanto, essa técnica, por si só, não é suficiente. A ela, devem se aplicar critérios e métodos variados, especialmente no sentido de homegeinizar as amostras comparativas, com a eliminação dos elementos suspeitos da pesquisa, ou seja, aqueles que, apesar de presumivelmente válidos, apresentam-se em desvalor ou hipervalorizados relativamente aos demais (desvio padrão).

O perito, profissional especializado que é, tem a obrigação de conhecer e aplicar, quando da elaboração do laudo, todas as regras técnicas que se impõem à sua feitura, e ainda atender à imposição legal de analisar a situação particular do imóvel, já que em sede de desapropriação cabe inclusive diminuição do preço do imóvel desapropriando tendo em vista o *status quo ante*, abstraindo-se a valorização sobrevinda com as obras e serviços viabilizados pelo ato expropriatório.

Fugindo o laudo pericial do dever de fiel e vinculadamente aplicar as normas técnicas de avaliação, ou mesmo as aplicando, vindo a trazer na sua literalidade qualquer afirmação falsa ou ainda omitindo algo que diminua o valor do imóvel, é de se reconhecê-lo como possível de arguição própria de falsidade, em que a ação rescisória funciona como remédio jurídico de grande valia, possibilitando a correção de indenizações que beiram as raias de improbidade.

## BIBLIOGRAFIA

**MIRANDA**, Pontes de - Tratado da Ação Rescisória outras De  
5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985.

**MOREIRA**, José Carlos Barbosa - Comentários ao Código de Pro  
Civil, Vol. V, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense,  
1985.

**JESUS**, Dmáσιο E. de - Código Penal Anotado, 3ª ed., São Paulo,  
Saraiva, 1993.

**SANTOS**, Moacyr Amaral (1) - Primeiras Linhas de Direito Pro  
Civil, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1970.

**AMERICANO**, Jorge - Ação Rescisória, São Paulo, 2ª Edição.

**TUCCI**, Rogério Lauria - Ação Resisória Fundada em Prova F  
Revista dos Tribunais nº 482, pág. 41e.

**MEIRELLES**, Hely Lopes - Direito de Construir, pág. 327.

## HÁ LACUNAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO?

**MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ**

Procurador do Município de Fortaleza  
Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza

*Minhas palavras anteriores  
foram tão só tocar, Senhor,  
vossas idéias,  
que, interpretando-as,  
podem ir mais longe.  
William Shakespeare, Macbeth  
Cena VI, Algures na Escócia*

### I - Introdução

A administração pública tem sua razão de ser na satisfação das necessidades públicas. O administrador, todavia, não pode exercer suas atividades da maneira como melhor lhe aprouver; pelo contrário, deve fazê-lo através da observância de determinadas regras e princípios.

Justamente por essas razões, afirmou MICHEL STASSINOPOULOS, (1) a atividade administrativa não pode ser desenvolvida *contra legem* ou *prater legem*, mas apenas *secundum legem*.

Mesmo o reconhecimento de uma esfera de discricionariedade ao administrador, em determinadas situações não afasta a necessidade de prévia autorização legal para que sua decisão, dentre várias opções, seja tomada.

É indiscutível o entendimento segundo o qual "a atribuição

(1) STASSINOPOULOS, 1954: 69.

primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administradores, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade". (2)

Levando-se em consideração o princípio da legalidade, noção basilar do Direito Administrativo, como admitir que o administrador público, em algumas ocasiões, adote medidas que visem satisfazer determinadas necessidades públicas sem prévia lei ou outra norma jurídica que o habilite para tanto?

Se o sentido e o fim das medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais são predeterminados por lei (princípio da reserva de lei para concretização dos direitos fundamentais) (3), como poderá a administração pública concretizar, na prática, esses direitos que garantem ao cidadão um *status positivus socialis*?

Trata-se, aqui, de um problema de lacunas no Direito Administrativo?

Há, no sistema jurídico, meios para solucionar esse problema?

Estas, as questões pretendidas solucionar através da presente exposição.

2. MEIRELES, 1992: 294.  
3. CANOTILHO, 1989: 203.

## II - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

O princípio da legalidade é o princípio do Estado de Direito. Em seu mais amplo sentido, constitui-se na formulação jurídica do princípio político da primazia da lei como expressão da vontade geral do titular da soberania, i.e., o povo, o qual se faz representar nos parlamentos: ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei (Constituição Federal, art. 5º., inciso II).(4)

O prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao debruçar-se sobre a matéria, sintetiza, com clareza, sua nota essencial: "Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo, cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pois pelo Poder Legislativo - que é o Colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social - garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral".(5)

Enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador, gestor da coisa pública, só pode fazer o que ela autoriza. Não basta mera ausência de oposição da lei para a prática de determinado ato; faz-se necessário, que ela autorize sua prática.(6)

O administrador público, porque vinculado em toda a sua atividade funcional às prescrições legais, delas não pode se afastar ou desviar, sob pena de estar praticando atos eivados de invalidade e sujeitar-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, de acordo com

(4) BANDEIRA DE MELLO, 1993: 24.

(5) BANDEIRA DE MELLO, 1994: 47-48.

(6) MEIRELES, 1992: 82ss; BANDEIRA DE MELLO, 1993: 24ss; FIGUEIREDO, 1994: 32ss; CIRNE LIMA, 1987: 22; ALESSI, 1970: 183ss; GARCIA DE ENTERRIA, 1991: 365ss.

o caso (7). Não poderá, assim, sem previsão legal anterior que lhe outorgue a necessária competência, conceder direitos, criar obrigações ou impor restrições aos administrados.(8)

Desempenha, assim, o princípio da legalidade no Direito Administrativo, uma função de garantia individual jurídica, frente às intromissões do Poder Público na liberdade dos cidadãos.(9)

Diante desse quadro, afirma ROGÉRIO SOARES, toda administração é uma administração legal. O agente público jamais poderá escolher o fim dos seus atos, que lhe é previamente fornecido por uma norma.(10)

Sob um prisma negativo, o princípio da legalidade traduz-se na impossibilidade de poder a administração desrespeitar uma prescrição normativa anterior, emanada do legislativo ou mesmo de uma autoridade administrativa superior.

De outro turno, sob um aspecto positivo, implica a noção de competência, vale dizer, "um preceito fixa a um órgão público as suas atribuições donde decorre a necessidade de seu exercício e estabelece em maior ou menor grau de precisão, as suas competências ou seja os poderes de que fica a dispor".(11)

Daí porque não se determina apenas o que a Administração Pública não deve fazer no que pertine às limitações à propriedade e à liberdade, mas também as medidas que ela pode adotar na busca da satisfação das necessidades coletivas.

Vale transcrever, aqui, porque oportunas, as palavras de

(7) MEIRELES, 1992: 82.

(8) DI PIETRO, 1991: 58-59.

(9) FORSTHOFF, 1969: 164; LAURENZ, 1990: 165ss.

(10) SOARES, 1972: 53. Tal afirmação é válida inclusive para o exercício do "poder discricionário", haja vista que até mesmo a discricionariedade administrativa não prescinde de lei através da qual seja fixado o espaço de liberdade de conformação do administrador - a competência e a finalidade. Vinculação e discricionariedade, nesse particular, são duas formas de realização e concretização do princípio da legalidade no direito administrativo. Cf. BANDEIRA DE MELO, 1992: 9ss; DIEZ, 1956: 50-51; STASSINOPOULOS, 1964: 144-145.

(11) SOARES, 1972: 53.

ADOLF MERKL quanto ao tema aqui tratado: "En su concepción más radical, el principio de legalidad de la administración no significa otra cosa sino que la administración habrá de realizarse basándose en las leyes. (...) Sólo este principio de legalidad puede considerarse como principio de legalidad de la administración, porque él es que convierte a la ley en condición de cada una de las acciones administrativas y, por lo tanto, de la administración en su conjunto".(12)

Quanto ao aspecto histórico, o princípio da legalidade sofreu significativas transformações no que se refere ao seu conteúdo.

No estado policial a administração da coisa pública era completamente vinculada ao Rei. Era a vontade deste que fixava o fundamento de toda a atividade administrativa que, justamente em virtude dessa subordinação, não conhecia limites.

A partir do século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa, instaurou-se o Estado de Direito, de cunho liberal. A Administração Pública, nesse momento histórico, ficara submetida à lei aprovada pelo parlamento - que, segundo o contratualismo então dominante representava a vontade geral - e nesta teria limites negativos à sua atuação.

A doutrina da separação dos poderes, (13) ao instituir o sistema de freios e contrapesos, transformou-se num dogma político do Século XVIII. Do monarca subtraiu-se a potestade divina e transferiu-se para a lei o poder de definir quais eram os direitos e garantias individuais. Da lei - e somente dela - partiam os direitos e não desses últimos é que ela se originava. A lei passou a ser a medida de todas as coisas. Não mais o monarca.

O princípio da legalidade, por essa época, aparece como uma forma de proteção dos direitos e garantias individuais frente ao poder do Estado. O executivo onde restou confinada a monarquia,

(12) MERKL, 1935: 221.

(13) A qual teve como exponentes maiores LOCKE e MONTESQUIEU e foi complementada pela doutrina norte-americana.

poderia cuidar da gestão da coisa pública nos precisos limites fixados em lei.

A administração pública deveria agir segundo as determinações do Rei e poderia adotar todas as medidas por ele ordenadas, à exceção daquelas expressamente proibidas pelas leis votadas no parlamento.

No Século XX, o surgimento de Estados totalitários viria a modificar a concepção do princípio da legalidade.

O exercício da função pública administrativa continuaria atrelado a lei. O conceito da "lei", no entanto, não mais seria a vontade geral - expressão jurídica da soberania popular -, mas todo e qualquer ato normativo editado pelos detentores do poder, inclusive do poder executivo, que passou a legislar com base em Decretos-lei.

A administração pública não mais estava submetida ao legislativo, mas ao governo. A proteção aos direitos e garantias individuais ficaria em plano secundário e cederia lugar à garantia da supremacia do Estado frente aos cidadãos.<sup>(14)</sup>

O sistema jurídico da Alemanha nazista é um exemplo perfeito de tais afirmações. A administração pública estava submetida não à Constituição ou às leis, mas ao *fuhrerprinzip*, que lhes fornecia conteúdo e ditava como seriam exercidas as atividades do executivo.

A partir da segunda metade do Século XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial, o ideário do Estado Social de Direito viria a questionar a ideologia do Estado Liberal.

As concepções positivistas de Direito e Estado, que levaram às últimas conseqüências a falaciosa equiparação da lei do Direito legislado e deste ao Estado viriam a ser repensadas; o Direito natural ressurgiria das cinzas e propiciaria as bases de profundas transformações tanto na sociedade como no Direito, no qual se tentava (re)encontrar um conteúdo axiológico.

(14) FREITAS DO AMARAL, 1985.

O Estado deixaria de ser um mero aparato de repressão para tornar-se propulsor de mudanças sociais derivadas de prestações positivas a seu cargo, fruto da positividade de regras e princípios que, material e processualmente, garantissem os direitos fundamentais do homem.<sup>(15)</sup>

Com base na compreensão da existência de direitos fundamentais invioláveis e irrenunciáveis reconheceu-se a dignidade da pessoa humana como valor superior do Estado e com o qual há de conformar toda a sua atividade.

Esses direitos fundamentais, como parece claro, delimitam e proporcionam os critérios e objetivos do agir estatal, de tal sorte que neles se vislumbram os limites do exercício das funções públicas.<sup>(16)</sup>

Diante desse quadro, a "força dirigente dos direitos fundamentais", na esfera da administração pública, importa a vinculação desta não apenas à lei em sentido formal, mas a todas as normas que integrem o sistema jurídico, principalmente as regras e princípios constitucionais.<sup>(17)</sup>

De tal forma que o exercício da função administrativa não mais pode ser visto apenas a partir de um *negativum* mas também através de um prisma positivo: não se trata apenas de limitar juridicamente as ingerências administrativas à liberdade e à propriedade dos cidadãos, mas sim de exercer o poder de cobrar a adoção de medidas de caráter prestacional em favor da coletividade.

Mesmo com as mutações conceituais do sentido jurídico do princípio da legalidade na evolução histórico-política do Estado, a administração pública continua vinculada à lei, em sentido formal, expressão mais significativa do princípio democrático; lei esta que se constitui tanto no limite como no fundamento do exercício da função administrativa.

A atividade administrativa, porque infra legal, além de não

(15) BONAVIDES, 1993: 179ss.

(16) CANOTILHO, 1989: 460ss; DOEHRING, 1986: 107ss.

(17) CANOTILHO, 1989: 462ss; FREITAS DO AMARAL, 1985: 982-983.

poder contrariar as leis, deve também nelas encontrar o seu fundamento. A administração pública somente pode atuar quando estiver expressamente autorizada por lei; sem tal autorização, inexistente a potestade administrativa. (18)

Em linhas gerais, essas são as noções fundamentais acerca do princípio da legalidade no Direito Administrativo.

### **III - O PROBLEMA DAS LACUNAS DA LEI**

O Direito, fenômeno social, é instrumento vital para a convivência humana. Tanto para o Homem (e o mundo que o circunda) como a sua própria convivência com seus pares são a matéria prima do fenômeno jurídico.

Sendo uma criação humana, a sua dimensão existencial - o que ele foi, está sendo e será - depende de um ato de vontade do Homem em um dado momento histórico-social e da forma como ele hermeneuticamente compreenda os seus componentes fáticos e axiológicos. (19) O tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale dá a medida exata desse caráter histórico-dialético.

Da tensão entre fato e valor ("implicação-polaridade") resulta o momento normativo, relação dialética que não desaparece no momento da criação da norma jurídica, mas pelo contrário, continua-se renovando todas as vezes em que ela for aplicada, de acordo com as novas tensões entre fato e valor que, no devir histórico, modificam o seu sentido. (20)

Essa historicidade aponta para o dinamismo do Direito e revela a sua capacidade de adaptação ao progresso e evolução da

(18) CANOTILHO, 1989: 300ss; FREITAS DO AMARAL, 1985: 984; COUTINHO DE ABREU, 1987: 131ss.

(19) CASTANHEIRA NEVES, 1976: 23.

(20) REALE, 1966: 67ss; 1992: XV, 200-219; VASCONCELOS, 1993: 190-233.

sociedade. No momento de sua aplicação, como bem doutrina ARNALDO VASCONCELOS, "os fatos e os valores originais são trazidos à compatibilização com os fatos e os valores do momento presente", o que implica uma atualização de seu significado, condizente com a realidade histórica daquele momento específico. (21)

Ressai clara, destarte, a conclusão de que todo o sistema de Direito legislado não pode contemplar ou abranger todas as hipóteses fáticas possíveis de relações humanas intersubjetivas, pelo só fato de que são infinitamente diversas as situações imprevisíveis no momento de sua elaboração.

O cientista do Direito deve ter a humildade de reconhecer que a lei, porque impotente para regular juridicamente a totalidade das relações humanas, não pode impedir o avanço da dinâmica histórico-social. (22)

Muitas destas relações sociais, em diversas ocasiões, a despeito de uma deficiência do sistema legal, reclamam uma solução que deve ser extraída do próprio ordenamento jurídico, considerado em sua plenitude lógica.

Esse descompasso entre o Direito estatuído e a realidade social nem sempre foi aceito pelos teóricos.

O movimento que culminou nas codificações - França 1804; Alemanha, 1900, v.g. - criou o dogma da completude do ordenamento jurídico, a partir da concepção de que todo Direito provém do Estado. (23)

O exagerado culto à lei, do qual a Escola da Exegese foi a maior expoente, pregava uma auto-suficiência da obra do legislador: para cada caso, uma regra. A segurança jurídica, neste particular, prevalecia sobre a justiça. (24)

A partir do Século XIX, com o desenvolvimento das

(21) VASCONCELOS, 1993: 16-20; WIEACKER, 1980: 524ss.

(22) ASCOLI, 1991: 34-35; ENGLISH, 1988: 266-287.

(23) BOBBIO, 1989: 199ss; LARENZ, 1989: 445ss.

(24) BOBBIO, 1989: 120-121.

investigações sociológicas as antigas concepções legalistas seriam abaladas pela constatação de que o Direito é um fenômeno social, não apenas criação do Estado. (25)

O problema da completude/imcompletude do ordenamento jurídico passou a ser visualizado a partir de posturas teóricas e metodológicas as mais diversas.

Se, por um lado, as críticas à concepção legalista do Direito se multiplicavam a partir da afirmação de que o sistema legal era necessariamente lacunoso devido às transformações sociais (GEMERLICH, KANTOROWICZ), por outro, não faltaram teorias em socorro do dogma da completude - esta não mais seria um postulado axiomático, mas sim uma exigência de ordem e certeza. (26)

Para BOBBIO, o efeito dessa batalha teórico-ideológica foi a passagem de uma fase dogmática a uma fase crítica, em relação ao problema da completude. (27)

Admitida, porém, a existência de lacunas, qual o conceito que lhes deve ser atribuído?

A questão que se põe, em caráter preliminar, traz consigo uma perspectiva sociológico-jurídica. Se o Direito é um "processo de adaptação social" (28), uma técnica de "compartição de liberdades" (29) e, levando em consideração <a> a multiplicidade, constantemente renovada, de relações humanas intersubjetivas, <b> os possíveis conflitos de interesse que delas podem decorrer e <c> a finitude lógica do Direito legislado, como poderá vir a ser extraída uma solução para esses possíveis conflitos de interesse se o sistema legal não dispõe de uma regra expressa que a forneça? (30)

(26) WIEACKER, 1980: 669ss.; LARENZ, 1989: 69ss.

(27) BOBBIO, 1989: 128.

(28) PONTES DE MIRANDA, 1970: IX (Prefácio), 9ss.; 1972: 245.

(29) VASCONCELOS, 1993: 11-12.

(30) Não se está afirmando, neste particular, que o imenso campo da licitude - presente no infinito número de relações humanas intersubjetivas - seria juridicamente relevante apenas a partir da existência de conflitos de interesse.

Inobstante sejam diversas as soluções apresentadas para o problema das lacunas, por parte daqueles que se ocuparam do tema, o desenvolvimento de suas teorias, como se pode perceber, parte das relações entre sociedade e Direito. (31)

Assim, admite-se a existência de lacunas implica reconhecer que determinadas relações humanas intersubjetivas estariam, pelo menos a princípio, normativamente indeterminadas. (32)

Admitidas tais premissas, indaga-se: lacunosas seriam as leis ou, pelo contrário, lacunoso seria o direito? Em outras palavras: as lacunas existiriam no sistema legal (parte) ou no sistema jurídico (todo)?

Diversos autores negaram a existência de lacunas no ordenamento jurídico, a partir de posturas teóricas as mais diversas.

KARL BERGBOHN destacou, completamente, a lacunosidade do Direito, a partir da teoria do "espaço jurídico vazio": toda ação humana que não fosse por ele regulada estaria afeta ao livre comportamento do homem sendo, pois, juridicamente irrelevante. (33)

Já ERNST ZITTELMAN e DONATO DONATI adotaram posicionamento oposto. A partir da "norma geral exclusiva" conceberam, cada um a seu modo, a completude do ordenamento jurídico com base na afirmação de que as normas que o compõem regulam exhaustivamente a totalidade dos comportamentos humanos. A lei poderia faltar, o Direito não.

Pretende-se concluir apenas que a ausência de uma regra legal específica para solucioná-los é constatada antes da aplicação de normas jurídicas *implicitas* (cf. infra) na solução dos casos não previstos pelo legislador.

Dito de outra forma: a constatação de lacunas é um fenômeno que se verifica não na criação das regras legais, mas na aplicação do Direito a casos por elas não previstos. O que parece óbvio.

(31) PERNIGOTTI, 1973: 257-258.

(32) VERNENGO, 1988: 381-383; LARENZ, 1989: 450-451; ENGISCH, 1988: 276-279;

PERELMAN, 1988: 65; DIEZ-PICAZO, 1987: 279-280.

(33) BOBBIO, 1989: 128-132.



A "norma geral exclusiva" significaria, como o próprio nome diz, a exclusão de limitações para todos os casos e situações não regulamentados por normas específicas: tudo o que não fosse obrigatório ou proibido, seria lícito. (34)

NORBERTO BOBBIO, a seu turno, acresce à teoria da "norma geral exclusiva", a "norma geral inclusiva", com o que pretende esgotar as hipóteses possíveis de fechamento do sistema.

Se a "norma geral exclusiva" regula os casos não compreendidos nas normas particulares de maneira oposto (tudo o que não fosse obrigatório ou proibido, seria lícito: *argumentum a contrario*), a "norma geral inclusiva" regularia, de maneira idêntica, os casos não compreendidos nas normas particulares que a estes se assemelhassem (*argumentum a simili*).

A decisão acerca da semelhança ou não dos casos regulamentados e não regulamentados - caberia ao intérprete. Sob essa perspectiva, a incompletude do ordenamento jurídico - e, por conseguinte, a existência de lacunas - dar-se-ia não no sentido de falta de uma norma a ser aplicada, mas da ausência de critérios válidos para decidir qual norma deverá ser aplicada. (35)

HANS Kelsen rejeita a existência de lacunas no ordenamento jurídico, tal como são concebidas pela teoria jurídica tradicional. Aceita-as apenas como ficção.

Reputa errônea a teoria acerca da existência das lacunas porque, "quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite essa conduta". (36)

(34) BOBBIO, 1989: 132ss.

(35) BOBBIO, 1989: 139.

(36) Kelsen, 1984: 338-339. Esse princípio geral de fechamento ou cláusula não é inferido a partir da idéia de um espaço jurídico vazio, mas do entendimento inicialmente por ele concebido de que o ordenamento jurídico é bastante em si mesmo, i.e., contém a possibilidade de solução para todos os possíveis conflitos. Essa "conduta permitida", todavia, guarda relação com o que se denomina "liberdade negativa" ou "conduta negativamente regulada" (1984: 35-37) e não com

Entende que, na verdade, o objetivo de tal construção teórica é evitar a atribuição de competência legislativa aos juízes e estabelecer limites à criação judicial do Direito. (37)

Pretende-se, a partir de tal ficção, evitar que a "concepção ético-política" do juiz tome o lugar da "concepção ético-política" do legislador, de tal sorte que um juiz "... que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador". (38)

É de se notar que o pensamento de Kelsen acerca das lacunas gira em torno do postulado segundo o qual "o que não é regulado ou proibido, é permitido". O problema da criação judicial do Direito e seus reflexos no trato do problema das lacunas é analisado, no sistema kelseniano, a partir de duas premissas: a concepção escalonada do ordenamento jurídico (*stufenbau*) (39) e o entendimento de que o Direito a aplicar forma "... uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação" (40). Contentemo-nos, aqui, apenas com o "princípio da clausura".

princípio da licitude.

Mais tarde, Kelsen viria a admitir implicitamente a existência de lacunas no ordenamento jurídico (tal como por ele concebido - 1984: 71-74).

Mesmo assim, ao formular sua concepção de sistema fechado, Kelsen não se preocupou em analisar o problema das lacunas a partir de uma perspectiva *ontológica* - como fez COSSIO -, mas através de uma postura epistemológica: a plenitude lógica do ordenamento jurídico seria apenas um postulado axiomático *a priori*, a partir do qual o cientista do direito pudesse concebê-lo como um todo fechado - Cf. DINIZ, 1988: 39ss.63; Vide ainda: ALCHOURRON y BULYGIN, 1987: 179ss.; AMSELEK, 1988: 263ss.; HUBERLANT, 1968: 32ss.

(37) Kelsen, 1984: 340-341.

(38) Kelsen, 1984: 341-342.

(39) Kelsen, 1984: 309-374.

(40) Kelsen, 1984: 466-469.

Como se viu, o problema das lacunas surgiu a partir de uma nova perspectiva a respeito da sociedade, do Direito e do Estado.

A redução do campo da juridicidade à esfera da legalidade, fruto das concepções da Escola da Exegese, demonstrou-se impotente para abranger a riqueza da vida social. A lei se revelou pequena demais para conter todo o Direito, pela só constatação de que o campo de licitude é infinitamente superior aos precisos e bem definidos limites da legalidade. (41)

Da plenitude ou totalidade lógica do Direito não se pode fugir; não há conduta humana que não seja por ele regulada. (42)

Isto significa que, inexistindo no sistema jurídico uma norma explícita para regular determinada relação humana intersubjetiva, existirá, com certeza, uma norma implícita. Aqui, o princípio da licitude possui grande relevância, já que intimamente ligado à questão da liberdade humana, como bem nota ARNALDO VASCONCELOS. Em suma: a lei é lacunosa, o Direito não. (43)

Através do recurso ao princípio da licitude, a questão das lacunas da lei se transforma num pseudo-problema.

A sua aplicação tem o mérito de compatibilizar dois valores fundamentais em torno dos quais gira a idéia do Direito: a segurança ao preservar e colocar em seus devidos termos a concepção lógica do ordenamento jurídico e a justiça, porque "... propicia a fertilização do organismo jurídico pela interferência do povo no processo de renovação e criação do Direito". (44)

(41) VASCONCELOS, 1993: 208.

(42) VASCONCELOS, 1993: 29.

(43) VASCONCELOS, 1993: 30-31, 38-42, 165-174. Vide ainda: DIEZ-PICAZO, 1987: 280-281.

(44) VASCONCELOS, 1993: 39.

Colocada a questão nestes termos, pode-se concluir que a constatação de lacunas no sistema de Direito legislado é uma operação que não se reduz a um mero processo lógico, nem se fundamenta apenas em critérios puramente formais. (45)

Se, como visto, problema das lacunas se manifesta no momento da aplicação do Direito, é fácil inferir que sua constatação é indissociável de um processo interpretativo: depende de um julgamento de valor e de uma postura hermenêutica frente às questões de fato e de direito que se põem diante do intérprete-aplicador, atitude essa que deve logicamente preceder o momento integrativo.

## VI - O PROBLEMA DAS LACUNAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O princípio da legalidade no Direito Administrativo, como se viu, condiciona a atividade do administrador público aos preceitos legais.

A atividade administrativa, como se viu, é *infralegal*, de tal sorte que, enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, o agente público só pode fazer o que ela autoriza.

Ao desempenho da função administrativa não é suficiente a mera ausência de oposição da lei. Pelo contrário, é necessário prévia autorização legal.

Decorre daí a noção de competência no Direito Administrativo, nas palavras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "Um conjunto de poderes preordenados a finalidades específicas. Consistem em meios deferidos pela regra de Direito ao agente para que os utilize endereçados ao alvo certo, ou seja, àquele que corresponde dita competência. (...) É a norma legal que elege a competência certa para alvejar esta ou aquela finalidade e o ato expressivo da competência em questão há de conformar-se por inteiro

(45) VAN DE KERCHOVE / OST, 1986: 86-89.

ao destino nela insculpido". (46)

A lei, portanto, fornece o fim e fixa os limites do poder, ela própria outorga ao agente administrativo. (47) De tal sorte que, de acordo com GARCIA DE ENTERRIA, "sem uma atribuição legal preta de potestades, a administração, simplesmente, não pode atuar". (48)

A competência do administrador público, destarte, não é um atributo de ordem subjetiva, mas de ordem puramente objetiva, uma quantidade de poder perfeitamente delimitada pela lei.

Diante de uma tal concepção de competência no Direito Administrativo, emanação direta do princípio da legalidade, como deve proceder o administrador público, principalmente na concretização dos direitos fundamentais dos administrados, à mingua de lei expressa, que sirva de suporte do ato que pretende praticar? (49)

As considerações anteriormente feitas autorizam a conclusão de que o sistema de normas legais no campo do Direito Público pode apresentar um descompasso com a realidade. A questão que se põe neste passo, é como compatibilizar a solução desses problemas com a primazia do princípio da legalidade.

Entende HENRI BUCH que o administrador público executa suas funções dentro de um campo limitado pelas decisões políticas do legislador e por sua execução, na exata medida de seus limites. (50)

Partindo das noções de legalidade e oportunidade da ação administrativa, o professor da Universidade de Bruxelas afirma que as lacunas no Direito Administrativo nascerão apenas na medida em que os poderes atribuídos à administração pública não lhe permitirem agir da forma como ela entenda. (51)

(46) BANDEIRA DE MELO, 1969: 59; MEIRELLES, 1992: 134.

(47) FIGUEIREDO, 1994: 107; MERKL, 1935: 211.

(48) GARCIA DE ENTERRIA, 1991: 377.

(49) FIGUEIREDO, 1994: 35.

(50) BUCH, 1968: 453.

(51) BUCH, 1968: 455.

De tal maneira que as lacunas no Direito Administrativo são, na realidade, um impedimento à ação administrativa: falta competência ao administrador para que o mesmo venha a agir de uma determinada maneira. (52)

O ponto nodal da questão reside no fato de que para o publicista belga, as lacunas do Direito Administrativo não são aferidas a partir de critérios meramente formais, negativos, que se relacionam com ausência de lei específica.

Pelo contrário, suas conclusões são tomadas com base em critérios finalísticos, haja vista que, de acordo com suas próprias afirmações, as lacunas no Direito Administrativo resultam de dois fatores <a> a fixação, pelo poder executivo, de medidas que devem ser adotadas para satisfação de um interesse coletivo e <b> a existência de normas, constitucionais ou legais, que, pelo menos a princípio, impedem a concretização das medidas pretendidas adotar. (53)

Segundo GARCIA DE ENTERRIA, o caráter do ato administrativo, como expressão necessária de um poder, é aquele que o liga diretamente à legalidade; não há exercício de poder sem uma norma prévia e específica que o autorize e o preveja; "*lege silente*, a administração carece de poderes, pois não tem outros que os que a lei lhe atribui". (54)

Não obstante, busca compatibilizar a necessária rigidez do princípio da legalidade com as exigências que, dia a dia, se põe diante do administrador, especialmente aquelas relacionadas com a projeção dos direitos fundamentais na esfera pública.

Socorre-se, assim, da doutrina dos *poderes implícitos* que "...podem inferir-se por interpretação das normas mais do que sobre

(52) BUCH, 1968: 457.

(53) BUCH, 1968: 456-457.

(54) GARCIA DE ENTERRIA, 1991: 384, 471.

seu texto direto", poderes esses que, "... são em definitivo poderes efetivamente atribuídos à administração pelo ordenamento, embora não pelo componente escrito do mesmo". (55)

Esse entendimento nada mais é do que uma aplicação da teoria acerca das possíveis divergências entre a lei e o seu espírito, que permite sua interpretação/aplicação em sintonia com os valores considerados fundamentais na totalidade do sistema sócio-jurídico.

A propósito, doutrina HELY LOPES MEIRELLES, ao discorrer sobre o tema: "a analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito". (56)

Um exemplo prático poderá ilustrar a argumentação até aqui desenvolvida. A lei Federal nº 7.037, de 05.10.82, deu nova redação ao artigo 100, da Lei Federal nº 4.024, de 20.12.61, relativo à transferência de alunos, de qualquer nível, de uma para outra instituição de ensino.

De acordo com a nova regulamentação legal, será concedida transferência, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga:

1. para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, quando se tratar de servidor público federal ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes, quando requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o município onde se situe a instituição rebedora ou para localidade próxima desta, observadas as normas estabelecidas

(55) GARCIA DE ENTERRIA, 1991: 384-385.; FIGUEIREDO, 1994: 35ss. A doutrina dos poderes implícitos (*implied powers*) origina-se do Direito Público norte-americano. Poderes implícitos significam aqueles poderes não outorgados expressamente por lei, mas cuja existência, inferida a partir da intenção da norma (constitucional ou legal) que os conferiu, não se pode desconhecer, haja vista que são necessários e adequados para tornar efetivos e eficazes todos os poderes expressamente conferidos - Ct. BLACK, 1992: 1170.

(56) MEIRELLES, 1992: 40.

pelo Conselho Federal de educação; (57)

2. para instituições vinculadas ao sistema estadual, quando se tratar de servidor público estadual, e seus dependentes, se requerida na condição prevista no inciso anterior, respeitadas as normas expedidas pelos conselhos estaduais de educação.

Note-se bem que a lei se refere, apenas, à transferência, quando requerida "em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o município onde se situe a instituição rebedora ou para localidade próxima desta".

É silente no que se refere ao provimento inicial do cargo, vale dizer, quando um aluno da Universidade Federal do Ceará, por ter logrado aprovação em concurso público em outra localidade (Recife. p.ex.), vai assumir o cargo e pretende requerer a transferência.

Uma estrita aplicação do princípio da legalidade implicaria uma resposta negativa à pretensão do aluno, porque a lei não contemplou a hipótese de provimento inicial em cargo público. Todavia, a hipótese de fato exposta requer, para a solução do problema, uma interpretação que atenda mais à finalidade, ao espírito da lei, do que à sua fria letra.

É sabido que, na interpretação jurídica, há um ato de vontade através do qual, após a utilização de métodos hermenêuticos adequados e específicos para a compreensão do sentido e alcance da norma interpretada, obtém-se um critério jurídico para a solução da *quaestio* apresentada, i.e., para a aplicação da norma ao caso concreto.

Não é aqui o lugar apropriado para digressões acerca do objeto e dos métodos de interpretação do Direito, embora a solução do problema também envolva esse aspecto da teoria jurídica.

Bastará, aqui, afirmar que o processo de concretização do Direito requer uma boa - ou pelo menos razoável - interpretação da norma - ou das normas - que se aplica(am) à situação de fato analisada.

Isto quer dizer que a solução dos problemas jurídicos os

(57) Vide ainda: o art. 99. da Lei Federal 8.112/90.

mais diversos não deve ignorar os momentos hermenêuticos de interpretação e da metodologia jurídicas, nos quais ressaí a importância dos valores historicamente determinados, que condicionam a compreensão jurídico-social das questões que se colocam em cada problema jurídico concreto: há de se buscar, como momento prévio à aplicação do Direito, uma unidade sistemática entre o ato de interpretar o objeto interpretado e o conteúdo da interpretação.

A resposta do problema específico aqui proposto pode ser alcançada através da busca do *telos* que orienta a lei posta em destaque e não, como já se disse, através de uma fria aplicação do seu texto literal.

Daí porque, no presente caso, ressaí, dentre os diversos métodos hermenêuticos conhecidos - sem prejuízo de uma abordagem completa de todos eles - um método de interpretação finalística das regras pertinentes à transferência de alunos de uma instituição de ensino para outra.

Faz-se necessário, como ponto de partida fundamental, determinar um sentido às normas interpretadas através de uma perspectiva metodológica que se justifique pelos fins práticos pretendidos alcançar, tanto pelo legislador como pelo aplicador no momento histórico-prático da concreção.

Trata-se, aqui, de atribuir um sentido teleologicamente funcional à lei interpretada, mediante uma praxis hermenêutica comprometida com a sua finalidade, que privilegie antes a intenção prática (58) que se pretende alcançar através dela do que uma literal exegese de suas proposições nominais.

A compatibilização entre a segurança e a justiça é uma das mais difíceis tarefas do intérprete-aplicador do Direito.

Se, por um lado, o pressuposto fundamental da racionalidade jurídica implica um sentido geral de ordem, vale dizer, se dentre os mais diversos sentidos possíveis da norma deve-se preferir o

(58) Os valores que lhe subjazem e os fins a que se destina.

que melhor satisfaça a exigência de coerência sistemática interna, diante das diversas opções axiológicas que se abrem ao intérprete, por outro lado, este deverá, seguramente, optar pelo sentido que se compatibilize com a própria razão ou objetivo prático a que ela se destina.

A racionalidade interna poderá ser vislumbrada a partir de uma concordância prática, obtida mediante critérios de proporcionalidade na aplicação das normas interpretadas.

O recurso à clareza do texto legal (*in claris cessat interpretatio*) constituir-se-ia num argumento cômodo, ao qual se recorre frequentemente para escapar da discussão acerca das verdadeiras questões de interpretação e da necessidade de se justificar, concretamente, o sentido pragmático pelo qual se optou. (59)

Afirmar, literalmente, que uma determinada norma se aplica a todos os casos possíveis, pelo seu só sentido literal, é desconhecer que o Direito é uma criação humana e que o próprio legislador não dispõe de um critério seguro para, na definição dos suportes fáticos, incluir ou excluir todos os casos, porque simplesmente não pode prevê-los. (60)

Ressaí, aqui, a insuficiência do método literal de interpretação, que, sob uma perspectiva intrasistemática, deve ser aperfeiçoado pelo método finalístico.

Ora, na situação de fato posta em relevo, a aplicação do princípio da isonomia está a implicar uma igualdade de tratamento, isto é, que sejam tratados da mesma maneira os casos que, em sua essência, são semelhantes.

Traduzindo em termos práticos: a mesma solução aos alunos que tiveram que se transferir de uma instituição de ensino para outra, por força de remoção ou transferência *ex officio*, deles próprios ou de seus pais, deve ser aplicada aos alunos que, por provimento inicial, ingressarão no serviço público em outra localidade.

(59) VAN DE KERCHOVE, 1986: 229.

(60) HART, 1986: 137ss.

Esse entendimento foi perfilhado pela Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quinta Região, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança n. 38.035-CE, publicada no DJ de 27.05.94, p. 26.164.

Em verdade, tanto o princípio da isonomia como a finalidade das disposições legais que regem a matéria apontam para a solução.

Trata-se, contudo, de uma lacuna no Direito Administrativo. A resposta negativa se impõe, já que o intérprete-aplicador pode solucionar o aparente vácuo normativo de acordo com a solução apontada.

Na verdade, a questão acerca das lacunas no Direito Administrativo traz consigo o eterno problema que circunda a criação e a aplicação do Direito: compatibilizar os valores segurança e justiça.

A legalidade, ainda, é uma garantia do cidadão frente a intromissões indevidas do poder público, especialmente do exercício da função administrativa, em sua liberdade e propriedade.

Apenas com base em lei terá o agente público competência para adotar as medidas que visem salvaguardar as necessidades coletivas, sob pena de invalidade de seus atos. Qualquer tentativa de deixar ao administrador um juízo valorativo pleno, uma liberdade na escolha dos fins de seus atos será perigosa. O poder absoluto, se não contido, é motivo de preocupação.

Embora confiada ao legislativo a tarefa de definir os fins e os limites da atividade administrativa, percebe-se, claramente que, na atualidade, esse cargo não tem sido desempenhado a contento.

Todavia, essa liberdade do legislador, principalmente após a evolução da doutrina constitucionalista, vem sofrendo constantes tentativas de conformação jurídica.

A recente construção teórica acerca da inconstitucionalidade por omissão se reveste de fundamental importância para limitar juridicamente a liberdade de conformação do legislador, através de

determinação objetiva, pela jurisprudência, do dever constitucional de legislar acerca de matérias relevantes para a comunidade.

A técnica fixada pelo Tribunal Constitucional Alemão, ao atribuir eficácia a determinados preceitos constitucionais sem a intervenção do legislador, sob o fundamento de que este quedou inerte quanto às exigências constitucionais de ação, predeterminadas pela "força dirigente" dos direitos fundamentais, revela a constante preocupação do constitucionalismo moderno em instituir formas de concretização dos preceitos constitucionais relativos às necessidades coletivas. (61)

Contudo, ainda é forte a presença do axioma da separação das funções estatais em departamentos estanques, por mais que a doutrina insista em afirmar que o poder é uno e indivisível e que os direitos fundamentais se constituem no vetor para o seu exercício.

A processualização dos instrumentos e garantias para fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é ainda insuficiente para garantir a participação do cidadão na arena política. Até mesmo na própria Alemanha, considerações de política jurídica distinguem o dever constitucional de legislar, que pode ser suprido, da "exigência constitucional insuprível", afeta ao juízo político do legislador. (62)

Na própria esfera administrativa a matéria ainda não se encontra plenamente sistematizada.

Mesmo assim, aos Juízes e Tribunais está confiado o honroso encargo de, através de decisões, fundamentadas no próprio sistema jurídico - e não apenas no sistema legal -, encontrar a solução para questões de tamanho relevo e que, dia a dia, demandam solução.

(61) MENDES, 1990: 54ss.

(62) MENDES, 1990: 54ss.

**BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL**

- ALCHOURRON, Carlos E, e BULYGIN, Eugenio (1987).** *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ALESSI, Renato (1970).** *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, traducción por Buenaventura Pellise-Prats, Barcelona: BOSCH Casa Editorial.
- AMSELEK, Paul (1988).** *A propos de la Théorie Kelsémienne l'absence de lacunes dans le Droit*, in Archives de Philosophie du Droit Tome 33, La Philosophie du Droit Aujourd'hui, Paris: Sirey.
- ASCOLI, Max (1991).** *La Interpretazioni delle Leggi*, Milano: Giuffrè Editore.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio (1989).** *Legalidade, Motivação e Motivação do Ato Administrativo*, in Revista de Direito Público, 90, a 22, Editora Revista dos Tribunais, Abril-Junho.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio (1993).** *Curso de Direito Administrativo*, 4a. Edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- BLACK'S LAW DICTIONARY (1992).** Edited by Henry Campbell Black, Sixth Edition, 6th Reprint, Saint Paul: West Publishing Co.
- BOBBIO, Norberto (1989).** *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos, São Paulo: Editora Pólis, Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- BONAVIDES, Paulo (1993).** *Do estado Liberal ao estado Social*, 5a. Edição, revista e ampliada, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora.
- BUCH, Henri (1968).** *Les Lacunes en Droit Administratif*, in Problème des Lacunes en Droit, Études publiées par Chaim Perelman, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio (1976).** *Justiça e Direito*, Coimbra: Separata do Volume LI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1989).** *Direito Constitucional*, 4a. Edição, Coimbra: Livraria Almedina.
- CIRNE LIMA, Ruy (1987).** *Princípios de Direito Administrativo*, 6a. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel (1987).** *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Coimbra: Livraria Almedina.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanella (1991).** *Direito Administrativo*, 2a. Edição, São Paulo: Editora Atlas S.A.
- DIEZ, Manuel Maria (1956).** *El Acto Administrativo*, Buenos Aires: Tipografía Argentina.
- DIEZ - Picaso, Luis (1987).** *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona: Editora Ariel S.A.
- DINIZ, Maria Helena (1989).** *As Lacunas do Direito*, 2a. Edição, São Paulo: Saraiva.
- DOEHRING, Karl (1986).** *Estado Social, Estudio de Derecho y Orden Democrático*, in El Estado Social, Wolfgang Abendroth et alli, Tradução de José Puente Egido, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ENGISCH, Karl (1988).** *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Tradução de João Baptista Machado, 6a. Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle (1994).** *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo (1985).** *Princípio da Legalidade*, Pólis - Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo.
- FORSTHOFF, Ernst (1969).** *Traité de Droit Administratif Allemand*, Trad. de Michel Fromont, Bruxelles: établissements Emile Bruylant.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, TOMÁS-RAMÓN (1991).** *Curso de Direito administrativo*, Tradução de Arnaldo Setti, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- HART, Herbert L.A. (1986).** *O Conceito de Direito*, Tradução de A.

- Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HUBERLANT, Charles (1968).** *Les Mécanismes Institués pour les Lacunes de la Loi*, in Le Problème des Lacunes en Droit, Etudes publiées par Chaim Perelman, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant.
- KELSEN, Hans (1984).** *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, 6ª Edição, Coimbra: Arménio Armado-Editora.
- LARENZ, Karl (1989).** *Metodologia da Ciência do Direito*, Tradução de José Lamago, 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LARENZ, Karl (1990).** *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*, Traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- MEIRELLES, Hely Lopes (1992).** *Direito administrativo Brasileiro*, 17ª Edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et alli, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- MENDES, Gilmar Ferreira (1990).** *Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo: Saraiva.
- MERKL, Adolf (1935).** *Teoria General del Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- PERELMAN, Chaim (1988).** *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, traducción por Luis Díez-Picazo, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- PERNIGOTTI, Ugo (1973).** *Lacune dell'Ordinamento*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXIII, Milano: Giuffrè Editore.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1970).** *Tratado de Direito Privado Parte Geral*, Tomo I, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (1972).** *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Tomo II, 2ª Edição, Rio de Janeiro.
- REALE, Miguel (1986).** *Teoria Tridimensional do Direito*, 4ª Edição revista e aumentada, São Paulo: Saraiva.
- REALE, Miguel (1992).** *O Direito com Experiência - Introdução à epistemologia jurídica*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva.
- SOARES, Rogério Ehrhardt (1972).** *Direito Administrativo* (Notas de aula de Direito Administrativo, ministradas no Curso de Direito da

- Faculdade de Coimbra), Coimbra.
- STASSINOPOLOS, MICHEL (1954).** *Traite de Actes Administratifs*, Athènes: Librairie de Recueil Sirey.
- VAN DE KERCHOVE, Michel (1986).** *La Théorie de Actes de Langage e la Théorie de l'Interpretation Juridique*, in Théorie de Actes de Langage, Etique et Droi, publié sous la direction de Paul Amselek, Paris: Presses Univesitaires de France.
- VAN DE KERCHOVE, Michel e OST, François (1988).** *Le Système Juridique entre Ordre e Désordre*, Paris: Presses Univesitaires de France.
- VASCONCELOS, Armando (1993).** *Teoria da Norma Jurídica*, 3a. edição, revista, São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- VERNENGO, Roberto José (1988).** *Curso de Teoria General del Derecho*, 2ª Edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- WIEACKER, Franz (1980).** *História do Direito Privado Moderno*, Tradução de A.M. Botelho Espanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.



## DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Antônio Carlos Azevedo Costa**

Procurador do Município de Fortaleza  
Pós-graduado pela Unifor-Especialização  
em Direito Penal.

O Direito Penal é o ramo Direito Público que define as infrações penais, estabelecendo as penas e as medidas de segurança.

O Direito Penal objetivo é o conjunto das normas penais. O Direito Penal subjetivo é o direito de punir do Estado.

O Nosso Direito Penal objetivo, direito penal comum, está consubstanciado no Código Penal. Vale aqui salienta que o nosso Código penal vigente se divide em duas partes a saber: a parte geral e a parte especial. A parte geral trata dos princípios jurídicos atinentes ao Direito penal, tais como a aplicação da Lei penal no tempo e no espaço, a definição do crime; da responsabilidade penal, da imputabilidade penal, do concurso de pessoas, das penas, suas espécies, a fixação das penas, circunstâncias atenuantes e agravantes etc. Esta parte Geral está regulada pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 e compreende os arts. 1º ao 120.

Já a Parte Especial, que está compreendida dos artigos 121 ao 361, trata da classificação legal dos crimes em espécie. As normas penais da Parte Especial do Código Penal podem ser classificadas em normas penais em sentido amplo e normas penais em sentido estrito.

Dessa forma, o legislador penal brasileiro classificou os delitos, na Parte Especial, tendo em vista a natureza e importância do

objeto jurídico. Assim, considerando a relevância da objetividade jurídica contida em cada definição legal, classifica os crimes em Títulos, capítulos e seções, da seguinte maneira: CRIMES CONTRA A PESSOA, CONTRA O PATRIMÔNIO, CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL, CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO, CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO e CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS, CONTRA OS COSTUMES, CONTRA A FAMÍLIA, CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA, CONTRA A PAZ PÚBLICA, CONTRA A FÉ PÚBLICA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Nesta pequena e despretensiosa dissertação pretendemos apenas analisar de forma sucinta alguns crimes contra a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, dando ênfase especialmente aos crimes praticados por funcionários Públicos contra a Administração Pública, Capítulo I, do Título XI do Código Penal. (Arts. 312 a 327.)

Neste ensejo, é importante frisar que o conceito de funcionário público para o Direito Penal não é o mesmo previsto na esfera do Direito Administrativo. Aquele considera funcionário público, (para efeitos penais), todos que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exercem cargo, emprego ou função pública, equiparando, inclusive por analogia, todos que exerçam cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. (empresa pública, sociedade de economia mista e/ou fundações públicas). Já para o Direito Administrativo, considera-se funcionário público somente aquele legalmente investido em cargo ou função pública conforme previsão legal contida nos Estatutos dos Funcionários Públicos dos três níveis governamentais. (União, Estado e Município).

Vemos portanto, que no Direito Penal o conceito é amplo já no Direito Administrativo é estrito.

Os crimes praticados por funcionários públicos estão classificados como sendo "CRIMES PRÓPRIOS", ou seja são aqueles crimes que exigem do agente uma determinada qualidade, no caso, ser funcionário público. Não podemos olvidar, que o particular, mesmo

não sendo servidor público, mas, sabendo desta condição, praticar a companhia deste qualquer crime contra a Administração Pública, sofre as mesmas sanções, pois a qualidade de funcionário comunica-se a particular que é partícipe de crime contra a Administração Pública.

Então, quais seriam os crimes que funcionário público, em virtude do Código Penal vigente, poderia praticar contra a Administração Pública?

Tais Crimes estão tipificados no Título XI, capítulo I, do Código Penal e, são eles, os seguintes:

- Peculato, art. 312 CP;
- Peculato furto, art. 312 1º CP;
- Peculato culposo, art. 312 § 2º. CP;
- Peculato mediante erro de outrem, art. 313 CP;
- Extravio, sonegação ou inutilidade de livro ou documento, art. 314 do CP;
- Emprego irregular de verbas ou rendas públicas, art. 315 do CP;
- Concussão, art. 316 do CP;
- Excesso de exação, 1º. § do art. 316 CP;
- Corrupção Passiva, art. 317 do CP;
- Facilitação de Contrabando ou descaminho, art. 318 do CP;
- Prevaricação, art. 319 do CP;
- Condescendência criminoso, art. 320 do CP;
- Advocacia administrativa, art. 321 do CP;
- Violência arbitrária, art. 322 do CP;
- Abandono de função, art. 323 do CP;
- Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, art. 324 do CP;
- Violação de sigilo funcional, art. 325 CP e
- Violação do sigilo de proposta de concorrência, art. 326 do CP.

Os crimes mais comumente praticados contra

Administração Pública são efetivamente o peculato em todas as suas formas e o crime de corrupção.

Todos os delitos supra mencionados são de AÇÃO PÚBLICA INCODICIONADA, ou seja a autoridade administrativa por dever de ofício, sob pena de responsabilidade, deve de imediato, tomar todas providências, necessárias, de acordo com o caso concreto, visando apurar o fato, sobre os aspectos de autoria e de materialidade, adotando as medidas administrativas e jurídicas in concreto.

No âmbito da Administração Pública, o fato delituoso deve ser apurado através de SINDICÂNCIA, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E/OU PROCESSO ADMINISTRATIVO. Normalmente quando o fato é de suma gravidade o administrador determina, que seja feita a apuração através de inquérito policial e posterior encaminhamento ao Ministério Público para oferecimento da denúncia no juízo criminal.

Não se deve olvidar que, em todo procedimento visando obter a verdade dos fatos, quer seja em procedimento simples como a sindicância ou procedimento mais sério, como inquérito ou processo administrativo, não deve a autoridade deixar de observar o princípio do contraditório, possibilitando todos os meios de defesa licitamente oferecidos pelo acusado, sob pena de nulidade absoluta ou parcial do ato administrativo, conforme o caso in concreto. Aliás, este é um princípio constitucional a que fazem jus os acusados em geral, na conformidade do art. 5º. inciso LV da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988.

### **BIBLIOGRAFIA**

01. **DELMANTO, Celso** - *Código Penal Comentado*. 3ª Edição, Renovar, 1991.
02. **FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo** - *Resumo de Direito Penal*. 4ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1992.
03. **JESUS, Damásio Evangelista de** - *Direito Penal*. Volume I, Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, 1992.
04. **JESUS, Damásio Evangelista de** - *Direito Penal*. Volume IV, Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, 1992.
05. **TOLEDO, Francisco de Assis** - *Princípios Básicos de Direito Penal*. Ed. Saraiva, 1991.

## PREQUESTIONAMENTO, A LEI FEDERAL E A INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

**Antônio Edvando Elias de França**  
Procurador do Município de Fortaleza

Inúmeros motivos levam-me a tecer algumas linhas sobre o tema citado, já que é interesse dos recorrentes o destino a ser tomado pela interposição simultânea dos dois recursos extremos. Decorre em primeiro lugar do esclarecimento do que vem a ser o chamado prequestionamento da matéria, o que a lei verdadeiramente considera sendo "Lei Federal" para efeito de ofensa à Carta Magna e principalmente a tramitação individualizada de cada recurso dentro do Tribunal "a quo" até a apreciação pelas cortes superiores.

O prequestionamento é pressuposto de admissibilidade tanto do Recurso Especial como do Extraordinário. Mesmo porque, o entendimento sumular oriundo do Supremo Tribunal Federal inviabiliza a admissão do Recurso Extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada. Da mesma forma, não se pode entender como prequestionada a matéria se, na hipótese de existência de omissão no julgado não foi a mesma atacada pelo recurso cabível, no caso, os embargos declaratórios. E, em assim sendo, não será objeto de apreciação em grau de recurso extraordinário.

A ofensa de que trata a Constituição Federal há de ser entendida em sentido amplo para abranger qualquer regra de direito objetivo, que tenha como fonte a União.

A respeito do assunto, o entendimento do Ministro Pádua Ribeiro é o seguinte:

"A expressão lei federal é empregada em sentido amplo, abrangendo pois decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos".

Ressalte-se, por oportuno, que a amplitude do sentido da lei federal não alcança a ofensa ou divergência jurisprudencial relativa à lei estadual, municipal e inclusive, não se entende também por lei federal, as divergências de leis no âmbito do Distrito Federal por serem consideradas como direito local. Nem mesmo os Regimentos Internos dos Tribunais Federais, as Portarias Ministerais, resoluções das Autarquias Federais estão dentro da definição legal de "lei federal". Todavia, deve-se entender como tais, o decreto e o regulamento federais, inclusive as leis estrangeiras quando aplicáveis às normas de direito internacional privado.

### A SIMULTANEIDADE DA INTERPOSIÇÃO RECURSAL

A interposição simultânea do Recurso Especial e Extraordinário, à luz da lei 8.038/90 acarreta quatro hipóteses distintas. O tribunal "a quo" ao exercer o chamado juízo de admissibilidade pode admitir ambos recursos; admitir apenas o Recurso Especial e denegar o Extraordinário; admitir o Extraordinário e denegar o Especial e denegar ambos os recursos.

Cuidemos inicialmente da primeira consequência quando a presidência do Tribunal, ao exercer o juízo de admissibilidade, e note que não é do relator referido juízo, considerar como admitido ambos os recursos. No caso, o processo deve, necessariamente ser submetido inicialmente ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento do Recurso Especial. Ato seguinte é a vez do Supremo Tribunal Federal apreciar o recurso extraordinário, caso este não esteja prejudicado. Refiro-me neste particular, uma vez que é perfeitamente possível o relator do STJ considerar prejudicado o recurso extraordinário, caso em que sobrestará

a apreciação do recurso especial e remeterá os autos ao pretório excelso, com razoáveis possibilidades de devolução ao STJ caso relator do Supremo discorde de tal posição e determine o julgamento prioritário do apelo especial.

Na segunda hipótese ventilada, a presidência do tribunal "a quo" admite o recurso especial e denega o extraordinário, despacho que pode ser atacado mediante instrumento de agravo para o Supremo Tribunal Federal em cinco dias. Neste caso, o agravo seguirá necessariamente para o STF, apensado ao processo contendo o Recurso Especial admitido. Julgado o especial, o agravo será submetido ao STF, se o extraordinário não tiver sido considerado prejudicado.

Em terceira situação, o Tribunal admite o Recurso Extraordinário, negando seguimento ao especial. Neste caso, o processo deve ser remetido diretamente para o STF, incluindo no mesmo a certidão de que foi interposto agravo de instrumento para o STJ, por força de denegação do Recurso Especial. No agravo remetido ao STJ, deverá acusar mediante certidão a remessa do recurso extraordinário para o STF de modo que o STJ e STF, ao apreciarem os recursos, tenham conhecimento prévio da interposição simultânea.

Em última análise, sendo a mais comum, a presidência do tribunal denega a ambos os recursos. Neste caso é cabível a interposição simultânea dos respectivos agravos para cada despacho denegatório, que devem ser apensados e remetidos ao STJ e posteriormente ao STF, da mesma forma como ocorre com a admissão de ambos os recursos. Enquanto isso, os autos devem ficar no tribunal "a quo" aguardando o julgamento dos agravos, já certificados a sua interposição, sem prejuízo da expedição da carta de sentença para execução provisória.

No caso de provimento do agravo, a corte que o proviu determinará a avocação dos autos principais para o julgamento

## **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SOCIAL À INFORMAÇÃO**

Fátima Maria Nunes Memória de Andrade  
Procuradora do Município de Fortaleza

### **RESUMO**

O estudo ora apresentado reúne considerações doutrinárias sobre o direito social à informação, arma fundamental de que dispõe o cidadão na busca incessante da consolidação do Estado Democrático de Direito.

### **1 - INTRODUÇÃO**

A vigente Constituição Federal pontifica, em seu artigo preambular, que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...".

A organização institucional do Estado brasileiro deveria, portanto, adotar feição democrática. O constituinte não optou pelo conceito liberal "Estado de Direito", no que aliás atendeu à doutrina de melhor envergadura, visto que "houve concepções deformadas do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito". (1) Foi o que sustentou governos autoritários, com frontal desrespeito aos direitos humanos pois nem sempre o Estado de Direito percorria trilhas democráticas.

Adotou-se a expressão "Estado Democrático de Direito" que por sua vez, não é uma mera união formal dos conceitos "Estado de Direito" e "Estado Democrático". "Consiste, na verdade, na criação de

(1) SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª. Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.100.

um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do **status quo**".(2)

Entre os princípios do Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva aponta o princípio democrático, que "nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais. (art. 1º)".(3)

Depreende-se facilmente que, a fim de assegurar-se a permanência deste Estado Democrático, mister se consagre ampla liberdade de comunicação como uma experiência constante na vida do país. Visa-se com tal medida o acesso de todos os cidadãos à informação, direito social albergado no texto constitucional. Somente por esta via o Estado será verdadeiramente democrático e o ser humano terá condições de expandir-se com plenitude.

Assim, é de vital importância para a sobrevivência da democracia o direito social à informação, razão por que se conferiu ao tema espaço para um reflexão, consubstanciada na doutrina e legislação em vigência.

### **2 - LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO**

Alertando Montesquieu acerca do tema "liberdade", filosofava que não havia palavra alvo de tantos e diversos significados como aquela. Exaltada desde os primórdios das civilizações, a liberdade, para Kant, seria o resumo de todos os direitos inatos.

Dentre todas as manifestações de liberdade, preconizava o ilustre Rui Barbosa que a liberdade de pensamento é a maior e mais alta, sem a qual as restantes deixam mutiladas a personalidade humana.

A doutrina utiliza-se por vezes da denominação "liberdade

(2) *Idem, ibidem, p. 105.*

(3) *Idem, ibidem, p. 108.*

de pensamento" (4) ou "liberdade de comunicação" (5), e ainda "liberdade de expressão do pensamento", considerada esta última mais precisa pelo Mestre Orlando Soares, pois a liberdade não se pode limitar ao pensamento; só se pode falar em liberdade, quando aquilo que pensamos pode ser livremente manifestado. (6)

### 3 - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A COMUNICAÇÃO

Fala-se, com pertinência, que a evolução da civilização acompanha, **pari passu**, o desenvolvimento da comunicação. Onde esta haja florescido sem restrições, aí também o intercâmbio de idéias forjou o enriquecimento das cidades e dos homens. Tão importante tornou-se o advento da comunicação escrita, que foi este o marco divisório entre a Pré-história e a História do homem.

Interessante se constatar, no entanto, que paralelo às formas naturais de comunicação, desde as mais primitivas, presente esteve sempre o estigma da censura, do bloqueio a determinadas manifestações do pensamento.

Na Roma Antiga, a comunicação desenvolveu-se graças ao gênio criativo daquele povo, registrando-se a presença marcante dos noticiadores, os encarregados de promover intercâmbios de notícias, notabilizando-se nesta época a figura de Cícero. Desta fase advém o termo "censor" - o magistrado romano que recenseava a população ao mesmo tempo, velava pelos bons costumes.

Na Grécia, impuseram-se limitações à comunicação do pensamento, fosse por meio verbal ou escrito. Mesmo sob a famosa democracia ateniense, vigoraram leis auto-defensivas, sobremaneira contra intencões ou tentativas de instauração de regimes oligárquicos ou despóticos. Lembremo-nos do célebre Sócrates, condenado à morte

(4) SILVA, José Afonso da, op. cit., p.214.

(5) MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional. Lisboa: Coimbra, Ed., 1988, p.345.

(6) SOARES, Orlando, Direito de Comunicação. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1987, p.316.

após julgamento público por corrupção da juventude e por suas idéias revolucionárias, demonstração inequívoca da censura de sua época.

Na Idade Média, houve um acentuado perecimento nas técnicas de comunicação, restritas aos castelos e monastérios. À ênfase na propagação de idéias restringe-se à divulgação de reflexões religiosas, exercendo o corpo eclesiástico rigorosos os julgamentos através da Inquisição. Célebres tornaram-se as vítimas do cerceamento à manifestação de idéias, entre cientistas, escritores e sábios, como Galileu, sofrendo gradação de penas que iam do jejum, multas, pequenas penitências, até a prisão, podendo, em casos mais graves, serem os "hereges" conduzidos à autoridade civil, aplicadora da pena máxima de morte na fogueira (ato público denominado "auto-de-fé").

Com o surgimento da imprensa, em 1454, aperfeiçoada por Johannes Gutemberg, ocorreu a popularização dos livros e da cultura. Observa-se a concomitância do aparecimento da censura, onde quer que a imprensa se instalasse. Assim, a Espanha implantou a imprensa em 1473 e a censura, logo em seguida, pelos reis católicos. Em Portugal, os judeus foram os responsáveis pela introdução da primeira tipografia, em 1487, enquanto a censura foi exercida pelo Cardeal Inquisitor.

Berço de luta contra as limitações à liberdade de comunicação foi a Inglaterra, onde, em 1641, o Parlamento impôs a Carlos I a abolição da chamada "Câmara Estrelada", órgão censor de todos os meios de publicação. Em 1695 foi decretada a abolição da censura, repercussão que se fez sentir mais tarde na Declaração do Estado da Virgínia, em 1776, primeiro ato legal de reconhecimento da liberdade de manifestação do pensamento (7), assim como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Americana, cuja primeira emenda proclama: "o Congresso não fará qualquer lei que restrinja a liberdade de imprensa e de palavra".

(7) Art. 14º "A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos".

No Brasil, "a impressão de livros iniciou-se ainda no período colonial, mas só com a fundação da Imprensa Régia, em 1808, pelo Príncipe Regente D. João VI, é que a publicação de livros começou a ter alguma significação, pois antes, a quase totalidade das obras brasileiras eram editadas em Lisboa e Coimbra". (8)

Sempre foi tradição no direito pátrio o princípio da liberdade de comunicação do pensamento, independente de censura, pelo menos na letra lei.

A Constituição de 1937 rompeu com esta tradição estabelecendo que a lei poderia prescrever "com o fim de garantir a ordem e a segurança pública, a censura prévia de imprensa do teatro, do cinematógrafo, da radiofusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação". (art. 122, a).

Sob Estado Novo criou-se um órgão específico de controle dos meios de divulgação do pensamento: o famigerado DII (Departamento de Imprensa e Propaganda).

A Constituição de 1946 manteve a ressalva quanto à censura sobre espetáculos e diversões públicas (art. 143, § 5º), no que foi seguida pela Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 (art. 153, § 8º).

Embora a tradição jurídica brasileira, desde a Constituição do Império, consagre a liberdade de expressão do pensamento independente de censura, esta tem sido uma constante na vida política nacional.

Com o regime inaugurado em 1964, houve progressivo processo de limitação de exteriorização do pensamento, sobremaneira após o advento do Ato Institucional nº 5 (de 13/12/68). O SNI (Serviço Nacional de Informação) teve por finalidade superintender e coordenar em todo o território nacional, as atividades de informação e controle de informação, em particular, as que interessavam, à segurança nacional (art. 44, Decreto-Lei nº 200, de 27/12/67). Quanto à censura a diversões e espetáculos públicos, esta era levada a efeito pelo Serviço de Censura

(8) SOARES, Orlando, op. cit., p. 103.

de Diversões Públicas, subordinado diretamente ao Chefe de Polícia.

#### 4 - DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Por "informação" entende-se "o reconhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado". (9)

Daí a inserção como garantia constitucional da liberdade de expressão, cujo real respeito só se verificará através da vigilante participação de todas as camadas da população e da democratização da comunicação.

Temos como pressupostos do direito à informação, segundo Comissão da UNESCO:

"a) o direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseja obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que é preciso adotar, tanto individualmente quanto com membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação ou divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;

b) o direito do indivíduo de transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante a intimidação ou sanção, quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;

c) o direito a discutir; a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis." (10)

Observa-se que uma ordem verdadeiramente democrática

(9) GRECO, Albino, apud. José Afonso da Silva, op. cit., p. 217

(10) PEREIRA, Moacir, *Ademocratização da comunicação*. São Paulo: Global Editora, 1987, p. 15



deverá dotar a sociedade de meios eficazes de participar e intervir na política de comunicação social, visto que um regime democrático pressupõe o pluralismo político e multifacetadas fontes de informação.

Ocorre que, na maior parte de sua História política, o povo brasileiro não tem encontrado espaço para reivindicações nos meios de comunicação, neles aparecendo "como inimigo, personagem a ser controlada e punida. A grande imprensa brasileira é conservadora e teme a democracia. Esta característica se deve ao fato de que a própria sociedade brasileira é conservadora... A imprensa, ou melhor, os meios de comunicação em geral, tanto servem à aproximação, como ao distanciamento entre os homens. Podem permitir que todos participem do governo e controlem os governantes, mas também se prestam ao estabelecimento do controle político sobre os governados."<sup>(11)</sup>

A população brasileira, porém, não dispõe de muitas opções para se informar, não obstante a proliferação de jornais, canais de televisão, revistas, um exame mais minucioso revelará que o controle dos meios de comunicação está nas mãos de um reduzido número de grandes empresas. Estas irão condicionar o que o brasileiro irá consumir, quais opiniões vai adotar, direcionando suas crenças e valores. Sabe-se que cerca de 70% da população brasileira não tem acesso às informações essenciais; cerca de 50% das vendas de revistas são controladas por apenas duas empresas privadas. Mais: dentre 140 emissoras de televisão, apenas uma têm caráter educativo. Além dos detentores do poder econômico, o Estado é cliente publicitário certo, utilizando seu largo espectro econômico para conduzir informações distorcidas, adulterando-as e ludibriando a opinião pública.

Some-se a isto o fato de, no Brasil, haver monopólio estatal na transmissão de dados, transferindo-se a particulares a administração e produção da informação, através de concessão e permissão. Tal monopólio serve como instrumento para execução de políticas industriais, tecnológicas e culturais. Facilita-se assim a política de controle

(11) CAPELATO, Maria Helena R., *Imprensa e História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 188, p. 72

sobre que irá informar, servindo-se o Estado de mais um mecanismo de transferência de sua ideologia.

Outro ponto fundamental é a inexistência do acesso da população à educação, enquanto dispositivo constitucional assegura tal providência. O Estado não fomenta esta garantia pois é de seu interesse a manipulação, pela subserviência que decorre da ignorância, de grande parte da população. "Sem ter o direito à escola, e portanto, impossibilitado de dominar o código alfabético, o cidadão latino-americano está automaticamente excluído do direito à informação sobre os fatos da atualidade, sem interpretação, sem análise. E, paulatinamente, está excluído da cidadania, porque não encontra motivação para participar da vida pública, aceitando tranqüilamente a tese de que o Estado está acima dos interesses das classes sociais." <sup>(12)</sup>

A Lei de Imprensa de 1967 (Lei nº 5.250, de 09.02.67), visivelmente conspurcada pela veia autoritária, é detentora de caráter repressivo e conteúdo punitivo. Seus críticos consideram de matéria penal seu dispositivos, incrementando a criação de um Estatuto de Liberdade de Imprensa, vez que aquela surgiu juntamente com a Lei de Segurança Nacional, em fevereiro de 1967, havendo sido discutida e votada no Congresso Nacional sob o regime ditatorial e pressão do Executivo, revestindo-se de feição nitidamente anti-democrática. Porém, mesmo nos países que não dispõem de uma Lei de Imprensa, há uma proliferação de decretos e portarias, buscando regulamentar juridicamente o desempenho dos meios de comunicação. Urge que se reformule, destarte, a atual Lei de Imprensa, sob pena de obstaculizarmos a liberdade de expressão no país, matéria, aliás, que já transmita em nosso Poder Legislativo Federal.

Resumindo, o sistema de comunicação em vigência até a Constituição de 1988 foi concebido e implantado de maneira alheia aos interesses sociais, visando à permanência e solidificação do Estado

(12) MELO, José Marques, *Comunicação: Terra e Política*. Rio de Janeiro: Summus Editorial, 1985, p. 14.

autoritário. Elegeu um modelo em consonância com os interesses de uma elite minoritária, passando a comunicação a servir de mero instrumento para realização desses interesses.

Como salientam os estudiosos, "nos últimos 30 anos, as liberdades individuais sofreram as maiores violações - e com elas o direito de informação - no Governo Médici, apesar do surto desenvolvimentista rotulado pelo pseudo "milagre brasileiro". O ônus desse processo artificialmente montado em laboratórios políticos está sendo pago hoje - e a custo social imensurável - por toda a população"

(13)

## 5. DO DIREITO À INFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito social à informação foi, sem dúvida, imensamente valorizado na nova ordem constitucional. Além de vários dispositivos assecuratórios da liberdade de comunicação, aspergidos ao longo do art. 5º, foi alvo de Capítulo especial (Capítulo V - Da Comunicação Social, integrante do Título VII - da Ordem Social).

Observa-se, a partir de leitura do mencionado art. 5º, o qual arrola os principais direitos e deveres individuais e coletivos, que **"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"**, e que **"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem"**. Mais adiante, no inciso IX, vê-se consagrada a abolição da censura, estatuinto-se **"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença"**. Ressalte-se limitação óbvia e constitucionalmente prevista no inciso seguinte, de que **"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano**

(13) PEREIRA, Moacir, *op. cit.*, p. 27.

**material ou moral decorrente de sua violação"**.

O inciso XIV prevê, de maneira inquestionável, que **"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"**. No que tange à prestação de informações ao cidadão por parte do Estado, encontra-se albergado no inciso XXXIII que: **"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"**.

Mister pinçar ainda a figura inovadora do habeas-data criação do direito brasileiro, esteiada no inciso LXXII, instrumento possibilitador da obtenção, por parte de qualquer pessoa, de informações a ela relativas, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou mesmo para a retificação desses dados. Percebe-se a importância deste instrumento democrático merecedor de curial atenção por parte dos doutrinadores para eficaz aplicação no cotidiano dos brasileiros. (14)

Finalmente, faça-se menção aos artigos 220 usque 224, componetes do Capítulo consagrado à Comunicação Social os quais perfilham o arcabouço sistematizador da política de comunicação a ser adotada no país.

Arrematando a exposição, pode-se constatar que é unísono o sentimento de que se deve lutar por uma política de comunicação democrática, a fim de se ter concreta a possibilidade de se pôr a limpo a atuação do Estado, através da fiscalização do poder. A informação é

(14) "As Constituições da Espanha (art. 18) e de Portugal (art. 35) dispõem, respectivamente, sobre o controle do uso da informação e sobre o direito de conhecer o que constar de registros informáticos a seu respeito, mas nenhuma delas e nenhuma outra criou um meio específico de invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos" consoante esclarece José Afonso da Silva *op. cit.*, p. 27.

um direito social, devendo estar a serviço da população, e não como um instrumento de manipulação do poderio político, massacrando qualquer manifestação contrária, inviabilizando uma real formação de opinião pública. A democratização da informação poderá promover uma vigilância sobre a atuação do Estado, e consonante atestamos acontecimentos que culminaram com o inédito "impeachment" de um Presidente da República, influir nos mais importantes destinos de uma Nação. E, numa Nação subdesenvolvida como a nossa, este pode ser o único fator que separa a liberdade do autoritarismo.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. CAPELATO, Maria Helena R. *Imprensa e História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1988.
02. MELO, José Marques. *Comunicação: Terra e Política*. Rio de Janeiro: Sumus Editorial, 1985.
03. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1988.
04. PEREIRA, Moacir. *A democratização da Comunicação*. São Paulo: Global Editora, 1987.
05. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
06. SOARES, Orlando. *Direito de Comunicação*. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1987.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO SOCIAL À INFORMAÇÃO**

Fátima Maria Nunes Memória de Andrade  
Procuradora do Município de Fortaleza

### **RESUMO**

O estudo ora apresentado reúne considerações doutrinárias sobre o direito social à informação, arma fundamental de que dispõe o cidadão na busca incessante da consolidação do Estado Democrático de Direito.

### **1 - INTRODUÇÃO**

A vigente Constituição Federal pontifica, em seu artigo preambular, que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...".

A organização institucional do Estado brasileiro deveria, portanto, adotar feição democrática. O constituinte não optou pelo conceito liberal "Estado de Direito", no que aliás atendeu à doutrina de melhor envergadura, visto que "houve concepções deformadas do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito". (1) Foi o que sustentou governos autoritários, com frontal desrespeito aos direitos humanos, pois nem sempre o Estado de Direito percorria trilhas democráticas.

Adotou-se a expressão "Estado Democrático de Direito" que, por sua vez, não é uma mera união formal dos conceitos "Estado de Direito" e "Estado Democrático". "Consiste, na verdade, na criação de

(1) SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 100.

um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do **status quo**".(2)

Entre os princípios do Estado Democrático de Direito, José Afonso da Silva aponta o princípio democrático, que "nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais. (art. 1º)".(3)

Depreende-se facilmente que, a fim de assegurar-se a permanência deste Estado Democrático, mister se consagre ampla liberdade de comunicação como uma experiência constante na vida do país. Visa-se com tal medida o acesso de todos os cidadãos à informação, direito social albergado no texto constitucional. Somente por esta via o Estado será verdadeiramente democrático e o ser humano terá condições de expandir-se com plenitude.

Assim, é de vital importância para a sobrevivência da democracia o direito social à informação, razão por que se conferiu ao tema espaço para um reflexão, consubstanciada na doutrina e legislação em vigência.

### **2 - LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO**

Alertando Montesquieu acerca do tema "liberdade", filosofava que não havia palavra alvo de tantos e diversos significados como aquela. Exaltada desde os primórdios das civilizações, a liberdade, para Kant, seria o resumo de todos os direitos inatos.

Dentre todas as manifestações de liberdade, preconizava o ilustre Rui Barbosa que a liberdade de pensamento é a maior e mais alta, sem a qual as restantes deixam mutiladas a personalidade humana.

A doutrina utiliza-se por vezes da denominação "liberdade

(2) *Idem, ibidem*, p. 105.

(3) *Idem, ibidem*, p. 108.

de pensamento" (4) ou "liberdade de comunicação" (5), e ainda "liberdade de expressão do pensamento", considerada esta última mais precisa pelo Mestre Orlando Soares, pois a liberdade não se pode limitar ao pensamento; só se pode falar em liberdade, quando aquilo que pensamos pode ser livremente manifestado. (6)

### 3 - BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A COMUNICAÇÃO

Fala-se, com pertinência, que a evolução da civilização acompanha, **pari passu**, o desenvolvimento da comunicação. Onde esta haja florescido sem restrições, aí também o intercâmbio de idéias forjou o enriquecimento das cidades e dos homens. Tão importante tornou-se o advento da comunicação escrita, que foi este o marco divisório entre a Pré-história e a História do homem.

Interessante se constatar, no entanto, que paralelo às formas naturais de comunicação, desde as mais primitivas, presente esteve sempre o estigma da censura, do bloqueio a determinadas manifestações do pensamento.

Na Roma Antiga, a comunicação desenvolveu-se graças ao gênio criativo daquele povo, registrando-se a presença marcante dos noticiadores, os encarregados de promover intercâmbios de notícias, notabilizando-se nesta época a figura de Cícero. Desta fase advém o termo "censor" - o magistrado romano que recenseava a população e ao mesmo tempo, velava pelos bons costumes.

Na Grécia, impuseram-se limitações à comunicação do pensamento, fosse por meio verbal ou escrito. Mesmo sob a famosa democracia ateniense, vigoraram leis auto-defensivas, sobremaneira contra intencões ou tentativas de instauração de regimes oligárquicos ou despóticos. Lembremo-nos do célebre Sócrates, condenado à morte

(4) SILVA, José Afonso da, op. cit., p.214.

(5) MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional. Lisboa: Coimbra, Ed., 1988, p.345.

(6) SOARES, Orlando, Direito de Comunicação, Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1987, p.310.

após julgamento público por corrupção da juventude e por suas idéias revolucionárias, demonstração inequívoca da censura de sua época.

Na Idade Média, houve um acentuado perecimento nas técnicas de comunicação, restritas aos castelos e monastérios. À ênfase na propagação de idéias restringe-se à divulgação de reflexões religiosas, exercendo o corpo eclesiástico rigorosos os julgamentos através da Inquisição. Célebres tornaram-se as vítimas do cerceamento à manifestação de idéias, entre cientistas, escritores e sábios, como Galileu, sofrendo gradação de penas que iam do jejum, multas, pequenas penitências, até a prisão, podendo, em casos mais graves, serem os "hereges" conduzidos à autoridade civil, aplicadora da pena máxima de morte na fogueira (ato público denominado "auto-de-fé").

Com o surgimento da imprensa, em 1454, aperfeiçoada por Johannes Gutemberg, ocorreu a popularização dos livros e da cultura. Observa-se a concomitância do aparecimento da censura, onde quer que a imprensa se instalasse. Assim, a Espanha implantou a imprensa em 1473 e a censura, logo em seguida, pelos reis católicos. Em Portugal, os judeus foram os responsáveis pela introdução da primeira tipografia, em 1487, enquanto a censura foi exercida pelo Cardeal Inquisitor.

Berço de luta contra as limitações à liberdade de comunicação foi a Inglaterra, onde, em 1641, o Parlamento impôs a Carlos I a abolição da chamada "Câmara Estrelada", órgão censor de todos os meios de publicação. Em 1695 foi decretada a abolição da censura, repercussão que se fez sentir mais tarde na Declaração do Estado da Virgínia, em 1776, primeiro ato legal de reconhecimento da liberdade de manifestação do pensamento (7), assim como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Americana, cuja primeira emenda proclama: "o Congresso não fará qualquer lei que restrinja a liberdade de imprensa e de palavra".

(7) Art. 14º "A liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos".

No Brasil, "a impressão de livros iniciou-se ainda no período colonial, mas só com a fundação da Imprensa Régia, em 1808, pelo Príncipe Regente D. João VI, é que a publicação de livros começou a ter alguma significação, pois antes, a quase totalidade das obras brasileiras eram editadas em Lisboa e Coimbra". (8)

Sempre foi tradição no direito pátrio o princípio da liberdade de comunicação do pensamento, independente de censura, pelo menos na letra lei.

A Constituição de 1937 rompeu com esta tradição estabelecendo que a lei poderia prescrever "com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia de imprensa do teatro, do cinematógrafo, da radiofusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação". (art. 122, a).

Sob Estado Novo criou-se um órgão específico de controle dos meios de divulgação do pensamento: o famigerado DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda).

A Constituição de 1946 manteve a ressalva quanto à censura sobre espetáculos e diversões públicas (art. 143, § 5º), no que foi seguida pela Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 (art. 153, § 8º).

Embora a tradição jurídica brasileira, desde a Constituição do Império, consagre a liberdade de expressão do pensamento independente de censura, esta tem sido uma constante na vida política nacional.

Com o regime inaugurado em 1964, houve progressivo processo de limitação de exteriorização do pensamento, sobremaneira após o advento do Ato Institucional nº 5 (de 13/12/68). O SNI (Serviço Nacional de Informação) teve por finalidade superintender e coordenar em todo o território nacional, as atividades de informação e contra informação, em particular, as que interessavam, à segurança nacional (art. 44, Decreto-Lei nº 200, de 27/12/67). Quanto à censura a diversões e espetáculos públicos, esta era levada a efeito pelo Serviço de Censura

(8) SOARES, Orlando, *op. cit.*, p. 103.

de Diversões Públicas, subordinado diretamente ao Chefe de Polícia.

#### 4 - DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Por "informação" entende-se "o reconhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado". (9)

Dá a inserção como garantia constitucional da liberdade de expressão, cujo real respeito só se verificará através da vigilante participação de todas as camadas da população e da democratização da comunicação.

Temos como pressupostos do direito à informação, segundo Comissão da UNESCO:

"a) o direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseje obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que é preciso adotar, tanto individualmente quanto com membro da comunidade. A negativa de comunicar uma informação ou divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;

b) o direito do indivíduo de transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante a intimidação ou sanção, quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;

c) o direito a discutir; a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis." (10)

Observa-se que uma ordem verdadeiramente democrática

(9) GRECO, Albino, *apud*. José Afonso da Silva, *op.cit.* p. 217

(10) PEREIRA, Moacir, *Ademocratização da comunicação*. São Paulo: Global Editora, 1987, p. 15

deverá dotar a sociedade de meios eficazes de participar e intervir na política de comunicação social, visto que um regime democrático pressupõe o pluralismo político e multifacetadas fontes de informação.

Ocorre que, na maior parte de sua História política, o povo brasileiro não tem encontrado espaço para reivindicações nos meios de comunicação, neles aparecendo "como inimigo, personagem a ser controlada e punida. A grande imprensa brasileira é conservadora e teme a democracia. Esta característica se deve ao fato de que a própria sociedade brasileira é conservadora... A imprensa, ou melhor, os meios de comunicação em geral, tanto servem à aproximação, como ao distanciamento entre os homens. Podem permitir que todos participem do governo e controlem os governantes, mas também se prestam ao estabelecimento do controle político sobre os governados."<sup>(11)</sup>

A população brasileira, porém, não dispõe de muitas opções para se informar, não obstante a proliferação de jornais, canais de televisão, revistas, um exame mais minucioso revelará que o controle dos meios de comunicação está nas mãos de um reduzido número de grandes empresas. Estas irão condicionar o que o brasileiro irá consumir, quais opiniões vai adotar, direcionando suas crenças e valores. Sabe-se que cerca de 70% da população brasileira não tem acesso às informações essenciais; cerca de 50% das vendas de revistas são controladas por apenas duas empresas privadas. Mais: dentre 140 emissoras de televisão, apenas uma têm caráter educativo. Além dos detentores do poder econômico, o Estado é cliente publicitário certo, utilizando seu largo espectro econômico para conduzir informações distorcidas, adulterando-as e ludibriando a opinião pública.

Some-se a isto o fato de, no Brasil, haver monopólio estatal na transmissão de dados, transferindo-se a particulares a administração e produção da informação, através de concessão e permissão. Tal monopólio serve como instrumento para execução de políticas industriais, tecnológicas e culturais. Facilita-se assim a política de controle

(11) CAPELATO, Maria Helena R., *Imprensa e História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 72.

sobre que irá informar, servindo-se o Estado de mais um mecanismo de transferência de sua ideologia.

Outro ponto fundamental é a inexistência do acesso da população à educação, enquanto dispositivo constitucional assegura tal providência. O Estado não fomenta esta garantia pois é de seu interesse a manipulação, pela subserviência que decorre da ignorância, de grande parte da população. "Sem ter o direito à escola, e portanto, impossibilitado de dominar o código alfabético, o cidadão latino-americano está automaticamente excluído do direito à informação sobre os fatos da atualidade, sem interpretação, sem análise. E, paulatinamente, está excluído da cidadania, porque não encontra motivação para participar da vida pública, aceitando tranqüilamente a tese de que o Estado está acima dos interesses das classes sociais." <sup>(12)</sup>

A Lei de Imprensa de 1967 (Lei nº 5.250, de 09.02.67), visivelmente conspurcada pela veia autoritária, é detentora de caráter repressivo e conteúdo punitivo. Seus críticos consideram de matéria penal seu dispositivos, incrementando a criação de um Estatuto de Liberdade de Imprensa, vez que aquela surgiu juntamente com a Lei de Segurança Nacional, em fevereiro de 1967, havendo sido discutida e votada no Congresso Nacional sob o regime ditatorial e pressão do Executivo, revestindo-se de feição nitidamente anti-democrática. Porém, mesmo nos países que não dispõem de uma Lei de Imprensa, há uma proliferação de decretos e portarias, buscando regulamentar juridicamente o desempenho dos meios de comunicação. Urge que se reformule, destarte, a atual Lei de Imprensa, sob pena de obstaculizarmos a liberdade de expressão no país, matéria, aliás, que já transmita em nosso Poder Legislativo Federal.

Resumindo, o sistema de comunicação em vigência até a Constituição de 1988 foi concebido e implantado de maneira alheia aos interesses sociais, visando à permanência e solidificação do Estado

(12) MELO, José Marques, *Comunicação: Terra e Política*. Rio de Janeiro: Summus Editorial, 1985, p. 14.

autoritário. Elegeu um modelo em consonância com os interesses de uma elite minoritária, passando a comunicação a servir de mero instrumento para realização desses interesses.

Como salientam os estudiosos, "nos últimos 30 anos, as liberdades individuais sofreram as maiores violações - e com elas o direito de informação - no Governo Médici, apesar do surto desenvolvimentista rotulado pelo pseudo "milagre brasileiro". O ônus desse processo artificialmente montado em laboratórios políticos está sendo pago hoje - e a custo social imensurável - por toda a população".

(13)

## 5. DO DIREITO À INFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito social à informação foi, sem dúvida, imensamente valorizado na nova ordem constitucional. Além de vários dispositivos assecuratórios da liberdade de comunicação, aspergidos ao longo do art. 5º, foi alvo de Capítulo especial (Capítulo V - Da Comunicação Social, integrante do Título VII - da Ordem Social).

Observa-se, a partir de leitura do mencionado art. 5º, o qual arrola os principais direitos e deveres individuais e coletivos, que **"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"**, e que **"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem"**. Mais adiante, no inciso IX, vê-se consagrada a abolição da censura, estatuidando-se **"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença"**. Ressalte-se limitação óbvia e constitucionalmente prevista no inciso seguinte, de que **"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano**

(13) PEREIRA, Moacir, *op. cit.*, p. 27.

**material ou moral decorrente de sua violação"**.

O inciso XIV prevê, de maneira inquestionável, que **"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"**. No que tange à prestação de informações ao cidadão por parte do Estado, encontra-se albergado no inciso XXXIII que: **"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"**.

Mister pinçar ainda a figura inovadora do habeas-data criação do direito brasileiro, esteiada no inciso LXXII, instrumento possibilitador da obtenção, por parte de qualquer pessoa, de informações a ela relativas, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou mesmo para a retificação desses dados. Percebe-se a importância deste instrumento democrático merecedor de curial atenção por parte dos doutrinadores para eficaz aplicação no cotidiano dos brasileiros. (14)

Finalmente, faça-se menção aos artigos 220 usque 224, componetes do Capítulo consagrado à Comunicação Social os quais perfilham o arcabouço sistematizador da política de comunicação a ser adotada no país.

Arrematando a exposição, pode-se constatar que é uníssono o sentimento de que se deve lutar por uma política de comunicação democrática, a fim de se ter concreta a possibilidade de se pôr a limpo a atuação do Estado, através da fiscalização do poder. A informação é

(14) "As Constituições da Espanha (art. 18) e de Portugal (art. 35) dispõem, respectivamente, sobre o controle do uso da informação e sobre o direito de conhecer o que constar de registros informáticos a seu respeito, mas nenhuma delas e nenhuma outra criou um meio específico de invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos" consoante esclarece José Afonso da Silva *op. cit.*, p. 27.



um direito social, devendo estar a serviço da população, e não um instrumento de manipulação do poderio político, massas qualquer manifestação contrária, inviabilizando uma real formação de opinião pública. A democratização da informação poderá promover uma vigilância sobre a atuação do Estado, e consonante a estes acontecimentos que culminaram com o inédito "impeachment" do Presidente da República, influir nos mais importantes destinos da Nação. E, numa Nação subdesenvolvida como a nossa, este poder é o único fator que separa a liberdade do autoritarismo.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. CAPELATO, Maria Helena R. *Imprensa e História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1988.
02. MELO, José Marques. *Comunicação: Terra e Política*. Rio de Janeiro: Sumus Editorial, 1985.
03. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1988.
04. PEREIRA, Moacir. *A democratização da Comunicação*. São Paulo: Global Editora, 1987.
05. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
06. SOARES, Orlando. *Direito de Comunicação*. Rio de Janeiro: Konfino Ed., 1987.

## SOLO CRIADO E DIREITO DE SUPERFÍCIE

**Leilyanne B. Feitosa**

Procuradora do Município

Consultora da União dos Vereadores do Ceará

**SUMÁRIO:** - I - Introdução; II - Possibilidade de Separação entre direito de propriedade e direito de construir; III - Solo criado como instituto conseqüente a cisão direito de propriedade x direito de construir; IV - Direito de superfície, outra conseqüência do direito de propriedade x direito de construir; V - Conclusões; VI - Bibliografia.

### **1 - INTRODUÇÃO**

O presente trabalho é uma pequena mostragem da necessidade de solucionarmos os problemas urbanos, nas suas mais gritantes disparidades. Tendo como finalidade precípua, questionar conceitos seculares, para desmontá-los e adaptá-los à nossa realidade fática, bem como vislumbrarmos em novos e antigos institutos jurídicos, fontes alternativas de solução para os males das cidades.

No início, abordamos de forma sucinta a propriedade e seu evolver conceitual, delimitando o espaço da propriedade na atualidade, implicando numa real necessidade de romper com conceitos clássicos, adotando a postura de separação entre direito de propriedade e direito de construir.

Em segundo momento, abordamos o tema "solo criado" como instituto decorrente da sobredita cisão, explicitando seu conceito,

sua aplicação em países estrangeiros, e finalmente a adoção do mesmo como mecanismo propulsor em combater os problemas urbanísticos brasileiros.

No terceiro momento teceremos breves comentários ao antigo instituto "Direito de Superfície", fazendo-se mister referida alusão em virtude de ser mais um instituto concernente à separação do direito de construir do direito de propriedade, adotando-o na modernidade como mais uma forma posta para os urbanistas de solucionarem os problemas urbanos.

Outrossim, embora o prefalado instituto não tenha sido adotado pela legislação pátria, grandes são suas potencialidades, bem como a probabilidade de no presente momento ser inserido em nosso ordenamento.

Finalizamos nosso trabalho, tecendo algumas considerações sobre os temas, concluindo o necessário neste primeiro momento, para reputarmos a adoção dos referidos institutos, como fontes assecuratórias de um processo mais justo de utilização da propriedade urbana, principalmente no que tange ao cumprimento da função social da propriedade.

## **2 - POSSIBILIDADE DE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO DE CONSTRUIR.**

O direito de propriedade é mais um fruto de origem romana inserido nas legislações ocidentais com o marco do liberalismo codificado em momento de apogeu da propriedade enquanto direito subjetivo, impossível de sofrer limitações, restrições ou quaisquer vinculações ao caráter individualista absoluto da propriedade.

Destarte, percorreu a humanidade ao longo dos tempos em eterna busca pelo poder advindo das propriedades, implantando-se com o egoísmo dos detentores das sobreditas, as malfadadas situações no presente enfrentadas.

Contudo, decorrente do mau uso da propriedade, padece hoje toda a humanidade pela prática abusiva de alguns em detrimento de outros, onde o individual tinha primazia sobre o coletivo.

Com o advento do Estado Social, houve por parte do poder público imposições de caráter administrativo, de natureza civil, ao direito de propriedade, eram as famosas limitações administrativas e restrições de vizinhança, que, com seu caráter meramente negativo, atuavam com o único propósito de coibir maus usos da propriedade, evitando não prejudicar o direito de outrem. Em razão disto, foram insuficientes para dirimir os problemas sociais e fazer cumprir a real finalidade da propriedade, qual seja a de cumprir com a sua "função social".

Modernamente, mudou-se substancialmente o conceito de propriedade, por não ser condizente com a nova realidade. A propriedade larga seu caráter absolutista, e incorpora a feição de propriedade com o dever de cumprir com a sua função social.

Em verdade, o direito de propriedade pode ser visto como o instituto jurídico que maior transformação sofreu ao longo dos tempos. (1) Sendo na atualidade, felizmente colocado em prol da coletividade, preponderando o coletivo sobre o individual.

O direito de propriedade positivado em nosso ordenamento no art. 524 do CC, choca-se frontalmente com a atual concepção de propriedade função-social, haja vista que no momento da codificação o individualismo estava no ápice, e havia um descaso para com o coletivo.

As mudanças sociais, e o evolver da sociedade modificaram tais posições, invertendo o que outrora encontrava-se no topo, para uma posição de total rebaixamento, e quem se encontrava embaixo merecedoramente erguido.

Mister, se faz ressaltar, que a simples inversão e positivação da nova concepção de propriedade, não automatiza sua mudança, se não houver a ruptura com alguns conceitos clássicos implantados nas

(1) SOUZA, Junia Verna Ferreira de. *Temas de Direitos Urbanísticos 2*. São Paulo, p. 148.

mentos dos proprietários, e principalmente dos nossos magistrados, que são os verdadeiros propulsores das mudanças, os verdadeiros produtores do direito.

Muitos dos nossos entraves são decorrentes dos conceitos de "domínio", transplantados do direito romano para o nosso, e que vigoram até o presente momento na sua estagnação, como se ao longo do tempo, em virtude da constante interação entre o mundo e o homem, o dinamismo e a evolução da sociedade pudessem continuar a serem tratados dentro dos mesmos moldes anteriormente colocados.

Urge, portanto, romper com tais conceitos, não podendo mais continuarem a subsistir em razão da nova ordem implantada. Por tais razões, o direito de construir, que era visto como prerrogativa inerente ao direito de propriedade, encontra na atualidade óbices, em virtude da necessidade de rompimento com o clássico, para dar vazão à função social da propriedade.

Destarte, não pode mais o direito de construir ser ilimitadamente exercido, pois não condiz com a realidade. Seu porte de atuação encontra-se condicionado à função social da propriedade. O direito de construir deixa de ser visto como prerrogativa inerente ao direito de propriedade, ou seja, deixa de ser ilimitadamente exercido, para encontrar sua moldura de atuação na função social da propriedade. Isto é mais que natural, haja vista que o próprio "direito de propriedade" não é mais um direito absoluto, nem tampouco poderá ser exercido ilimitadamente. Portanto, o direito de construir será igualmente limitado, não podendo mais ser irrestritamente exercido.

A cisão entre direito de propriedade e direito de construir é consequência lógica do novo conceito de propriedade, sendo operada no intuito de beneficiar toda a coletividade. Sendo importante ressaltar que com tal cisão, não se trata de retirar do proprietário a fruição de seu direito para satisfazer suas necessidades, contudo o gozo de tal direito deverá harmonizar-se com os direitos (interesses) da coletividade, pois só deste modo não haverá confrontos e descumprimento ao

preceituado em nossa Carta Magna.

### 3 - SOLO CRIADO COMO INSTITUTO CONSEQÜENTE À CISÃO DIREITO DE PROPRIEDADE X DIREITO DE CONSTRUIR

Com a necessária separação do direito de construir do direito de propriedade, surge o "solo criado", como algo novo que intenciona regular o uso do solo urbano de maneira mais benéfica, harmonizando as prerrogativas dos proprietários com os interesses coletivos, no intuito de ser mecanismo garantidor do cumprimento da função social da propriedade, assegurando a utilização da propriedade individualmente, sem dissociar-se do bem-estar geral da comunidade.

Como anteriormente mencionado, o mau uso das propriedades levaram às situações ora enfrentadas, e a realidade tornou-se tão opressora que toda a coletividade clama por soluções adequadas, para findarem com tamanho sofrimento. O exagerado crescimento das cidades, a fragmentação do solo urbano, o atropelo das necessidades mais básicas da coletividade introduziram a necessidade de um planejamento adequado das cidades, onde houvesse o ordenamento do uso e ocupação do solo urbano, fixação do volume de edifícios, densidade populacional, usos específicos, enfim, um plano tendente a organizar e harmonizar as cidades visando o bem-estar geral.

O plano urbanístico operacionaliza-se através da "legislação de zoneamento" que fixa os índices urbanísticos, dividindo a cidade em zonas, delimitando o fim (usos) específicos em cada zona.

No sentido de organizar as cidades, as legislações urbanísticas estabelecem os índices urbanísticos, dentre os quais interessam ao trabalho em tela, os denominados de "taxa de ocupação" e "coeficiente de aproveitamento", que se referem respectivamente à área do terreno que será ocupada pela construção, e a relação entre a área total de construção e a área do lote.

Com a adoção dos supra-mentionados índices, embora no intuito de organizar e planejar melhor a cidade, implanta-se concomitantemente uma desigualdade gritante, entre os diversos proprietários do solo urbano. Isto decorre da valorização diversificada dos terrenos, em decorrência do estabelecido pelos índices, onde dependendo da localização dos referidos terrenos, poder-se-á ter um maior ou menor volume de construção.

Outrossim, sem nenhuma participação do proprietário, o mesmo auferirá os lucros da valorização de sua propriedade em detrimento de toda coletividade, sem ter contribuído em nada para a valorização da mesma. O solo urbano é valorizado devido a uma constante atuação do poder público e de alguns segmentos da coletividade que propulsionam a especulação e valorização em determinadas áreas, elevando desenfreadamente o preço dessas propriedades, proporcionando para os ditos proprietários, enormes possibilidades de gozar e dispor sem nenhuma contrapartida, daquilo que eles nada contribuíram para valorizar. Em razão disto, ocorre o rareamento do solo urbano, devido aos proprietários ficarem estagnados na espera da valorização de suas propriedades, conduzindo a um mau uso dessas propriedades, em virtude de não serem proporcionadas para toda coletividade, gerando cada vez mais a especulação imobiliária, dificultando o bem-estar geral, e o próprio cumprimento da função social da propriedade.

Por estas razões é que surge o "solo criado", como instituto conseqüente à necessária cisão entre direito de propriedade e direito de construir, surgindo como seu antecedente lógico a adoção do chamado "coeficiente único de aproveitamento", que age no intuito de nivelar, equiparar todos os proprietários, colocando-os em pé de igualdade, evitando o desequilíbrio no que tange ao volume de construção e conseqüente valorização dos respectivos terrenos. Através do "coeficiente único de aproveitamento", todos os proprietários são igualados no "direito de construir" em proporção direta aos tamanhos

de seus terrenos. Em nenhum momento, cogitamos em arrebatrar dos proprietários o seu "direito de construir", contudo, não deverá ser tal direito, visualizado como prerrogativa absoluta inerente à propriedade, podendo ser exercido ampla e ilimitadamente, como se a propriedade fosse um simples direito individual. Na atualidade o referido direito encontra-se emoldurado pelo dever de cumprir com sua função social, pois é a propriedade hoje um direito-dever. Esta bilateralidade é algo que jamais deveria não ter sido exercida, pois a todo direito corresponde um dever, não podendo a propriedade ser exceção. (2)

A adoção do "coeficiente único de aproveitamento" não dispensa as regras de zoneamento, muito pelo contrário, pois cada vez mais se faz necessário um planejamento e ordenamento adequado do uso e ocupação do solo urbano, contudo, tais regras mostraram-se insuficientes para dirimir certos problemas sociais, bem como garantir o cumprimento da função social da propriedade, decorrendo desta forma o surgimento de mais um mecanismo, necessário para fazer cumprir a função social da propriedade.

Os proprietários são equiparados, e são condicionados nas suas construções ao estabelecido pelo "coeficiente único de aproveitamento", ficando impedidos de construir irrestritamente, não gozando do direito de construir de igual forma. O proprietário que intencionar edificar mais, para auferir maiores lucros, terá de retornar algo para a coletividade, através da aquisição de direito de construir daquilo que ultrapassar ao permitido pelo coeficiente único, devendo portanto pagar pelo excesso construído, de forma a manter o equilíbrio e harmonia para com a coletividade.

Em virtude do avanço da tecnologia, da própria necessidade social, e da adoção do coeficiente único de aproveitamento, surge um novo instituto denominado "solo criado", conseqüente lógico da separação do direito de propriedade do direito de construir, demonstrando que toda edificação excedente ao limite estabelecido

(2) GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos Jurídicos do uso do Solo Urbano*. Fortaleza, p.58..

pelo coeficiente único, tratar-se-á de solo criado.

Solo criado será pois, toda edificação para cima ou para baixo, em áreas adicionais de piso utilizável, construídos artificialmente, proporcionando a utilização maior do que a do terreno natural. Solo criado é toda codificação acima do coeficiente único, quer se trate de ocupar o espaço aéreo, quer ocupe o subsolo.

Através do solo criado, separamos o direito de construir do direito de propriedade, limitando o direito subjetivo do proprietário ao limite previsto no coeficiente único. Devendo o proprietário respeitá-lo e cumpri-lo, edificando livremente somente até o limite imposto, pagando conseqüentemente pelo excesso desejado, restituindo à coletividade o equilíbrio necessário por um maior adensamento. Estabelece o coeficiente único a moldura jurídica do direito de construir, bem como concede iguais possibilidades de edificações para os proprietários.

O solo criado engloba a necessária adoção do coeficiente único para limitar o direito de construir dos proprietários, impõe a vinculação a um sistema de zoneamento rigoroso, através de legislação rigorosa que concedam aos proprietários um mínimo de segurança e inalterabilidade nas condições de suas propriedades, necessária cisão entre direito de propriedade e direito de construir, com a real possibilidade de transferência do direito de construir, que pode ser transacionado através de qualquer negócio jurídico, assegurando equilíbrio e harmonia para a coletividade, gerando proporcionabilidade entre solos públicos e privados.

### 3.1 - Aplicação do solo criado em alguns países estrangeiros

O instituto vem sendo amplamente utilizado em alguns países da Europa, em virtude do problema da verticalização das cidades e o crescimento exagerado das mesmas terem conduzido a problemas que precisam mais que rapidamente serem freados.

Em verdade, em alguns países o rompimento com os conceitos mais arraigados sobre o domínio, já foi exercido, vigorando na atualidade uma ampla e total separação entre o direito de propriedade e o direito de construir.

Na França, foi estabelecido o chamado "teto legal de densidade" fixado pela Lei 1.328/75, onde o direito de construir subordina-se ao interesse coletivo. Sendo rigorosamente cobrado do beneficiário toda edificação superior a permitida pelo teto. O referido país visa reprimir o excesso de edificação, e concede para a coletividade a primazia de seus interesses.

Nos Estados Unidos, o instituto foi bastante utilizado, principalmente no plano de Chicago "Space adriff", que visava preservar o patrimônio histórico da cidade de Chicago, não permitindo edificações que alterassem os referidos patrimônios; por conseqüência, os proprietários, impossibilitados em edificar nas áreas delimitadas, eram remanejados para outras áreas, proporcionando nas mesmas edificações que não ocorreriam caso não fosse praticado tal instituto.

Na Itália é onde encontramos a mais nítida separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, sendo rigorosa referida separação, limitando totalmente os direitos dos proprietários, ao estabelecido nos planos e legislações urbanísticas, havendo, dependendo do que for traçado nos planos, até imposição de edificar.

Embora nossa mostragem tenha sido breve, serve para constatar a adequação do instituto a cada realidade vivida, sendo utilizado pelos países que o adotam com o real propósito de minimizar com os problemas mais gritantes das cidades, e revelando-se sempre como um mecanismo posto as mãos dos administradores para agirem em prol da coletividade.

### 3.2 - Solo criado como alternativa para solucionar os problemas urbanos brasileiros

No Brasil, sem dúvida alguma, o instituto terá grande valia se for utilizado corretamente, e com fins especificamente urbanísticos.

A realidade brasileira é bastante conhecida por todos nós, e carece de soluções emergentes em razão da insustentabilidade das situações.

As cidades brasileiras, na sua grande maioria, devido a própria densidade demográfica do país, cresceram desordenadamente, umas enfrentando mais cedo os problemas urbanos e outras não. Contudo na atualidade, é geral a necessidade de se encontrarem soluções adequadas para as disparidades e crueldades sociais enfrentadas por todos nós.

A população cresce, a cidade cresce, e as propriedades são as mesmas, não oferecendo a mesma vazão de crescimento, a não ser em decorrência de um maior aproveitamento proporcionado pelos avanços tecnológicos, que acabaram gerando os problemas enfrentados.

O nosso país atravessa, no presente momento, uma crise muito forte em vários setores, principalmente nos setores econômico e político; este último tem gerado para a sociedade um verdadeiro descrédito nas instituições e uma falta de esperança de modificação do "status quo".

A classe dominante impõe seus interesses e dirige o país segundo os seus propósitos, deixando ao esquecimento a grande maioria da população, no que tange à realização de suas mais primárias necessidades.

Os grandes proprietários urbanos, especularam e especulam à vontade, construíram e constróem como bem lhe aprouverem, lucram insaciavelmente e esgotam todas as possibilidades de se exercer a famosa "justiça social".

As cidades incham em igual ou até mesmo menor proporção

ao inchaço das contas bancárias dos sobreditos, não há por parte destes nenhuma preocupação em restabelecer a harmonia e o equilíbrio das cidades, implantam o caos e o poder público que venha a arcar com o dever de conceder condições mínimas nas áreas mais adensadas. Isto verdadeiramente, é um abuso econômico, é um ultraje aos deveres de justiça, é uma agressão aos seres humanos, e um descaso para com os princípios basilares assegurados em nossa constituição.

Outrossim, o instituto do "solo criado" vem sendo utilizado em algumas de nossas cidades distorcidamente, erroneamente, tornando-se não uma arma de combate aos problemas urbanos, e sim mais um objeto posto à mão dos administradores, que infelizmente, em sua grande maioria, são manipulados e marionetados pelo poder econômico.

Desta forma, o instituto que já foi amplamente discutido, que possui um documento concreto e bem elaborado a nível doutrinário, que pode servir de supedâneo para a sua positivação, caminha na mesma lentidão que o "Direito Urbanístico" como um todo, face à legislação brasileira.

Em verdade, não só através da "Carta de Embu", mas de toda nossa realidade, seria fácil positivar o instituto do "solo criado", pois como anteriormente descrito, tal instituto é facilmente adaptável a cada realidade.

O Brasil só não deve utilizar o referido instituto, como mais uma forma de captação de recursos para os cofres públicos, pois a presente realidade não condiz com mais esta máscara, utilizar o instituto com fins tributários é francamente um enorme passo para que o instituto malogre, e com certeza tenha a desconfiança e a não aceitação por parte da população.

Estamos caminhando com muita lentidão em relação ao Direito Urbanístico, e por conseqüência o povo como um todo não tem uma consciência real dos problemas enfrentados, falta para os mesmos as verdadeiras noções, o verdadeiro conhecimento para o final que

estamos caminhando, e são por esses motivos que a implantação do instituto com natureza tributária iria condicionar os indivíduos a não o praticarem, pois diante desta nova tributação, com certeza comprometeria o êxito do instituto.

A necessidade do instituto positivado decorre das disparidades vivenciadas por todos nós com relação às práticas urbanísticas, que tripudiam diante do social, e acabam por descumprir o mínimo necessário para garantir uma coexistência saudável a nível de cidade. Salutar se faz explicitar que não entendemos o instituto como algo que resolverá os problemas sociais, não é este o seu propósito, e deve o instituto ater-se a minimizar os problemas da cidade, sendo no conjunto um elemento que acabará por solucionar alguns problemas sociais, mesmo que de forma indireta.

#### **4- Direito de superfície, outra consequência da separação do Direito de Propriedade do Direito de Construir**

O direito de superfície não é um instituto novo tal como o solo criado. Foi utilizado em Roma, quando o Estado concedia aos particulares terrenos para pequenas construções. Tratava o Estado de ficar com a propriedade do solo, concedendo o *usus* para os particulares.

O instituto caiu no esquecimento no momento da codificação da propriedade, em virtude de nada poder vincular ou limitar a sobredita. Na atualidade foi remodelado para ser reinserido em várias legislações como na Itália, Alemanha, Espanha, Suíça e outras. Todos esses países vislumbram no Direito de Superfície uma possibilidade para solucionar os problemas urbanos, e o readaptaram adequadamente a cada realidade, para que o mesmo atuasse solucionando os problemas.

O prefalado instituto é outro efeito lógico da cisão entre o direito de propriedade e o direito de construir, é um rompimento com as faculdades elementares do domínio, rompendo definitivamente com os conceitos clássicos que só obstaculizaram o cumprimento da função

social da propriedade.

Ao ser constituído o instituto cinge as faculdades elementares do domínio, ficando o solo no poder do proprietário, e aparecendo a superfície completamente desvinculada no poder do superficiário.

O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, onde o proprietário concede para outrem o direito de manter construção ou plantação por um determinado tempo desde que se cumpram todas as condições pactuadas no momento da avença. Devido ser o instituto um consequente lógico da cisão entre o direito de propriedade e o direito de construir, automaticamente separam-se a propriedade do solo da propriedade da superfície, rompem-se definitivamente com regra oriunda do conceito de domínio, que compreende que tudo que se encontra sob a superfície pertence ao solo. Criam-se duas figuras: a do "concedente" que é o proprietário do solo (*dominus soli*), e a do "cessionário" que detém a superfície, por isto denominado de superficiário.

O instituto é constituído tanto a nível gratuito como oneroso, sendo a regra o pagamento de uma pensão periódica, que é um ônus real, pago mensal ou anualmente. Os países que o adotam estipulam em regra um prazo para reversão da propriedade, oscilando em 70 e 99 anos, operando durante este período direitos completamente autônomos, transmitidos "inter-vivos" e "mortis-causa", sendo o superficiário respeitado em sua propriedade, valendo-se de todos os meios judiciais para defender sua superfície, enfim agindo livremente na parte que lhe cabe.

O direito de superfície não foi acolhido por nossa legislação, contudo encontra-se previsto no projeto de Lei 775/83, nos arts. 21 e 28, que de certa forma é um começo, mesmo que insatisfatório.

No Brasil, a adoção do referido instituto é dificultada principalmente pelos entraves que possuímos relacionados ao conceito de domínio.

Contudo, é o referido instituto bastante flexível e portanto



fácil de ser convencionado e exercido pelos interessados em prol de toda a coletividade. Não há satisfação a nível de proprietário e superficiário somente, toda a coletividade goza da utilização do instituto, em virtude de serem ofertadas propriedades que jamais seriam postas à disposição se não houvesse para os proprietários uma forma de valorizar sua propriedade a longo prazo, bem como a possibilidade para aqueles que não possuem propriedades bem localizadas, de usufruírem de forma menos onerosa do privilégio de tais áreas.

Embora o instituto não tenha sido adotado pela legislação pátria, serviu de base para a adoção da "concessão de direito real de uso", que se encontra positivada nos arts' 7º e 8º do Decreto-lei nº 271/67. A concessão é muito assemelhada ao direito de superfície, pecando na sua positivação principalmente pela timidez de seus preceitos, bem como pela falta de segurança concedida aos pretensos concessionários.

## 5- Conclusões

5.1 - Não há mais como atrasar a fiel e ampla aplicação da função social da propriedade, é princípio que não deve ser esquecido em nenhum momento em decorrência da própria necessidade social.

5.2 - Separar o direito de propriedade do direito de construir é também outra necessidade, contudo, não deve ser visto como uma imposição, e sim como uma mudança necessária ao rompimento com os conceitos clássicos que não se adequam mais à nova realidade.

5.3 - Romper com a tradição, com o clássico, não é tão simples quanto parece, nem tão rápido quanto se escreve, mais é constante e perseverante tarefa a ser praticada por todos nós, no intuito de conquistar um possível amanhã.

5.4 - Tudo que puder ser feito no intuito de minimizar os problemas urbanos e sociais, ainda será pouco, portanto não se deve afastar nenhuma possibilidade antes de pelo menos tentar.

5.5 - Transplantar qualquer dos institutos urbanísticos

aplicados na Europa para o Brasil, sem uma perfeita adequação à nossa realidade, de nada nos servirá, pois é chegada a hora de caminharmos por nós mesmos, errarmos se for preciso, contudo crescermos com os nossos erros.

5.6 - O solo criado é instituto viável à nossa realidade, desde que priorize os problemas urbanísticos, volte-se incisivamente para solucionar os mesmos. Utilizar o instituto da melhor forma, será não aplicar ao mesmo o caráter tributário, por motivos da falta de consciência da nossa própria população, no que tange aos problemas urbanísticos.

5.7 - O descrédito da nossa sociedade face a nossa classe política, não condiz de igual forma, na positivação do instituto com caracteres de tributo, pois haverá uma repulsão natural por parte da população, em virtude da não confiança do emprego do dinheiro por parte dos administradores em prol da coletividade.

5.8 - A adoção do coeficiente único de aproveitamento é medida realmente sábia, pois além de equiparar os proprietários do solo urbano, conduzirá a um fim da especulação e mau uso do solo, evitará o rareamento do mesmo, e proporcionará para a coletividade uma possibilidade de coexistência mais saudável.

5.9 - Todo começo é sempre difícil, mais o importante é começar. Vislumbramos no solo criado alternativa de solução para os problemas, mas não esquecer que sozinho não seria ele capaz de tudo resolver, pois nada resolve tudo, contudo mais vale algo fazer do que nada fazer.

5.10 - O Brasil precisa melhorar seu aprendizado com relação ao direito urbanístico, e desenvolvê-lo melhor. A demora já revela as más conseqüências. Mister, se faz o evolver de nossas consciências, e principalmente a tomada de consciência.

5.11 - O princípio maior é o da "função social da propriedade", tudo que se relacionar à propriedade deve estar atrelado ao dever de cumprir com a função social. Portanto, os proprietários não devem esquecer a sua obrigação positiva, de agirem em prol da

coletividade. Não há mais espaço para o individualismo, e portanto os limites impostos ao direito de construir são presentemente necessários.

5.12 - Toda ocupação do solo urbano interessa à coletividade, portanto todo excesso de construção deve ser pago pelo beneficiário, de forma a garantir o equilíbrio e harmonia social. Os valores pagos devem ser aplicados diretamente nas áreas mais adensadas. O importante é priorizar os problemas urbanos, solucionando-os na medida do possível.

5.13 - A falha de legislações federais para tratar os temas urbanos, conduzem às disparidades enfrentadas, devendo mais que rapidamente os institutos abordados em tela, terem pauta na legislação federal. Isto para não incorrer na prática distorcida dos mesmos, e não utilizarmos os referidos institutos com fins divergentes aos almejados.

5.14 - Tanto o "solo criado" como o "direito de superfície" podem ser utilizados para o combate dos problemas urbanos brasileiros, contudo devem moldar-se à nossa realidade, devem priorizar os problemas urbanos, devem ser juridicizados adequada e rigorosamente, para atender com satisfação aos clamores da coletividade.

## 6 - Bibliografia

**CASTRO**, José Nilo. *Direito Municipal Positivo*, 2ª Ed., Belo Horizonte: S. J. Del Rey, 1991.

**GOMES**, Orlando. *Direitos Reais*. Tomo I, 2ª Ed., Rio-São Paulo: Forense, 1962.

**GRAU**, Eros Roberto. *Aspectos Jurídicos da noção de solo criado*. In: *Revista dos Tribunais*, 50431977.

\_\_\_\_\_. *Direito Urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano*, São Paulo: RT, 1983.

\_\_\_\_\_. *A Outorga onerosa do Plano Diretor de São Paulo: Ônus e não obrigação*. In: *Revista Pensar*, 77 / 1992.

**GUERRA**, Maria Magnólia Lima. *Aspectos Jurídicos o uso do solo urbano*. Fortaleza, 1981.

**MARTINS**, Ives Grandra da Silva. Coord. *Estudos sobre o amanhã: A Desconcentração econômica no Brasil*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1978.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 5ª Edição, São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª Edição, São Paulo, 1990.

**PESSOA**, Alvaro. *Direito do Urbanismo: Uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

**SILVA**, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: RT, 1981.

**SOUSA**, Junia Verna Ferreira. *Solo Criado: Um caminho para minorar os Problemas Urbanos*. In: *Temas de Direito Urbanístico-2*. São Paulo: RT, 146 / 1991.

## **A PROBLEMÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA**

*Maria Lindaura de Lima Nascimento*  
Procuradora do Município

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. I - A DESAPROPRIAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE PROPRIEDADE.** 1) Direito de Propriedade. 2) Fundamento Constitucional da Propriedade. 3) Intervenção na Propriedade. **II - DESAPROPRIAÇÃO.** 1) Conceito. 2) Fundamento da Desapropriação. 3) Espécies de Desapropriação. **III - DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA.** 1) Noções Gerais. 2) Fundamentos da Desapropriação por Zona. **IV - A PROBLEMÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA.** 1) Inconstitucionalidade. 2) Admissibilidade. **CONCLUSÃO**

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende atender exigências do Curso de Mestrado em Direito, na disciplina Desenvolvimento e o Aparelhamento Institucional, do Prof. Valmir Pontes Filho, em que o mestrando escolhe um tema para desenvolver.

Em face disso, a mestranda procurou inserir o princípio de supremacia constitucional, objeto de estudo da disciplina ao tema de sua dissertação do mestrado: *DESAPROPRIAÇÃO URBANA*. Resultando daí o tema do presente trabalho: *A PROBLEMÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA*.

Para chegarmos ao cerne da questão não poderíamos deixar de tecer algumas considerações sobre o direito de propriedade, seu fundamento constitucional e a intervenção na propriedade.

A nossa constituição deu uma conceituação *lato sensu* de propriedade, diferentemente da conceituação que é dada pelo direito privado, por este motivo, existem diversos meios de intervenção na propriedade e dentre os mesmos encontramos a desapropriação.

No capítulo seguinte trataremos da desapropriação, quanto ao conceito, fundamento e suas espécies.

A desapropriação por zona constitui, na classificação de Adilson Dallari uma das espécies da desapropriação ordinária. Em seguida colocaremos a questão da supremacia da Constituição no que concerne à desapropriação para revenda.

## **I - A DESAPROPRIAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE PROPRIEDADE**

### **1. O DIREITO DE PROPRIEDADE**

O direito de propriedade são os contornos, os limites dados pelo sistema jurídico no qual o instituto da propriedade está inserido.

Por este motivo o direito de propriedade de um país comunista não poderá ser igual ao de um capitalista.

No nosso sistema jurídico o direito de propriedade é visto sob dois aspectos: sob o ângulo do direito civil e nas relações com o poder jurídico. No primeiro não passa de um direito subjetivo, inclusive o Código Civil Brasileiro no seu artigo 524, diz que "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

Por conta disto, Orlando Gomes assinalava como traços distintivos do direito de propriedade seu caráter absoluto, exclusivo e perpétuo. Mas, atualmente, não se pode atribuir estes caracteres à propriedade, porque a sociedade mudou.

Antes da Revolução Industrial, e ainda alguns anos depois, a sociedade era predominantemente rural, mas com o perpassar dos

tempos, em virtude da oferta de melhores salários, por causa da escassez de mão-de-obra, há uma corrida para os centros urbanos. Então era necessário limitar os poderes dos proprietários. É preciso que seja dada à propriedade uma função social.

A função social a que alude a nossa Constituição não significa "socialização" da propriedade privada, apenas diminui os poderes dos proprietários.

## 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE

A constituição dá uma conceituação de propriedade em sentido *lato*, diferentemente do que ocorre no direito privado. Isto ocorreu em virtude do desenvolvimento. Hoje existem bens que não são coisas corpóreas, mas que são tão valorizadas quanto estas, ou muito mais, então cabe ao Estado protegê-los da mesma forma que as coisas materiais, porque também constitui um patrimônio.

"A propriedade torna-se, portanto, o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a existência da proteção constitucional: é impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco". (1)

À primeira vista, o regramento constitucional parece-nos constituir meios para o Estado intervir na propriedade privada, mas, na realidade, o seu significado é outro, conforme vimos no parágrafo anterior, constitui uma proteção contra o Estado que a propriedade passou a ter garantia, uma vez que o Estado só poderia intervir nos casos previstos na Constituição. Afora estes casos o proprietário poderá ficar tranqüilo, diferentemente do que ocorria no Estado Absolutista.

A nossa Constituição trata desse instituto no capítulo concernente aos "Direitos e Garantias" e também no referente à Ordem Econômica e Financeira.

Notamos que os constituintes tiveram uma preocupação muito grande em precisar o instituto da propriedade e fixar-lhe os contornos para segurança dos proprietários. Segundo Celso Ribeiro Bastos isto ocorreu para "repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito do particular, ela seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever". (2)

Com relação ao que estava disposto no capítulo dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o art. 5º garante a individualidade, entre outros direitos, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, do direito à propriedade. No mesmo artigo, inciso XXIII diz que a propriedade atenderá a sua função social.

Conforme vimos a Constituição garante o direito da propriedade individual e ao mesmo tempo diz que ela deverá atender a sua função social, esta colocação é devido a uma concepção liberal. Pois entendiam os adeptos do liberalismo, que a propriedade particular, quando fosse ser desenvolvida, estava ao mesmo tempo beneficiando a coletividade.

## 3. INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE

"Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do poder público que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos denominados privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma determinada destinação de interesse público".

Essa intervenção se fundamenta no fato de que o interesse da coletividade deve estar acima dos interesses individuais. A nossa Constituição assegura o direito da propriedade privada por entender que através do desenvolvimento das atividades privadas se estabeleça o bem-estar social, mas quando isso não for atingido, caberá ao Estado intervir na propriedade.

Mas o Estado não pode intervir quando bem entender, pois

se assim fosse o artigo 5º XXII da C.F. seria letra morta. Por conta desse dispositivo constitucional, a intervenção deverá ser fundamentada na necessidade pública, ou na utilidade pública ou interesse social, mas este fundamento há de vir expresso em Lei Federal.

Como a Constituição dá um conceito *lato sensu* de propriedade, se estabelecem diversos meios de intervenção e, entre estes, a desapropriação se constitui um deles.

Sendo que, em relação à desapropriação somente à União compete privativamente legislar sobre este instituto.

Quanto à execução e regulamentação das leis referentes à desapropriação, podem ser feitas tanto pelos Estados-membros como pelos Municípios desde que respeitem os limites de sua competência territorial e institucional.

## II - DESAPROPRIAÇÃO

### 1. CONCEITO

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o instituto de Desapropriação sob dois aspectos: um sob um ângulo teórico e o outro sob a luz do direito positivo brasileiro. Quando ao primeiro aspecto, diz ele: "desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público compulsoriamente despeja alguém de sua propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundada em síntese pública".

Já à luz da Constituição Brasileira, entendemos como um ato compulsório do Poder Público para trazer para si um patrimônio particular, o que faz pela necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, (art. 5º. XXIV C.F.) quando não se tratar de imóveis rurais, pois se tratando de desapropriação por interesse social, para fins de Reforma Agrária, a indenização será em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real (art. 184 C.F.).

Daí dizer-se que, no Brasil, existem dois tipos de desapropriação, uma fundada no art. 5º, XXIV da Constituição Federal, que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de desapropriação tradicional, e o outro tipo é a desapropriação para fins de reforma, de acordo com o art. 184 da Constituição Federal.

### 2. FUNDAMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação fundamenta-se em normas constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal trata de dois tipos de desapropriação, que os doutrinadores chamavam de ordinária e extraordinária.

A desapropriação ordinária vem inserida no texto constitucional no capítulo "dos direitos e deveres individuais e coletivos", mais precisamente no artigo 5º, XXIV, que esclarece o seguinte: "A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro...".

A desapropriação extraordinária vem tratada no artigo 184 da Constituição Federal, com o seguinte teor: "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A desapropriação ordinária poderá ser declarada pela União, Estados-Membros como pelos Municípios, o que será feito mediante lei ordinária. Daí dizer-se que o instituto da desapropriação tem fundamento infraconstitucional.

Além dessas normas constitucionais a lei ordinária também tem disciplinado os conceitos em que se alia o direito expropriatório

estabelecendo a forma, os casos e o procedimento do ato administrativo.

A lei 3365/41, por exemplo, estabelece os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública; a Lei 4.132, de 10.09.1962, enumerou, de maneira ampla, os casos de desapropriação por interesse social.

### 3 - ESPÉCIES DE DESAPROPRIAÇÃO

Em direito, um objeto é distinto de outro, quando estão submetidos a regimes jurídicos diferentes.

O artigo 5º, XXIV da Constituição Federal trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

Embora pareçam tipos diferentes de desapropriação, porque cada um tem fundamento legal distinto, exceto a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, que, segundo R. Limongi França são expressões tomadas como sinônimos pelo sistema jurídico, não são pelo fato de terem o mesmo regime jurídico.

Sérgio de Andréa Ferreira, Fernando Andrade de Oliveira, Oscar Barreto e Cretella Júnior não só asseveram inutilidade de qualquer distinção entre necessidade e utilidade pública como, principalmente, ressaltam que algumas das hipóteses que figuram numa lei como casos de interesse social, figuram também em outra lei como casos de utilidade pública, e vice-versa. Vale dizer, diante de certos fatos concretos, caberá à administração ou alegar interesse social ou alegar utilidade pública, indistintamente, pois o mesmo fato se enquadra em ambos os motivos legais. Cretella Júnior, inclusive, exemplifica com a salubridade pública que figura como necessidade pública no Código civil, utilidade pública no Dec-Lei n. 3.365 e interesse social na Lei n. 4.132. (4) pág. 19 Adilson Dallari.

Conforme já foi comentado, a desapropriação baseada no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, seja por utilidade pública ou

por interesse social, o regime judiciário será o mesmo. O que não ocorrerá na desapropriação por interesse social, apesar da expressão ser a mesma, baseada no artigo 184 da Constituição Federal.

Em face disso, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello diz que existem dois tipos de desapropriação. Uma que se fundamenta no artigo 5º, XXIV e a outra no artigo 184 da Constituição Federal.

Com essa classificação concordou Adilson de Abreu e Diógenes Gasparini. A desapropriação, fundada no artigo 5º, XXIV chamou de ordinária e a outra de extraordinária. Desapropriação ordinária, é aquela que é feita por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, conforme o artigo 5º, XXIV da Constituição Federal. Valendo salientar que a atual Constituição trata da desapropriação de modo mais específico e dispensa inclusive o capítulo II do título VII da Carta Magna à desapropriação para fins urbanísticos.

Quanto à desapropriação extraordinária é aquela que somente à União competirá desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, sendo declarado de interesse social o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. Com relação à indenização, será prévia e justa, mas em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de emissão, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal.

Em virtude de a desapropriação ordinária abranger situações que se fundamentam em leis distintas, muito embora o regime jurídico seja o mesmo, Adilson de Abreu Dallari completou a classificação subdividindo a desapropriação ordinária em três espécies: desapropriação por utilidade pública, que abrange os casos previstos no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365; desapropriação por zona, que abrange os casos previstos no art. 4º do Decreto-Lei nº 3.365; e a desapropriação por interesse social, que abrange os casos previstos no art. 2º de Lei nº 4.132.

Como o tema do trabalho é a "Problemática da constitucionalidade da desapropriação para revenda", no capítulo seguinte abordaremos algumas considerações concernentes a desapropriação por zona.

### III - DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

#### 1. NOÇÕES BÁSICAS

Em regra a desapropriação tem por escopo um objeto certo que sairá do patrimônio do particular para integrar o patrimônio público. Entretanto, admite-se que a desapropriação atinga uma área maior que a necessária, e este tipo de desapropriação está prevista no artigo 4º do Dec-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, nestes termos: "A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à construção da obra e as que se destinam à revenda".

A desapropriação por zona é uma figura um tanto quanto estranha dentro do direito positivo brasileiro, haja vista que nossa Constituição traz dois tipos de desapropriação, os quais alguns doutrinadores denominaram-na de ordinária e extraordinária.

A desapropriação ordinária é aquela que é motivada pela necessidade ou utilização pública, ou por interesse social, que poderá ser declarada tanto pela União como pelos Estados-Membros ou pelos Municípios.

Ademais, a desapropriação ordinária deverá abranger tão só a propriedade indispensável para a execução da obra. Diante disto como se justifica a desapropriação para revenda, tendo em vista que este tipo de desapropriação constitui uma espécie de desapropriação

ordinária, de acordo com a classificação de Adilson de Abreu Dallari ?.

Realmente, não podemos negar que a desapropriação por zona seja um figura estranha no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo vem sendo utilizado em outros ordenamentos jurídicos.

Na França, o instituto de desapropriação é conhecido desde o início do século. O direito inglês também contempla este instituto.

#### 2 - FUNDAMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

São dois os fundamentos da desapropriação por zona:

Um, permitir a realização integral e a satisfação dos grandes planos. Mas nada impede que uma nova desapropriação, ou seja, uma desapropriação motivada por utilidade pública (em sentido estrito) possa ser feita a posteriori, quando não for feita a desapropriação por zona, porque a qualquer tempo o poder público poderá alegar utilidade pública para ampliar a obra, haja vista que o interesse público prevalece sobre o particular.

Ademais, do ponto de vista temporal e de trabalho, é mais prático para o Estado proceder à desapropriação de uma só vez do que em duas ou mais vezes.

O outro, evitar valorização extraordinária de bens imóveis de particulares, em consequência de serviço público.

Com esta medida, o Estado evita tratamento desigual com os proprietários, porque às vezes uma obra poderá valorizar certas propriedades enquanto outras serão desvalorizadas.

Com efeito, do ponto de vista financeiro, o Estado fará um excelente negócio, porque indeniza pelo valor de antes da obra e revende já valorizado.

Mas, há de se argüir-se que uma das funções do Estado não é fazer especulação imobiliária.

## IV - PROBLEMÁTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA

### 1. INCONSTITUCIONALIDADE

A desapropriação por zona constitui uma modalidade de desapropriação ordinária, motivada pela utilidade pública.

O Decreto-Lei nº 3.365 estabelece o procedimento para desapropriação por utilidade pública e o artigo 4º trata da desapropriação por zona nos seguintes termos: "A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a desapropriação de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à construção da obra e as que se destinam à revenda".

Alguns doutrinadores acham que este dispositivo no que concerne à desapropriação das zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço, é inconstitucional, porque entra em choque com o artigo 145, III da Constituição Federal. Nenhuma lei terá validade quando contrariar dispositivo constitucional. A Constituição Federal é a lei suprema e todas as outras se fundamentam nela, assim uma lei não poderá ter validade quando infringir a Lei Fundamental.

Seabra Fagundes não nega a importância do Instituto da Desapropriação por zona, mas, no tocante à desapropriação de "zonas que se valorizaram extraordinariamente, em consequência da realização do serviço", acha que seja inconstitucional pelo fato de ser inconciliável com o artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, embora haja utilidade pública, tanto para evitar exploração imobiliária por causa do serviço público realizado, como por ajudar o poder público a custear as despesas, mas essa utilidade pública não se concilia com aquilo que autoriza o poder expropriatório. Segundo Seabra Fagundes "o enunciado da

cláusula constitucional não se relaciona com o custeio de obras ou serviços, para que tal os fundos não de provir de tributação. Nem se relaciona, também com o combate à especulação imobiliária, que a esse propósito atende o poder da polícia, inclusive através da jurisdição impositiva manipulada no interesse de reprimir abusos com o gravame das atividades ou operações abusivas".

Pontes de Miranda também adere à corrente daqueles que acham inconstitucional a desapropriação para revenda pelo poder público de zonas que ficarem extremamente valorizadas em virtude do serviço público.

Entendia o ilustre mestre que este tipo de desapropriação era inconciliável com o direito constitucional brasileiro.

Quando uma lei diz que a desapropriação abrange a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina e a declaração de desapropriação deve compreendê-la, é perfeitamente acorde com a Constituição.

Não, onde determine que se incluam as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço. Aí, o demandado pode objetar e a sua objeção pré-exclui, com fundamento em texto constitucional, a desapropriação, posto que o exponha a futuras contribuições de melhorias". (5)

### 2 - ADMISSIBILIDADE

No que diz respeito à constitucionalidade da desapropriação para revenda em face da extraordinária valorização decorrente de um serviço público, a doutrina ainda permanece inibida, pois há uma grande divergência quanto a esta questão.

Alguns autores, tais como Geraldo Ataliba e Adilson de Abreu Dallari acham que não existem no Brasil qualquer incompatibilidade entre o artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365 e a contribuição de melhoria, olhando inclusive que se harmonizou



perfeitamente. Diz Dallari "ser a contribuição de melhoria apenas um instituto afim e alternativo à desapropriação por zona, é certo que a existência daquela não gera inconstitucionalidade desta. Além disso, é perfeitamente legítima a absorção de mais valia pelo poder público quando decorrente de obra por ele realizada, com base no princípio que veda o enriquecimento sem causa e no antiquíssimo princípio de equidade (*Suum Cuique Tribuere*)". (6)

Ainda com relação à admissibilidade da revenda pelo poder público existem várias decisões de tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade.

Diante das duas posições colocadas, aderir àquela que optou pela inconstitucionalidade da desapropriação para revenda, em virtude do proprietário do imóvel se beneficiar em termos de extrema valorização decorrente da obra em serviço público.

Sabendo que contribuição de melhoria é um tributo vinculado, porque só poderá ser cobrado do contribuinte, quando em decorrência de uma obra pública, o proprietário do imóvel for beneficiado em termos de valorização do seu imóvel, por conta da realização da obra pública.

Em face do exposto, entendemos que a desapropriação para revenda é inadmissível por ter como fundamento principal o que constitui o fato gerador da contribuição de melhoria.

Se a Administração Pública, toda vez que achar que propriedades particulares serão valorizadas por obras públicas, fizer desapropriação para revenda, não teria sentido a Constituição Federal no artigo 145, III ter instituído o tributo de contribuição de melhoria.

## V - CONCLUSÕES

A Constituição Federal atual dá mais proteção à propriedade privada, para evitar que ao invés de um direito se tornasse um ônus.

Que a desapropriação positivada constitui mais uma

garantia do que que uma intervenção, no sentido de que o Estado só intervirá nos casos previstos na Constituição.

O instituto da desapropriação fundamenta-se na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais, mas em virtude da supremacia da Constituição qualquer norma infraconstitucional que for contrária à Constituição não terá validade.

Em face do princípio da Supremacia Constitucional, entendemos que a desapropriação por zona tendo em vista a valorização de bens particulares pela realização de obras públicas é inconstitucional, porque a lei que prevê este tipo de desapropriação é ordinária e entendemos que ela contraria a Constituição Federal no que diz respeito à contribuição de melhoria.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 - **BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 1989, pág. 192.

2 - **BASTOS, CELSO, RIBEIRO**, Ob. cit., pág. 193.

3 - **MELO**, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 19ª Edição, 7ª Tiragem, 1988, pág. 189.

4 - **DALLARI**, Adilson de Abreu. *Desapropriação para Fins Urbanísticos*, Forense, RJ, 1984, pág. 49.

5 - **MIRANDA**, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda Nº 4 de 1969*, T. V. Forense, RJ, 1987, págs. 449 e 450.

6 - **DALLARI**, Adilson de Abreu, obra cit., pág. 93.

## BIBLIOGRAFIA

**BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1989.

**Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

**DALLARI**, Adilson de Abreu. *Desapropriações para Fins Urbanísticas*, Forense, RJ, 1981.

**FIGUEIREDO**, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Ed. RT, São Paulo, 1980.

**FILHO**, Manuel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1989.

**GASPARINI**, Diógenes. *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1989.

**MACHADO**, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, Forense, Rio de Janeiro, 1981.

**MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 19ª Edição, 7ª Tiragem, 1988.

**MIRANDA**, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda Nº1 de 1969*, T.5.

**NOGUEIRA**, Antônio de Pádua Ferraz. *Desapropriação e Urbanismo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

**PROCESSO Nº : 1136/94-PGM**  
**INTERESSADO: MANUEL DE JESUS RODRIGUES MELO**  
**ASSUNTO: ACUMULAÇÃO DE CARGOS**

**EMENTA: Acumulação ilícita de cargos. Hipótese não configurada de preceito contido no § 2º do art. 17 do ADCT.**  
**- Servidor que não recorreu de decisão que julgou ilícita sua acumulação de cargos.**  
**- Caracterização de coisa julgada.**

O presente processo diz respeito à acumulação de cargos do servidor **MANUEL DE JESUS RODRIGUES MELO**, Dentista, matrícula nº 8385, lotado no Instituto Dr. José Frota.

Com efeito, na declaração de acumulação que prestou à Comissão competente da Secretaria de Administração do Município, aquele funcionário, informou ocupar um outro cargo de dentista, este último na Polícia Militar do Ceará, o que fez ressaltada a compatibilidade de horário existente entre ambos.

Por ter "**em princípio**" considerada ilícita a sua acumulação, o interessado foi notificado para apresentar defesa, no prazo que lhe foi assinalado. E o fez por advogado, que procurou sustentar a licitude da acumulação de seu constituinte.

Efetivamente, na defesa que apresentou, acima referida, sustentou o peticionante - reconhecendo estar a acumular os dois cargos de início indicados - ser lícita a sua acumulação de cargos. *ex vi* das regras consignadas tanto no art. 37, II, da Carta Magna, como art. 17. § 2º, do Ato de suas Disposições Transitórias. Alegou, nesse sentido,

que "os dois empregos acham-se amparados pela Constituição Federal, consoante o disposto no art. 37, II de vez que o servidor acima citado teve sua admissão, nomeação, precedida de atos formais estabelecendo-se, destarte, a legalidade do ato, do desempenho das suas funções, ademais, observa-se, é claro, sempre existiu a compatibilidade exigida pela Constituição Federal, em seu art. 37".(sic).

A seguir, invocando o art. 17, Disposições Constitucionais Transitórias, o mesmo fora destinado para o fim específico de contemplar as situações dos funcionários em situação irregular", alegando, a seguir, que não era essa a sua situação, eis que "no ano de 1986 submeteu-se a concurso público de notas e títulos, sendo aprovado; todavia, sua nomeação, posse, deu-se tão somente no ano de 1989, dado a burocracia estatal, a efetivação somente executou-se no ano de 1989."

Ou seja: é o próprio interessado que confessa e proclama ter ocorrido no ano de 1989 a sua investidura no cargo para o qual foi nomeado, de Dentista da Polícia Militar do Ceará.

Como não poderia deixar de ser, foi declarada ilícita a acumulação funcional do interessado.

Sucedeu que, notificado de tal decisão, ele deixou se escoar *in albis* o prazo do qual dispunha para apresentar seu recurso contra a decisão de último referida. E, com isso, operou-se, no caso, a coisa julgada.

Mesmo que o recorrente tivesse recorrido, porém, resultaria inócua a sua inconformação com a decisão que lhe foi adversa.

Senão, vejamos.

Sabe-se, com efeito, que amparado pela regra consignada no art. 37, XVI, da Carta da República, o interessado não está. É assim porque, consoante os seus termos expressos:

**"É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:**

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico."

Sem nenhuma dificuldade se depreende, da leitura da regra constitucional acima transcrita, que o interessado no presente processo não se enquadra em nenhuma das três situações que a nossa Lei Maior prevê, como sendo de acumulações funcionais lícitas.

Alegar-se-ia que amparado ele estaria pelo § 2º do art. 17 do ADCT, tal como o fez o seu advogado. De que errônea também essa afirmativa, por igual, é muito fácil de provar. É o que faremos a seguir.

Estabelece, efetivamente, o ADCT em seu art. 17, § 2º, que:

**"É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta".**

valendo esclarecer que, nesse tocante, o § 2º, aludido, repetiu a ressalva estabelecida no anterior § 1º do mesmo art. 17 do ADCT, ao dispor que **“É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.”**

No caso, é oportuna a lição de J. CRETELLA JR., em seus **“Comentários à Constituição de 1988”**, Ed. Forense Universitária, Vol. IX, pág. 4.721. São suas palavras que se transcreve a seguir:

**“Acumulação de dois Cargos de Profissionais de Saúde - É vedada a acumulação de dois cargos públicos remunerados por profissionais de saúde, quer na Administração Pública direta ou indireta, já o art. 37, XVI não contempla esta hipótese. No entanto, o art. 17, § 2º, do ADCT permite o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos públicos de profissionais de saúde, QUE ESTEJAM SENDO EXERCIDOS em 05 de outubro de 1988, quer na Administração pública direta, quer na indireta”.**

Convém esclarecer que, antes, nos seus comentários ao § 1º do mesmo art. 17, à mesma página, aquele festejado constitucionalista já dissera que:

**“A regra do ADCT, art. 17, § 1º, assegura exercício de dois cargos ou empregos privativos de médicos. MÉDICOS ESSES QUE JÁ EXERCIAM ESSES CARGOS e não**

**nos que tenham a exercê-los, regra transitória, que só teve aplicação pontual em 05 de outubro de 1988 QUEM PRESTOU CONCURSO E FOI NOMEADO NO DIA 06 DE OUTUBRO FICOU FORA DA REGRA JURÍDICA C O N S T I - TUCIONAL TRANSITÓRIA, EXAURIDA LOGO A SEGUIR.”**

Aliás, é de ser salientado, ainda, que, contrariamente ao que insinua o interessado em sua defesa, o ADCT não foi destinado **“para o fim específico de contemplar as situações dos funcionários em situação irregular.”** Sobre o assunto, aliás, convém trazer à colação o magistério do WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA, nos seus **“Comentários à Constituição de 1988”**, Ed. Julex Livros, vol. 3, pág. 1187. Ali, aludindo às DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, ele afirma, com todas as letras, que:

**“As disposições transitórias têm prazo certo de realização, contrário das normas constitucionais propriamente ditas, que são permanentes ou inalteráveis até a reforma ou emendabilidade. Nelas reunem-se providências, decisões que não teriam, por sua espécie transitória, lugar e oportunidade entre os preceitos da Constituição. Fundamentalmente, o ADCT contém norma de caráter**

**não permanente, destinadas a conciliar, no período de transição, algumas regras respeitáveis do regime anterior com as do novo regime. As normas que compõem o ADCT não deveriam criar direitos posteriormente ao período de transição, nem devem ser invocadas na interpretação do texto propriamente dito. Realizados os fatos nelas previstos, essas normas são como se não mais existissem; não poderão ser aplicadas aos fatos supervenientes."**

Aí está! É indubitosa, na espécie, como se vê, a ilicitude da acumulação funcional do requerente, que só veio a assumir o seu segundo cargo de dentista quando já em vigor a nova Carta Constitucional. O que significa dizer, sem margem para erro, que a ele não se aplica, por isso mesmo, a regra do art. 17, § 2º do ADCT que somente alude aos ocupantes de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde "que estejam sendo exercidos", ou seja, ocupados ao entrar em vigor a mesma Constituição.

Desse modo, fica visto a todas as luzes que foi mais do que acertada a decisão administrativa que proclamou aquela ilicitude, da qual, aliás, repita-se, o interessado não recorreu.

Impõe-se, assim, como se vê, a manutenção da decisão referida, pelos seus jurídicos e próprios fundamentos.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 13 de setembro de 1994

Gladys Craveiro Barreira  
Procuradora do Município

De acordo com Parecer.  
À consideração do Exmo. Procurador Geral.  
Fortaleza, 19/09/94.  
Paulo de Tarso Montenegro Barrocas  
Procurador Chefe da Consultoria.

De acordo com o Parecer.  
À consideração do Exmo. Sr. Prefeito Municipal  
Fortaleza, 20/09/94.  
José Emmanuel Sampaio Melo.  
Procurador Geral em Exercício.

Aprovo o Parecer.  
Antônio Elbano Cambraia.  
Prefeito de Fortaleza.

**PROCESSO Nº:** 438/94-PGM  
**INTERESSADO:** DELSON BARROS DE ALMEIDA  
**ASSUNTO:** ALTERAÇÃO DO TÍTULO DE FUNÇÃO DE TÉCNICO URBANO PARA FISCAL DO CONTROLE URBANO.

- EMENTA:** Impossibilidade de alteração de função por Inconstitucionalidade do art 39 da Lei Municipal nº 7141/92.

**DELSON BARROS DE ALMEIDA**, funcionário público estadual tendo ingressado no serviço público através de concurso em 04.05.82, matrícula nº 1769, na função de Técnico Fiscal do Controle Urbano da SPLAN, lotado no Departamento de Fiscalização, requer alteração da função de Técnico Fiscal do Controle Urbano para Fiscal do Controle Urbano, alegando em síntese que:

Quando da instituição do Plano de Cargos e Salários, Lei nº 7141 de 29 de maio de 1992, os fiscais portadores de Diploma de Graduação de Nível Superior, enquadrados inicialmente no nível médio, foram transpostos para a referência inicial do Nível Superior, ou sejam, 6G, de acordo com o art. 3º, inciso I, letra "d", da referida lei, tal mudança, se deu, tendo em vista a alteração ocorrida na Função de Fiscal, estabelecida no Plano de Cargos e Salários, que desmembrou a categoria em dois cargos, passando a ter a seguinte divisão:

- Técnico Fiscal de Controle Urbano
- Fiscal de Controle Urbano.

Passamos agora para a análise do pleito.

Com essa alteração, ficou estabelecido que, os fiscais de nível médio passariam a pertencer ao quadro Técnico Fiscal de Controle Urbano e os de nível Superior ficariam no quadro de Fiscal de Controle Urbano.

A condição de possuir nível superior para ficar escalonado no cargo de Fiscal de Controle Urbano, deveria estar satisfeito à época da Lei nº 7141 de 29.05.92, que instituiu o plano municipal de Cargos e Carreiras, assim prevê o anexo nº V pág. 13.

De acordo com as declarações anexadas aos autos fls. 06 e 11-PGM, essa diferença de nomenclatura, distingue tão somente o nível de escolaridade dos Fiscais, uma vez que, as atribuições e responsabilidades de respectivas funções são as mesmas.

Assim não caberia a administração fazer distinção entre essa classe de servidores, pois estaria contrariando, o que reza a própria norma ora examinada; vejamos o que estatui o art. 39:

**"O servidor que não possuir a escolaridade exigida para o exercício do cargo ou função, e já estiver na data da vigência desta lei, enquadrado em cargo ou função correlata, fica dispensado do pré-requisito de escolaridade"**. (grifo nosso).

Como podemos observar, existe uma contradição na própria norma, pois ao fazer a divisão no Cargo de Técnico Fiscal de Controle Urbano, conforme anexo V da lei, toma como prioridade a escolaridade dos servidores ocupantes do referido cargo, e, no caput do art. 39 dispensa o pré-requisito de escolaridade, o que não poderia fazer, por caracterizar um princípio de garantia constitucional, previsto nos seguintes artigos da CF/88. Senão vejamos:

**“Art. 5º inciso XIII - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (grifo nosso).**

**“Art. 7º inciso XXXII - Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos. (grifo nosso)**

Tudo isso como se vê, encontra perfeita harmonia com o disposto no art. 22, inciso XVI da Constituição Federal, que estabelece o seguinte:

**“Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: XVI - Organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.** (grifamos)

Neste aspecto, é flagrante a inconstitucionalidade do texto em comento, vez que o legislador municipal invadiu afrontosa e escandalosamente a esfera de competência atribuída à União pela Carta da República. Ora, se compete **“privativamente à União legislar sobre condições para o exercício de profissão”**, é óbvio, que a legislação municipal não poderá ditar condições nem restrições outras acerca dessa matéria. Quando muito limitar-se-á observar as regras já impostas pela União.

Como visto, o art. 22, da Constituição Federal, mencionado retro, estabelece, voltamos a frisar, competência legislativas da União, fazendo ressalva, em seu parágrafo único, à eventual delegação pela União aos Estados - por autorização expressa em Lei Complementar - para legislar sobre tais matérias (alí especificadas).

**“Art. 22 - Parágrafo único - Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”**

Ao Município, jamais caberia, sequer supletivamente legislar sobre tal tema.. Esse ente federado tem, com clareza, explicitadas pela *Lex Fundamental*, em seu art. 30, sua seara competencial.

A Lei Municipal nº 7141/92 em seu art. 39 extrapolou o limite de competência conferido pelo legislador constituinte ao Município, em consequência, as disposições contidas no citado artigo ensejam uma conduta ilegal por parte da Administração Pública Municipal, pois não lhe é lícito deixar de observar normas relativas ao exercício de quaisquer profissões regulamentadas. De outra parte, se se admite tal possibilidade, é de ser aplicada tal legislação também em benefício do interessado, uma vez que à época da aprovação do PMCC já exercia a atividade de fiscal.

Entendemos, todavia que tal não pode ocorrer, pois não vislumbramos mínima possibilidade que seja de cumprir norma flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que a aquiescência ou a ratificação de tal procedimento, vulnera acima de tudo o princípio da Federação, consagrando no § 1º do art. 60 da Constituição Federal, ensejando ato interventivo do Estado no Município de Fortaleza, como garantia de defesa ao princípio federativo, que vela pelo equilíbrio da federação nas relações entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme estabelece o art. 35 da Lei Magna.

Com base nos fundamentos aqui expostos, entendemos ser ilegal a aplicação do dispositivo contido no art. 39 da norma ora examinada, tanto no caso do interessado ao pleito como a qualquer outro servidor, que por ventura tenha se beneficiado, e, caso tenha sido



aplicado referida ilegalidade sugerimos, seja, apreciada a situação, se constatada, recomendamos a imediata declaração de nulidade de ato pela Administração Municipal.

Destarte, somos pelo indeferimento do pedido.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 12 de agosto de 1994.

Liduína Ofélia Duarte Barreto.

Procuradora do Município.

De acordo com o Parecer.

À consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 29/04/94.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas.

Procurador Chefe da Consultoria.

De acordo. À consideração do Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Fortaleza.

Fortaleza, 11/10/94.

José Emmanuel Sampaio de Melo.

Procurador Geral em Exercício.

De acordo, ressaltando que o servidor concluiu o seu curso superior após o advento da Lei nº 7.141/92.

Antônio Elbano Cambraia.

Prefeito Municipal de Fortaleza.

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA  
PROCURADORIA GERAL**

**PARECER Nº 005/94.P.J.A.**

**PROCESSO Nº 0710/93 - PGM**

**INTERESSADO: ALUISIO NOGUEIRA LIMA**

**ASSUNTO: RETIFICAÇÃO DE ATO DE APOSENTADORIA**

**ORIGEM: SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO**

EMENTA - Embora com o advento da lei posterior não tenham os inativos alcançado a última referência, não sofreram com essa situação, prejuízos em seus proventos, face não ferindo, por conseguinte, o § 4º do art. 40, da Carta Magna do país.

**ALUISIO NOGUEIRA LIMA**, servidor aposentado, ocupante do cargo de Auxiliar de Serviços de Saúde 3-E, matrícula no 0857, lotado na Secretaria de Saúde do Município "solicita correção de enquadramento pois se aposentou no último nível (20), e acha que deve ficar na referência 18."

O Ilmo. Sr. Secretário de Administração, às fls. 10, solicita a emissão de um parecer conclusivo e normativo quanto aos inativos que, a exemplo do senhor Aluisio Nogueira Lima, ocupavam a última referência de seu cargo ou função e que, com a aplicação da contagem do efetivo exercício passaram a ocupar referência inferior á última, mesmo sem diminuição de seus proventos, de conformidade com as

determinações da Lei nº 7.141, de maio de 1992”.

Diante do exposto, o requerente foi aposentado no último nível de sua carreira e posteriormente, em decorrência da lei nº 7.141, de 29.05.92, conforme critérios estabelecidos no art. 37, não mais alcançou a última referência:

“art. 37 - O enquadramento do servidor no Plano Municipal de Cargos e Carreiras - PMCC, dar-se-á no grupo ocupacional, categoria funcional, carreira, classe, cargo ou função correspondente à sua situação funcional quando da vigência desta lei, e na referência correspondente ao tempo de efetivo exercício no Serviço Público Municipal de Fortaleza na forma do anexo VIII, contado a partir da referência inicial do cargo ou função indicada no anexo VI”.

Os efeitos da citada lei, como deixa claro o seu § 3º do art. 1º combinado com o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, recaem sobre todos os servidores (ativos e inativos), indistintamente, lembremos então o que diz o mencionado preceito constitucional:

“ Art. 40 - (omissis)

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”. (grifo nosso)

Não poderia ser diferente, sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia. Não seria justo e nem lógico, estabelecer

critérios diferentes entre ativos e inativos, mantendo os primeiros nas respectivas classes e acrescentando os outros, ou no caso o peticionante. Sobre o tema conceitua o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em "O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", Editora Malheiros, 3ª Edição, pág. 45., verbis:

“...a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter Legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe”.

Operou-se na realidade, nada mais que a deliberalidade que tem o administrador de organizar, reescalonar, reclassificar, enfim, da escolha da melhor forma de conduzir a máquina administrativa, visando atingir o interesse público. Neste sentido, nos ensina o mestre Hely Lopes Meirelles em sua 17ª Edição de Direito Administrativo Brasileiro:

“Embora o dispositivo constitucional não se refira expressamente à transformação e extinção de cargos, funções ou empregos, é óbvio que o Executivo tem competência privativa para propor tais modificações, a serem feitas também por lei de sua iniciativa”. (pág. 363).

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

posterior pode extinguir cargos e funções de quaisquer titulares vitalícios, estáveis e instáveis. (pág. 366).

Com tal procedimento, nem mesmo atentou contra o princípio do direito adquirido, como até poderia parecer, vista do ângulo individualista do peticionante. É indubitável, que o interesse coletivo se sobrepõe a um mero status de uma nomenclatura em uma determinada situação que não mais existe, e, é impossível que classificações de níveis e referências sejam acobertadas pelo Direito Adquirido. Sobre o assunto contamos a opinião de José Afonso da Silva em Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 9ª Edição, pág. 380:

“O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral.”

Também opina Helly Lopes Meirelles no mesmo mencionado livro, na pág. 366:

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

O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indispensável da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado.”

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal antes de proferir suas decisões, basicamente busca saber se: A lei posterior atentou contra o princípio da isonomia, estabelecendo critérios diferenciados para ativos e inativos, e se ocorreu diminuição nos proventos do alegante. No caso,

não ficou demonstrado que a citada lei não feriu o princípio da isonomia e que, segundo podemos constatar na informação de fls. 09, o postulante não sofreu prejuízo nos seus proventos.

Isto posto, o parecer é pela improcedência do pedido, assim como os demais servidores que comungam a mesma situação do Sr. Aluísio Nogueira Lima, como indaga o Ilmo. Sr. Secretário de Administração do Município.

É o parecer, S.M.J.

Fortaleza, 03 de janeiro de 1994

**SUSIE DA ROCHA ALENCAR**  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

## DESPACHO

O Parecer retro aborda questão das mais controversas, entretanto não há como negar, que o pedido ora examinado recebeu tratamento hábil adequado, não transparecendo qualquer sombra de ilegalidade.

Não é demais ressaltar que, dada a possibilidade de repetição de situações desta natureza, convém que se faça prévio e minucioso exame em cada caso, antes de se proceder à aplicação das regras contidas no Art. 37 da Lei nº 7141, de 29/05/92.

De acordo com o Parecer.

À consideração do Exmo. Procurador Geral.

Fortaleza, 07/01/94.

Lucíola Maria de Aquino Cabral.

Procuradora Chefe da Proc. Jurídico-Administrativa.

**PROCESSO Nº 2283/92 - PGM**  
**INTERESSADO: JOSÉ MARCONDES ADERALDO MENDONÇA**  
**ASSUNTO: REQUERIMENTO**

**EMENTA:** Representação de cargo comissionado já incorporada à remuneração do servidor. Direito adquirido do beneficiário, que fará jus, sempre, ao recebimento da gratificação do cargo que ocupava. Irrelevância da alteração de sua simbologia.

JOSÉ MARCONDES ADERALDO MENDONÇA, gráfico, matrícula nº 12.043, lotado no Departamento de Imprensa Oficial da Secretaria de Administração do Município, expõe e requer o que se esclarece a seguir, de forma resumida : a) que por haver satisfeito os requisitos do art. 281, da Lei nº 4.058, de 12.10.71 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza), na nova redação dada pela Lei nº 5684, de 01.03.83, foi-lhe assegurado o direito de continuar a perceber a Gratificação de Representação do Cargo em Comissão de Diretor do Diário Oficial do Município, símbolo CC-2, pelo Ato nº 775/85, de 01.10.85, publicado no D.O.M. nº 8.235, de 08.10.85, do qual anexou cópia ao seu pedido; que, com o advento da Lei nº 6.480 de 10.07.89, em seu Anexo XI, a simbologia do Cargo mencionado foi alterada de CC-2 para DAS-1, enquanto o Anexo I, numa esdrúxula equivalência, lhe fixava o símbolo DAS-2, evidentemente desigual a inferior, e que embora tenha ocorrido tal transformação, o requerente não teve implantado em sua folha mensal a gratificação correspondente ao aludido cargo, face à regra imposta pelo art. 2º da Lei acima mencionada que estabeleceu critérios diferenciados para as simbologias dos cargos comissionados do Município de Fortaleza, ou seja, para incorporados e os que estivessem

em exercício, sem atentar para o fato de que a regra estabelecida pela Lei 5.684/83, da qual se originou o direito da requerente, assegura aos servidores investidos em Cargos em Comissão ou Função Gratificada, quando destes afastamentos, depois de cinco ( 5 ) anos ininterruptos, ou dez intercalados ou não, o direito de continuar a perceber a representação ou gratificação correspondente AO CARGO EM COMISSÃO ou FUNÇÃO GRATIFICADA correspondente ao cargo em comissão ou função gratificada que ocupava à época do afastamento, até ser nomeado para outro cargo ou função do mesmo nível, ou seja, assegurava o mesmo direito, independente de sua simbologia.

E fazendo todos os considerandos acima resumidos, o suplicante, dizendo-se prejudicado, pleiteia que seja autorizada **“a devida alteração em sua folha de pagamento do valor da gratificação de representação que incorporou, conforme Ato nº 775/85, e que deve corresponder ao símbolo DAS-1, e que se lhe reconheça, também, a diferença para menos que vem deixando de lhe ser paga , desde 1º de agosto de 1989”**.

Ao seu requerimento o peticionado fez anexar cópia do ato que lhe assegura o direito de continuar percebendo tal gratificação.

Igualmente trazido pelo requerente ao processo transcrição da Lei nº 6.480/89, que “dispõe sobre padronização da denominação e simbologia dos cargos comissionados e funções gratificadas do Poder Executivo Municipal e dá outras providências”. E esta, em seu art. 2º, estabelece que:

**“A representação de Cargo Comissionado ou Função Gratificada incorporada à remuneração do funcionário ou servidor municipal, passa a obedecer à equivalência e simbologia constante do Anexo I do presente diploma legal”**.

Mostra o Anexo XI da mesma Lei, por seu turno, que, o Cargo Comissionado de Diretor de Departamento de Imprensa Oficial, cuja simbologia primitiva era CC-2, passou a ser DAS-1.

Sucede que a Lei de que se vem tratando, de no 6.480/89, deixou consignado em seu art. 1º, literalmente, que:

“A denominação, simbologia, vencimento e representações mensais dos cargos comissionados e funções gratificadas do Poder Executivo Municipal são as constantes dos Anexos da presente Lei”, tendo ficado esclarecido em seu § 1º, exatamente assim: “a determinação constante do caput deste artigo abrange a Administração Direta, Indireta e Fundacional do Poder Executivo Municipal, conforme transformação indicada nos Anexos II a XX desta Lei”.

Ressalta indubitoso, desse modo, diante do exposto, que pela Lei nº 6.480, tantas vezes referida, foram adotados dois critérios, relativamente à simbologia dos Cargos Comissionados ou Funções Gratificadas do Município.

a) o primeiro, estabelecido pelo art. 2º destinado exclusivamente às representações dos cargos comissionados já incorporados à remuneração dos servidores municipais;

b) o segundo, enquanto isso, a prevalecer ad futurum, estabelecido pelo seu art. 1º.

Com a devida venia, porém, discordamos daqueles critérios, que nos parecem construir, indubitavelmente, evidente afronta aos direitos adquiridos dos servidores que já haviam incorporado à sua remuneração as representações dos cargos comissionados ou funções gratificadas que exerceram ao longo dos anos. E explicamos a razão do

nosso entendimento.

Evidente, como se sabe, proclamas os hermeneutas que as leis não contêm palavras desnecessárias, descabidas, ou supérfluas. Ao elaborá-las, com efeito, os legisladores têm sempre a preocupação de utilizar restritamente os vocábulos necessários ao seu entendimento, e, principalmente, ao seu alcance. Partindo dessa premissa, que nos parece indiscutível, temos que o espírito do legislador, ao fazer consignar na regra do art. 281 do então vigente Estatuto dos Funcionários Públicos do Município, o direito dos funcionários ou servidores investidos em Cargo em Comissão ou Função Gratificada, quando destes afastados, depois de cinco (05) anos sem interrupção, ou dez, consecutivos ou não de: “**continuar a perceber a representação ou gratificação correspondente ao Cargo em Comissão ou Função Gratificada que ocupava à época do afastamento, até ser nomeado ou designado para outro cargo ou função do mesmo nível**”, foi de assegurar a cada uma daquelas pessoas o mesmo direito, sendo certo que o uso do vocábulo “correspondente” na regra legal, objetivava, sem dúvida, o pagamento a elas da representação ou gratificação do cargo ou função que tivessem exercido, fosse qual fosse a sua simbologia.

Alegar-se-ia ter a Nova Lei alterado a regra da anterior. Tal modificação, porém, salvo melhor juízo, não poderia atingir os que já tivessem adquirido o seu direito na vigência da lei velha. Assim é que estabelece, com todas as letras, o art. 6º, da Lei de Introdução do Código Civil, que: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, estabelecendo o § 2º da mesma regra que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer com aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Ensina Plácido e Silva ( v. o seu Vocábulo jurídico Forense, ed. de 1982, vol II, pág. 77 ) que **"direito adquirido quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem que deve ser juridicamente protegido, contra qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo"**.

Em seguida, estabelecendo as condições necessárias que se possa considerar adquirido o direito, diz o mesmo Mestre, a seguir, que "mas, para que se considere direito adquirido é necessário que: a) sucedido o fato jurídico, de que se originou o direito, nos termos da lei, tenha sido integrado no patrimônio de quem o adquiriu".

No caso específico mencionado do peticionante, ele, de dúvida, já integrava ao seu patrimônio, com a incorporação que foi defendida, o direito à percepção da gratificação correspondente ao cargo comissionado de Diretor de Departamento da Imprensa Oficial da Secretaria de Administração do Município, então de Símbolo CC-1. E se tal cargo comissionado teve alterada sua simbologia para DAS-1 parece-nos incontroverso o seu direito de passar a perceber a gratificação correspondente à nova simbologia daquele mesmo cargo.

É o parecer, sub censura.

Fortaleza, 25 de agosto de 1992.

Elny Siqueira Saker

Procurador do Município.

De acordo com o Parecer.

À consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Fortaleza, 01/09/92.

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas

Procurador Chefe de Consultoria.

**PROCESSO Nº 075/93 - PGM**

**INTERESSADO: SECRETARIA DA SAÚDE DO MUNICÍPIO**

**ASSUNTO: CONSULTA.**

**EMENTA:** Há compatibilidade da aplicação dos arts. 3º e 4º, da Lei nº 7335, de 17.05.1993, com o art. 119 parágrafos 1º, 2º e 3º da lei nº 6794, de 27.12.90

Através de despacho às fls. 04/PGM do presente processo, oriundo da Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde do Município, vem ter a esta Procuradoria Geral consulta da Divisão Administrativa daquela pasta, no sentido de esclarecer se os plantonistas de nível superior que percebem gratificação de plantão, fazem jus ao adicional noturno, bem como, se devem receber estes benefícios quando se encontrarem de férias ou licença.

A questão que primeiro se coloca consiste em diferenciar gratificação e adicional.

Segundo ensinamentos do doutrinador brasileiro Hely Lopes Meirelles, temos: **"Gratificações são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos funcionários que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificações de serviço), ou concedidas como ajuda aos servidores que apresentem os encargos pessoais que a lei especifica (gratificações pessoais). As gratificações - de serviço ou pessoal - não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço, mas**



sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção". (Cf. in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed. ED. RT, São Paulo, 1989, p.408).

"Adicionais são vantagens pecuniárias que a Administração concede aos funcionários em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço) ou em face da natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicionais de função)... O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser, aquele, uma recompensa ao tempo de serviço do funcionário, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o funcionário, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional se relaciona com o tempo ou com a função, a gratificação se relaciona com o serviço. O adicional, em princípio, adere ao vencimento e por isso tem caráter permanente; a gratificação é autônoma e contingente. Ambos, porém, podem ser suprimidos para o futuro". (Cf. in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed. Ed. RT, São Paulo, 1989, p.402 e 403).

Nesse mesmo sentido se posiciona o também ilustre doutrinador Diógenes Gasparini: "os adicionais são vantagens pecuniárias a que os servidores públicos civis têm direito em razão do tempo de serviço ou do exercício de cargo que exige conhecimentos especializados ou um regime especial de trabalho. Os adicionais concedidos em função do decurso do tempo são chamados de adicionais por tempo de serviço,

enquanto os outorgados em razão do exercício de cargo que exige conhecimentos especializados ou em função de um regime especial de trabalho são chamados adicionais de função".

E conclui citado administrativista: "O adicional de função, concedido ao servidor quando o exercício do cargo exige conhecimentos especializados ou um regime especial de trabalho, é somado ao padrão mas a ele não adere. Sua razão é o trabalho que está sendo feito. Assim, com o desaparecimento definitivo do motivo da concessão, cessa o correspondente pagamento. Embora seja essa a razão, ele é devido ao servidor em gozo de férias, de licença-gestante, e de licença-paternidade, entre outros afastamentos sem o caráter de definitividade". (In Direito Administrativo, 2ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, p. 176).

Achamos suficientemente esclarecedoras as lições ministradas por Hely Lopes Meireles e Diógenes Gasparini, no tocante à distinção doutrinária entre gratificação e adicional. Naquela se verifica uma relação entre a Administração e o serviço ou o servidor, já no adicional, a relação se estabelece em razão do tempo ou da função.

Como se pode observar das citações acima, a gratificação de plantão e o adicional noturno, podem ser perfeitamente cumulados por terem fundamentos distintos.

Ressalte-se ainda, que a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XIV, só faz objeção à acumulação de acréscimos pecuniários, quando os mesmos tiverem títulos ou fundamentos idênticos, o que não ocorre no presente caso.

Assim, em conclusão, resta definida a compreensão sobre a consulta de interesse da Secretaria de Saúde do Município, ora objeto

de apreciação destes autos, ficando claro que a concessão de gratificação de plantão não obsta a do adicional noturno, sendo estes devidos ao servidor quando afastado, pelos motivos elencados no art. 45, da lei nº 6794, de 27.12.90, por serem considerados como efetivo serviço.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 15 de julho de 1993.

Nazaré de Melo Sales  
Procuradora do Município.

## EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**JOSÉ BESSA DRUMOND**, brasileiro, casado, funcionário público federal, residente e domiciliado na Cidade de Fortaleza, Capital do Estado do Ceará, na Avenida Pinto Bandeira, 310, Bairro Edson Queirós, Telefone 273.16.43, CEP 60.810, portador da Carteira de Identidade expedida pela SSP-CE - R.G. Nº 31-024.3-16, CPF 002135513-49, com endereço de trabalho na Justiça Federal no Ceará, na Rua João Carvalho Nº 485, Aldeota, Fortaleza, CE, Fone 244.92.88, Ramal 254, por intermédio de sua advogada que assina ao fim, vem, com o devido respeito, impetrar o presente habeas data contra o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região, sob os seguintes fundamentos de fato e de direito:

### I - OS FATOS

1. O impetrante é servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção Judiciária do Estado do Ceará, desde 31.10.67. Sua ficha funcional é imaculada, pois não registra faltas ao trabalho ou qualquer fato desabonador de sua conduta. Exerceu diversos cargos de chefia, inclusive o de Diretor de Secretaria da Vara. Presentemente é Supervisor da Seção de Execuções Fiscais da 4ª Vara, recebendo gratificação de nível superior - NS - (doc. Nº 1).

2. Por ocasião de várias oportunidades nas quais se ofereceram vagas a serem preenchidas por progressão funcional sentiu-se preterido no procedimento respectivo, de nada se beneficiando, enquanto progrediram outros servidores cujas qualificações, mormente no tocante a nível de escolaridade, eram inferiores ou iguais às suas.

3. Condições pessoais adversas impediram-no de adquirir escolaridade de nível superior. Este fato, todavia, não constitui

obstáculo intransponível à progressão funcional, pois "o Ato Nº 288/74, bem como todos os que lhes sucederam, dispensam a escolaridade para que o servidor possa se beneficiar da progressão", conforme asseverou o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli, Relator do Processo No. 11.666-CE, de interesse do impetrante (doc. Nº 2, fls. 2). Na vigência do ato No. 032/89, do Egrégio Conselho de Justiça Federal, o impetrante requereu a dispensa de escolaridade, para que pudesse concorrer, por progressão, ao cargo de Técnico Judiciário, a fundamento do disposto no art. 4º do mencionado ato, o qual determinava: "A exigência da escolaridade constante dos itens I e II, letra "a" do artigo 2º, não se aplicará às progressões dos atuais ocupantes dos cargos de Auxiliar Judiciário Classe Especial, que ainda não tenham sido beneficiados com a dispensa prevista no artigo 4º da Lei 6.029 de 09 de abril de 1974". Seu pedido foi deferido por unanimidade, conforme consta da certidão de julgamento respectiva ( doc. Nº 2, fls. 4 ).

4. O ato administrativo que lhe concedeu a dispensa de escolaridade para concorrer à vaga de Técnico Judiciário foi, como não poderia deixar de ser, produzido conforme as normas legais e administrativas vigentes à época de sua edição. Trata-se, portanto, de ato jurídico perfeito e já incorporado ao patrimônio jurídico do impetrante.

5. Como o quesito "escolaridade" é um dado objetivo no procedimento da progressão funcional, e sendo um requisito que se pode considerar satisfeito pela simples existência do ato de dispensa, o impetrante imagina que outros motivos, subjetivos, constituem, na realidade, o empeco à almejada progressão funcional. Por assim pensar, dirigiu ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 26.04.90, pedido de informação sobre o conteúdo de sua ficha de avaliação. Este pedido (doc. Nº 3, fls. 2 ), protocolado sob Nº 23311 no Setor de Protocolo da Seção Judiciária do Estado do Ceará, em 26.04.90, não mereceu

resposta. Em 22.06.90 o impetrante novamente comparece perante o Tribunal Regional da 5a. Região, reiterando seu pedido formulado em 26.04.90, em petição protocolada sob Nº 028258 ( doc. Nº 4, fls. 2 ). Este pedido foi indeferido pelo Exmo. Sr. Presidente, nos termos das informações da Sra. Supervisora da Seção de Legislação de Pessoal, Cadastro e Classificação de Cargos, de teor seguinte: "... as informações constantes da Ficha de Avaliação de Desempenho não podem ser divulgadas, pois que são do conhecimento exclusivo do avaliador e do órgão de pessoal, responsável pela elaboração das Progressões Funcionais. " ( doc. Nº 5, fl. 1 ). Face esta negativa não restou ao impetrante senão a via judicial para obter a informação pretendida.

## II - O DIREITO - ASPECTOS PROCESSUAIS

6. A Constituição Federal de 1988, no capítulo "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", assegura, no seu art. 5º, inciso LXXII : "Conceder-se-à habeas data : a ) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b ) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;". Argumentando em prol do cabimento do habeas-data no caso vertente, adotamos a lição do tratadista José da Silva Pacheco, por ser elucidativa do mandamento constitucional : "Há conexão entre o habeas-data ( art. 5º, LXXII ) e o direito de obter certidão em repartição pública, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal ( art. 5º, XXXIV, letra "b" ). Independentemente de pagamento de taxas e de lei prévia, quem precisar de certidões, poderá requerê-las e a autoridade deverá fornecê-las. Se não o fizer, caberá o habeas-data para assegurar o conhecimento das informações ou para retificá-las. Anteriormente, diante do não-atendimento, por parte da autoridade pública, o interessado lançava mão do mandado de segurança para

obter a certidão. Agora, poderá pleiteá-la por meio do habeas-data. Por esse motivo, o art-5º, LXIX, assinala que se couber o habeas-data não caberá mandado de segurança” ( O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas, Edit. Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1990, p. 235 ).

7. À falta de regulamentação do habeas-data poder-se-ia objetar sobre a regularidade de sua impetração, neste caso concreto, à vista de outros dispositivos constitucionais, como o do art. 5º, XXXIII, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, e o do inciso Nº. XXXIV do mesmo artigo: “ a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”. São três, portanto, os dispositivos que asseguram ao cidadão a obtenção de informações. Consoante ensina José da Silva Pacheco : “Concatenam-se os três dispositivos. O primeiro estabelece o direito de receber informações de interesse público; o segundo faculta a obtenção de certidões para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; e o terceiro propicia o habeas-data para conhecer as informações constantes de registros oficiais e para retificá-las, se necessário” (op. cit., p. 236 ). Para qualquer dos casos, segundo este autor : “Era, porém, usado o mandado de segurança, como o instrumento adequado a obter tais informações. Agora, todavia, instituiu-se o habeas-data com a finalidade de se conhecer as informações pessoais constantes de arquivos, banco de dados ou registros de entidades públicas governamentais ou não governamentais. Nesse caso, cabendo o habeas-data, descabe o mandado de segurança” (op. cit., p. 232 ). Afirma o insigne tratadista que “não é caso de habeas-data : 1ª) se as informações referirem-se a terceiros; 2ª) se as informações forem verbais e não constarem de

registros ou arquivos; 3ª) se o órgão, entidade ou agência que as possuiu não forem públicas, oficiais, governamentais ou administrativas” ( op. cit., p. 234 ). Assim, é de se concluir pela adequabilidade, ao caso, do instrumento processual adotado de vez que: a) as informações referem-se ao impetrante; b) são informações escritas e constam de registros; c) é público o órgão que as possui.

8. O impetrante preenche o requisito de legitimação para a causa pois, “legitimada ativamente para a causa está a pessoa a que se refere o registro ou banco de dados” (Dr. Lázaro Guimarães, “Habeas-Data e Mandado de Injunção”, in O Estado de São Paulo, 18.12.87, p. 3 ). A condição de servidor público não lhe afasta o direito de reivindicar judicialmente pois: “De um modo geral, pode dizer-se que os servidores públicos têm os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública” ( Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 14ª edição, Ed.Rev. dos Tribunais, S.Paulo, 1989, p. 394 ).

9. Presente também, no caso, o pressuposto específico para a impetração : “Pressuposto específico é a existência de algum arquivo, público ou privado, no qual exista dado relativo ao autor” ( Dr. Lázaro Guimarães, op. cit., in loc. cit. ).

10. A recusa em fornecer as informações solicitadas também se baseou na ausência de objeto, o que, processualmente, caracterizaria a falta de interesse de agir. Disse a Sra. Supervisora: “Além do mais [ de ser confidencial a ficha de avaliação] o requerente não concorreu às Progressões de outubro de 1989 nem concorrerá às de abril do corrente ano por não possuir escolaridade exigida (...), (doc. Nº 5, fl. 1 ). E mais adiante: “Face ao exposto, proponho o indeferimento por falta de objeto” (doc. Nº 5, fls. 2 ). Como pressuposto do pedido via

habeas-data, todavia, o interesse de agir se consubstancia no indeferimento do pedido na esfera administrativa. É neste sentido a lição do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso: "O habeas-data não oferece maiores dificuldades. Pressupõe que o pedido de informações relativas à pessoa do impetrante haja sido indeferido administrativamente, por isso que o controle judicial do ato administrativo faz-se em termos de sua adequação à ordem jurídica" ( "As Novas Garantias Constitucionais, in Revista dos Tribunais, Nº 644, junho de 1989, p. 15 ). No mesmo sentido: "... a ação de habeas-data deve fundar-se, como elemento mínimo aferido do interesse de agir, na prévia alegação de ter havido recusa ou omissão no fornecimento das informações almejadas" (Roberto Mortari Cordillo, "A respeito do habeas-data", in O Estado de São Paulo, 29.11.88 ). Ainda, no campo doutrinário, diz José da Silva Pacheco: "Nesse caso, deverá, também, o interessado solicitá-las diretamente ao órgão, agência, entidade que as possui e, na hipótese de não obtê-las, poderá impetrar o habeas-data" (op. cit., p. 235 ). O entendimento jurisprudencial não discrepa dessa orientação: " Assim, somente diante de uma recusa de informações consideradas desinfluentes para a segurança da sociedade ou do Estado é que estaria configurado o litígio e, conseqüentemente, justificado o exercício da ação" ( Ministro Ilmar Galvão, no HD Nº 4-DF - Registro 89.0007659-0, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1(2), p. 465 ). É o mesmo entendimento do Min. Miguel Ferrante: "Tem-se entendido, contudo, que o direito de requerer informações, através da medida do habeas-data, pressupõe a negativa da autoridade em prestá-las. Só com a recusa em atender o requerimento nesse sentido, é que nasce o interesse de agir em juízo" ( HD Nº 4, in loc. cit., p. 473 ). No mesmo sentido, diz o Min. Américo Luz: "Filio-me à corrente jurisprudencial prevalente nesta Corte, de que o exercício do direito assegurado nas alíneas a e b do inciso LXXII da vigente Constituição Federal exige, como pressuposto, a prova de que a pretensão foi previamente formulada na via administrativa e denegada por ato

comissivo ou por omissão" ( HD Nº 5-DF, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, op. cit., p. 475 ). Também o Min. Milton Luiz Pereira, no HD Nº 01, citado pelo Min. Américo Luz: "O direito de ação relativamente ao habeas-data nasce da negativa no fornecimento das informações, sendo indispensável a provocação de um ato gerador de conflito para atrair o provimento judicial" ( HD Nº 05-DF, in loc. cit., p. 475 ).

11. Competência para processar e julgar o habeas-data: "Se o ato omissivo ou comissivo for de juiz federal ou Tribunal Regional Federal, cabe a este o julgamento ( Constituição Federal, art. 108, I, "c" ).

12. Enquanto não regulamentado, o processamento do habeas-data, deve, segundo entendimento doutrinário, observar as disposições da Lei Nº 1533/51: "De qualquer maneira, fica mais simples e prático notificar o responsável pelo arquivo para que, em dez dias, preste informações. Se houver risco de ineficácia da sentença, a liminar poderá ser concedida para exibição imediata do documento ou para sustação da sua utilização. Com ou sem informações, será ouvido o Ministério Público, em cinco dias, e o juiz decidirá nos cinco dias subseqüentes ( o rito é o da Lei 1533 ) (Dr. Lázaro Guimarães, op. cit., in loc. cit. ). Jurisprudencialmente, o entendimento é o mesmo: "Faltante o delineamento procedimental específico, até que a legislação ordinária venha a estabelecer o procedimento adequado à espécie, é possível, via da aplicação analógica, a invocação da Lei Nº 1.533/51 (Ato Nº 1.245-TRF, citado pelo Min. Pedro Acioli, no HD no 2-DF, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, op. cit., p. 903 ).

### III - O DIREITO - ASPECTOS MATERIAIS

13. O indeferimento do pedido de informação sobre o conteúdo de sua ficha de avaliação baseou-se em parecer da lavra da Sra. Maria L.T. de Sousa, Supervisora da Seção de Legislação de

Pessoal, Cadastro e Classificação de Cargos, que o concluiu mencionando dois aspectos : a) " as informações constantes da Ficha de Avaliação de Desempenho não podem ser divulgadas ( ... )" ( doc. nº 5, fl. 1 ); b) " Além do mais, o requerente não concorreu às Progressões de outubro de 1989 nem concorrerá às de abril do corrente ano por não possuir escolaridade exigida " ( doc. nº 5, fl. 1 ).

14. A questão da alegada ausência de objeto que, no aspecto processual, remete à falta de interesse de agir, já foi, neste tocante, devidamente examinada ( item 10 ). Resta só esclarecer que: "No habeas-data basta o simples desejo de conhecer as informações relativas a sua pessoa, independentemente da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos" ( Michel Temer, Elementos de Direito Constitucional, 6ª ed., Edit. Rev. dos Tribunais, S.Paulo, 1989, p. 212 ).

15. É de suma importância para o impetrante o conhecimento do conteúdo de sua ficha de Avaliação de Desempenho. A importância desse documento se depreende do disposto no art. 14 do ato 264/89, de 11.08.89, do Conselho de Justiça Federal, verbis: " Será promovido, por MERECIMENTO, o servidor ocupante da classe final da categoria concorrente que obtiver o maior número de pontos na Avaliação de Desempenho Funcional, a que se refere o Capítulo V deste Ato Regulamentar". Trata-se, portanto, de elemento de vital importância no processo de progressão funcional que tem como um de seus objetivos o provimento de cargo público.

16. Com efeito, dispõe o Art. 11 da Lei 1.711 de 28.10.52 que "os cargos públicos são providos por: ( ... )II - promoção ( ... )". A promoção é, portanto, instrumento de acesso a cargo público. Quanto a este determina o art. 37, inciso I, da Constituição Federal: "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que

preençam os requisitos estabelecidos em lei". E é " manifesto que a lei não pode estabelecer que determinado órgão administrativo qualificado possa excluir o cidadão, ao seu talante, do acesso a um cargo público; e, por outro lado, se inexistente um tal arbítrio, o órgão administrativo deve desvendar ao Poder Judiciário as razões de fato ou de direito em que se fundou, pena de verdadeira exclusão da apreciação judicial de eventual lesão de direito" ( trecho do MS nº 159.109, do TJ de S.Paulo, citado pelo Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do RE 17.99-SP, in RTJ nº 44/580, cf. José da Silva Pacheco, op. cit., p.231 ). Como satisfaz as condições objetivas para concorrer em progressão funcional ao cargo de Técnico Judiciário, eis que dispensado do requisito de escolaridade pelo próprio Conselho de Justiça Federal ( doc. nº 2 ), entende o impetrante que a causa real impeditiva consta de sua Ficha de Avaliação de Desempenho. O conteúdo desta não pode permanecer em segredo em relação ao impetrante. Em situação semelhante já se pronunciou o Judiciário: "... os motivos do atestado negativo de boa conduta devem ser revelados ao Judiciário, pois está em causa o direito constitucional de acesso competitivo aos cargos públicos, não podendo prevalecer o puro arbítrio da Administração" ( RE 17.999-SP, in RTJ 44/580, cf. José da Silva Pacheco, op. cit., p. 230 ).

17. O indeferimento do pedido de informações, a fundamento de que estas não podem ser divulgadas, tomou como suporte normativo o Ato Regulamentar no 264 ( anexo nº 1 ), do Conselho de Justiça Federal. Este ato, todavia, em nenhum de seus dispositivos, contém norma proibitiva de informação ao próprio interessado de conteúdo da Ficha de Avaliação de Desempenho. Como consta do Parecer ( doc. nº 5, fl. 1 ) existe, apenas, no corpo da mencionada ficha, mera recomendação consubstanciada no item 1: " A Ficha de Avaliação de Desempenho é confidencial". Inexiste, portanto, qualquer disposição de lei a restringir o direito do impetrante. A este propósito cumpre lembrar que: " Qualquer medida que tome o poder

administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica" ( Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed., 1984, p. 80/81, item 51, cf. Saulo Ramos, "Parecer SR-71", de 06.10.88, publicado no D.O.U. de 10.10.88, pp. 19805 e seguintes ).

18. Afigura-se no mínimo injusta a afirmação de que "as informações constantes da Ficha de Avaliação de Desempenho não podem ser divulgadas, pois que são do conhecimento exclusivo do avaliador e do órgão de pessoal, responsável pela elaboração das Progressões Funcionais" ( doc. nº 5, fl. 1), pois "não há justificativa para a existência no âmbito da Administração Pública de organismos absolutamente livres de controle - por mais sigilosa que sejam as suas tarefas" ( Fernando Collor de Mello, "O Sentido do Habeas Data", in Folha de São Paulo, 21.02.88, p. 2 ). E além disso: "todas as ações relativas ao direito de outrem cujas máximas não sejam suscetíveis de publicidade são injustas" ( Kant, citado por Lúcio Alcântara, "Direito à História", in O Povo, 02.10.88, p. 6 ).

19. Dispõe a Constituição Federal em vigor: "Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (...)". Desta forma, "a publicidade dos atos estatais tornou-se, acima de qualquer dúvida, princípio constitucional imperante, que desampara, no plano normativo, ressalvadas situações de interesse público, qualquer pretensão do Estado ao sigilo" ( Saulo Ramos, op. cit., in loc. cit., item 2). "A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os

administradores estão fazendo" ( José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª edição, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1989, p. 564 ).

20. O princípio da publicidade, todavia, não se entende como valor absoluto: "Tem, portanto, o princípio da publicidade, um valor geral e preponderante, embora relativo, eis que o ordenamento constitucional justifica, em caráter de excepcionalidade, a invocação do sigilo estatal, cujo fundamento repousa na necessidade de preservação da segurança da sociedade ou do Estado" ( Saulo Ramos, op. cit., in loc. cit., item 3 ). Compreende-se melhor o sentido relativo do princípio da publicidade quando se separam as informações em a) de interesse coletivo ou geral; b) de interesse particular.

20.1 Nas informações de interesse coletivo ou geral pode-se identificar "um núcleo temático - matérias cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, absolutamente imune ao conhecimento de terceiros ( v. art. 5º, nº XXXIII )" ( Saulo Ramos, op. cit., in loc. cit., item 3 ). O próprio Poder Judiciário admite o "dever de sigilo" em circunstâncias singulares: "Segundo o TRF apenas em casos especialíssimos, não em todos, o dever de sigilo (... ) poderá ser alegado para o não cumprimento do dever de informar quando, comprovadamente, a juízo do próprio Poder Judiciário, nas informações requeridas realmente envolverem a segurança da sociedade e do Estado" ( "Só a Justiça definirá o que é sigilo de Estado", in O Povo, 08.02.88, p. 3-A ). Mas ainda nesta hipótese "não há, por outro lado, informação sigilosa para a Justiça. Se, porventura, houver um interesse público relevante que suplante o interesse privado do impetrante, poderá a Justiça, ao examinar a informação, negar a sua revelação ao impetrante. O órgão público, todavia, não poderá esquivar-se a fornecê-la à Justiça, ainda que, ao fazê-lo, encareça a necessidade de mantê-la em sigilo temporário" ( José da Silva Pacheco, op. cit., p. 238/9). Em qualquer



caso, ao Judiciário caberá verificar o caráter sigiloso da informação: É importante registrar que, no exame da defesa apresentada pela autoridade impetrada, poderá o juiz verificar, até em caráter sigiloso, a respeito da conveniência de serem fornecidas as informações requeridas pelo impetrante, presente a regra inscrita no art. 5º, XXXIII, a dizer que "todos têm direito a receber dos Órgãos Públicos informações de seus interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". ( Carlos Mário Velloso, op. cit. in loc. cit., p. 15 ).

20.2 Já no que diz respeito a informações particulares, pessoais, subjetivas, estas quase sempre devem ser sigilosas para terceiros, nunca para a pessoa à qual se referem as informações. É o que diz a doutrina: " Não há informação sigilosa em relação à pessoa do próprio informado. Até mesmo quando o indiciado é preso, será informado de seus direitos e tem ele direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Assim também a informação registrada sobre qualquer pessoa dá-lhe o direito a conhecê-la" ( José da Silva Pacheco, op. cit., p. 238 ). No mesmo sentido leciona José Afonso da Silva: "Não pode haver sigilo para com o titular de informações e dados. Seria isso admitir a possibilidade de registros de informações e dados falsos a respeito das pessoas. Pois se forem informações e dados corretos, eles não são segredos para seu titular, e se não são para ele, não há por que lhe sonegar o acesso a seus registros" ( Mandado de Injunção e Habeas Data, Editora Revista dos Tribunais, S.Paulo, 1989, p. 68 ). Dessa orientação não discrepa o entendimento jurisprudencial: "De minha parte, quero externar o convencimento de que o alegado sigilo não pode acobertar informações pessoais, quando pretendidas pelo próprio interessado. Pelo singelo motivo de que, sendo elas verdadeiras, já serão do conhecimento deste, não podendo advir, de sua revelação, obviamente, qualquer ameaça à

sociedade ou ao Estado; e, sendo inexatas, a disclosure apenas ensejaria a devida retificação, no interesse recíproco" ( Min. Ilmar Galvão, HD no 4-DF, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, op. cit., p. 466 ). E mais adiante: "Informações subjetivas jamais podem ser comprometedoras da segurança da sociedade ou do Estado. Se houver qualquer aspecto que recomende sigilo, o Tribunal competente deve ser efetivado. Aliás, o bom-senso recomenda que as informações, quando prestadas, devem, sempre, ser fornecidas ao requerente em segredo de justiça. Este se quiser divulgá-las-á para terceiros" ( Vicente Greco Filho, Tutela Constitucional das Liberdades, págs. 175/178, citado por Ilmar Galvão no HD no 4-DF, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, op. cit., p. 467).

#### IV - REQUERIMENTO

Por todo o exposto, o impetrante requer: a) Liminarmente, a notificação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na pessoa de seu Exmo. Sr. Juiz-Presidente para que se digne determinar que, em 10 ( dez ) dias, o setor competente apresente, nos autos ou em documentos reservado endereçado ao impetrante, informação completa ou simples cópia xerográfica autenticada de sua Ficha de Avaliação de Desempenho correspondente à avaliação realizada no período de 01.01.88 a 31.12.88, remetida ao Tribunal Regional em setembro de 1989; b) Que seja ouvido o Ministério Público Federal, nos autos desta impetração; c) Que seja julgado procedente este habeas-data.

Nestes Termos

Pede Deferimento

Fortaleza, 17 de setembro de 1990.

PP TEREZA NÁDIA DE CAMPELO PEREIRA

O.A.B. 4180. - CE

**HABEAS DATA Nº 001- CE.**

**RELATOR : O EXMO SR JUIZ ORLANDO REBOUCAS**  
**IMPTE : JOSE BESSA DRUMOND**  
**ADV : TEREZA NADIA DE CAMPELO PEREIRA**  
**IMPDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

### EMENTA

CONSTITUCIONAL. HABEAS DATA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PEDIDO DE FORNECIMENTO DE FICHA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO.

- Demonstrado e, inclusive, reconhecido pela própria autoridade impetrada, o direito do servidor impetrante de conhecer o conteúdo das informações referentes à sua pessoa, constantes da respectiva Ficha de Avaliação de Desempenho para fins de progressão funcional, deve ser concedida em seu favor a ordem de habeas data, para cuja ação ele reúne as condições necessárias.

- Ordem de Habeas Data concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide o Plenário do Egrégio Tribunal Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de não conhecimento da impetração do habeas data e, no mérito, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 13 de março de 1991. (data do julgamento).

**JUIZ RIDALVO COSTA - PRESIDENTE**  
**JUIZ ORLANDO REBOUCAS - RELATOR**

**HABEAS DATA Nº 001- CE**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. JUIZ ORLANDO REBOUCAS (RELATOR)** : Trata-se de Habeas Data impetrado por José Bessa Drumont, servidor da Justiça Federal - Seção Judiciária do Ceará, objetivando conhecer o conteúdo de informações referentes à sua pessoa constante da "Ficha de Avaliação de Desempenho" para progressão funcional, tendo em vista que requerimento neste sentido lhe foi indeferido pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente deste Tribunal.

Alega que o fundamento da impetração é ter ficha funcional imaculada, segundo ele, já que não há registro de qualquer falta ao trabalho ou fato desabonador de sua conduta, além de ter exercido diversos cargos de chefia, inclusive o de Diretor de Secretaria de Vara, sendo, à época da impetração, Supervisor da Seção de Execuções Fiscais da 4ª Vara

Informa ainda que não seria o caso de argumentar-se da sua falta de escolaridade de nível superior, que não nega não a possuir, pois, para os fins da "progressão", esta não é exigida, nos termos do Ato 288/74 e demais que o sucederam, para aqueles que já eram "auxiliares judiciais" à época da edição de tal ato.

Pediu, e lhe foi negado pelo despacho de fl. 41, liminar no sentido de que a autoridade, no caso o Exmo. Sr. Juiz Presidente desta Casa, lhe apresentasse, através de documento reservado, informação completa ou cópia xerox da sua Ficha de Avaliação de Desempenho, correspondente ao período de 01.01.88 a 31.12.88.

Às fls. 43 a 44 existem as informações do Exmo. Sr. Presidente, Juiz Araken Mariz, onde, além de trazer aos autos a Ficha de Avaliação objeto deste "writ", afirma que "... a Presidência do Tribunal reconhece o direito do impetrante à informação sobre seu desempenho funcional, constante dos registros de pessoal sob controle do órgão, embora entenda que, durante o processo de elaboração e julgamento do processo de progressão funcional, tais informações devessem, no interesse da administração, ser mantidas de forma confidencial, e para preservação da igualdade de todos perante a administração."

O parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela Dra. Armanda Figueiredo, é no sentido de que o impetrante atende aos requisitos de admissibilidade do seu pedido, visto que seu pleito encontra respaldo nas disposições constitucionais. Diz ainda que as informações do MM. Juiz Presidente deste Regional configuram autêntico reconhecimento da procedência do pedido.

## É O RELATÓRIO.

### VOTO

#### O EXMO. SR. JUIZ ORLANDO REBOUÇAS (RELATOR):

Em suas informações, a ilustre Autoridade impetrada, no caso o Exmo. Sr. Juiz Presidente deste Egrégio Tribunal, reconhece expressamente o direito vindicado pelo funcionário impetrante, de conhecer o conteúdo das informações referente à sua pessoa, constantes da respectiva Ficha de Avaliação de Desempenho para progressão funcional. Expressou, entretanto, o seu entendimento de que, "durante o processo de elaboração e julgamento do processo de progressão funcional, tais informações devessem, no interesse da administração,

ser mantidas de forma confidencial, e para preservação da igualdade de todos perante a administração".

Muito embora tudo indique que, a estas alturas, o referido processo de progressão funcional já tenha chegado ao seu termo, o que poderia conduzir ao entendimento de resultar prejudicada a presente impetração, tudo leva a crer que persiste o interesse do impetrante acerca das informações funcionais a seu respeito, para que melhor possa aferir a justiça da avaliação, bem como a correção dos critérios para tanto aplicados.

Há de notar-se, ainda que a digna Autoridade impetrada fez anexar às suas informações cópias dos elementos de informação pretendidos pelo impetrante, reconhecendo, assim, de forma prática, o direito do mesmo.

É, portanto, plenamente aplicável na espécie o remédio heróico previsto no art. 5º, inciso LXXII, da Constituição, ao qual recorre o impetrante para ter conhecimento das informações relativas à avaliação de seu desempenho funcional, objeto de registro na respectiva Ficha, que lhe foi administrativamente negada pela Autoridade impetrada.

Isto posto, conheço do pedido de Habeas Data e concedo a ordem nos termos do pedido e em consonância com o parecer do Ministério Público Federal.

#### É COMO VOTO.

**HABEAS DATA Nº 01-CE  
VOTO - MÉRITO**

O SR. JUIZ CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, estamos numa situação histórica. Alguns Juízes desta Corte negam o

habeas data sob diversos argumentos. Primeiro, o de que não há registro. Ora, o que é uma ficha senão um registro? Segundo, o de que o meio adequado seria o mandado de segurança, porque seria assim o direito à certidão. Creio que, se o servidor em lugar de ter requerido habeas data, tivesse requerido um mandado de segurança, muitos argumentariam que ele não teria direito à certidão, porque a Constituição Federal reservou o remédio específico, que seria o habeas data.

O Dr. José Delgado falou que os autores do habeas data tremeriam diante da interpretação que se está dando no Tribunal. Isso é um direito dessas pessoas. Entretanto, no momento em que se colocou o habeas data na Constituição Federal, ninguém mais é dono do mesmo. Os donos do habeas data passam a ser todo o povo brasileiro que recebeu a Constituição Federal no dia 05 de outubro de 1988. Então, não me impressiona também certos precedentes, embora respeite a autoridade dos eminentes juristas. Nem sempre esses primeiros estudos são os estudos definitivos. O habeas data vai ter a sua figura jurídica definida depois de uma experiência, mas é claro que não haverá experiência nenhuma se os tribunais começarem a tergiversar e deixarem de receber essa figura constitucional no instante em que este será lançado contra eles mesmos. É muito fácil sermos democratas diante dos outros, mas é preciso que a nossa casa seja a primeira a ter as suas portas abertas e deixe entrar o sol da liberdade.

Vejo, também, o argumento sobre o rebaixamento do habeas data. Data venia, não vejo rebaixamento, vejo elevação do habeas data. Por que rebaixamento? Será porque o habeas data não está dentro de um dos arquivos secretos do SNI, mas nos arquivos do Tribunal? Ora, estes argumentos de preservação de chefia são argumentos tipicamente autoritários. Diante de um sistema democrático, a chefia deve ser um serviço prestado aos jurisdicionados, prestados aos administrados. Por isso mesmo, é dever, é direito de

todos questionar os atos da Administração quando esses atos, de alguma maneira, possam ferir o direito de quem quer que seja.

Por isso, examinando a matéria e acompanhando os argumentos do eminente Relator, defiro a ordem, pedindo vênias aos eminentes pares que pensam de modo diferente.

**RELATOR: O SR. JUIZ ORLANDO REBOUÇAS.**

**PRESIDIU O JULGAMENTO O SR. JUIZ RIVALDO COSTA.**

**HABEAS DATA Nº 01-CE  
VOTO - PRELIMINAR**

**O SR. JUIZ CASTRO MEIRA:** Sr. Presidente, conheço do habeas data.

Queria, em homenagem às palavras ditas pelo Dr. José Delgado, colocar ligeiras observações.

Entendo que se deva distinguir duas etapas diferentes no caso da concessão desse recurso.

A primeira etapa é o direito constitucional reconhecido ao servidor de acesso às informações. Esses acesso às informações é inclusive com interesse possível de retificação. Pode ser que, como todos somos susceptíveis de erros, haja nesta ficha algum dado que o funcionário tenha interesse de retificar.

O outro lado da questão é exatamente a utilização deses

dados. No caso, existe um processo de progressão funcional que já está encerrado. Mas, naturalmente, o funcionário tem o direito a essas informações para futuras progressões. E, a meu ver, neste momento não cabe ainda cogitar-se o que o funcionário fará com essas informações em face de já ter-se encerrado o processo.

Então, entendo que no caso é interesse da administração da justiça ser tão transparente quanto se pede à Administração Pública de modo geral, já que o habeas data foi colocado exatamente para evitar qualquer dúvida quanto a essas informações, mesmo as informações sigilosas.

**O SR. JUIZ CASTRO MEIRA:** No momento constitucional em que estamos vivendo, data vênica, esse segredo não pode mais subsistir. Todos têm direito a essas informações. Embora possam os administradores, em certos momentos, reunirem-se para tomar decisões reservadas, essas decisões, numa segunda etapa, tornam-se públicas. É como fazemos, muitas vezes, nas sessões deste Tribunal.

Então, com essas breves considerações, porque não pretendo, de nenhuma maneira, doutrinar sobre a matéria, justifico a minha posição, conhecendo do recurso.

**RELATOR: O SR. JUIZ ORLANDO REBOUÇAS.  
PRESIDIU O JULGAMENTO O SR. JUIZ RIVALDO COSTA.**

**HABEAS DATA Nº 01-CE  
VOTO - PRELIMINAR**

Vejo que nas informações prestadas pelo eminente Presidente desta Corte, ele disse taxativamente que, embora reconheça o direito

dos funcionários, tais informações deviam ser mantidas de forma confidencial para preservar a igualdade de todos perante a Administração.

**O Sr. Juiz Orlando Rebouças (Relator):**

"Concede o habeas data nos termos do pedido".

**HABEAS DATA Nº 01-CE**

**VOTO - PRELIMINAR (NO GABINETE)**

**O SR. JUIZ ORLANDO REBOUÇAS (RELATOR):** Sr. Presidente, no meu voto, já me adiantando que poderia ser aventada essa preliminar de julgar prejudicado, argumentei que deve continuar existindo interesse do impetrante em ter conhecimento, mesmo que haja findo o processo de progressão funcional.

Rejeito a preliminar.

Decisão Preliminar.

O Tribunal, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de se julgar prejudicada a impetração. Vencidos os Srs. Juizes Lazaro Guimarães e José Delgado.

**HABEAS DATA Nº 01 - CE**

**DECISÃO HABEAS DATA Nº 01 - CE  
ADITAMENTO AO VOTO**

**MÉRITO**

**O SR. JUIZ ORLANDO REBOUÇAS (RELATOR):**

Sr. Presidente, em face de S.Exa., o Sr. Juiz Lázaro Guimarães, ter publicado que essas fichas não são registradas, não ficando nada assinalado à vida funcional do impetrante, creio que é exatamente o contrário, porque elas são elaboradas em função da vida funcional, mais precisamente do merecimento do impetrante. Essa vida funcional, títulos, cargos exercidos, funções, tempo de serviço e outros elementos, que são fundamentais para a aferição do mérito, acham-se registrados nas fichas funcionais do servidor. Desta forma, aquela ficha pode ser destinada a uma determinada progressão, uma determinada promoção, mas os elementos que ela contém são objetos de registro, não estão só no domínio da autoridade que faz a avaliação. Essa avaliação deve ser confrontada com elementos concretos, constantes e objetivos dos assentamentos funcionais.

Se o servidor se sente obstaculado em ter acesso a estes registros e dados, principalmente porque pretendeu tomar conhecimento, mais precisamente, do valor da pontuação obtida nessa avaliação - o que lhe foi naquele momento negado com base nas informações sobre a necessidade de manter-se o sigilo, entendo que, em face da nova ordem constitucional, está perfeitamente cabível através de habeas data.

Então, se formos, como os Tribunais já estão pondo em prática, no caso de um mandado de injunção e habeas data, figuras novas do Direito Constitucional Brasileiro, considerar isto remédios inadequados para estes fins, perde o sentido como já vem sendo considerado o mandado de injunção, não servindo para nada.

Os Tribunais sempre estão encontrando uma saída para não conhecer de um mandado de injunção. O mesmo está ocorrendo, pelo menos agora no começo, com a figura do habeas data.

Uns entendendo que o caso é de mandado de segurança

e outros que é só de remédio administrativo.

Na verdade, precisamos começar a aplicar este remédio valioso, caminhado ao lado do habeas corpus e do mandado de segurança. A Constituição outorgou estes direitos aos cidadãos. É preciso que comecemos a fazer isto em Casa nas possíveis violações ao direito do jurisdicionado, para que, assim possamos nos afirmar como julgadores e tribunal. Dar o exemplo em Casa para não tentar aplicá-lo depois somente nas pessoas de outros órgãos da Administração Pública Direita ou Indireta. É preciso que se tenha coragem para fazer valer o habeas data, neste caso. O primeiro a ter coragem foi a própria autoridade impetrada, S.Exa., o Presidente da Corte, que reconheceu o direito do impetrante.

## **HABEAS DATA Nº 01 - CE**

### **DECISÃO**

### **MÉRITO**

Por maioria de votos, o Tribunal concedeu a ordem. Vencidos os Srs. Juizes Lázaro Guimarães e José Delgado. Impedido o Sr. Juiz Araken Mariz. Presidiu o julgamento o Sr. Juiz Rivalvo Costa.

**O SR. JUIZ NEREU SANTOS:** Sr. Presidente, partindo da premissa do Presidente de que o impetrante tem direito àqueles informações, constantes de registro, quer sejam formalizados ou não, o funcionário tem necessidade de tomar conhecimento dessas informações.

A Administração Pública deve ser transparente, não

devendo negar o fornecimento destas informações que o impetrante necessita para o conhecimento de sua vida funcional.

Por estas razões, acompanho o voto do eminente Juiz Relator.

**O SR. JUIZ NEREU SANTOS:** Também rejeito a preliminar, porque entendo que o impetrante demonstra interesse em ter conhecimento; não o conhecimento através dos autos do processo, mas diretamente pela autoridade impetrada.

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
PARECER Nº 0021/94 - PP - PGM.  
PROCESSO Nº 6143/91- GABINETE DO PREFEITO  
INTERESSADO: CONSELHO COMUNITÁRIO DO CEARÁ.**

**EMENTA:** REQUERIMENTO DE NÚCLEO DE TRABALHO E SERVIÇOS EM ÁREAS INSTITUCIONAL DESTINAÇÃO COMPATÍVEL COM A VOCAÇÃO DA ÁREA. EQUIPAMENTO SOB DOMÍNIO E ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO. CONCESSÃO DE USO PARA UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE PARTICULAR DAS UNIDADES INTEGRANTES. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

**IRMº. SR. PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA  
PATRIMONIAL**

Apresenta-se para exame desta Procuradoria o processo em epígrafe, no qual o conselho comunitário do conjunto Ceará, solicita ao SR. Prefeito Municipal, construção de um "Shopping de serviços" para uso da comunidade, em terreno indicado como de domínio público municipal, localizado entre a AV. Central (rua 141), AV. (rua 127) e rua 129 do mesmo conjunto.

**PARECER**

**DA DOMINIALIDADE DO TERRENO**

No tocante à dominialidade do terreno, cumpre-nos acatar o pronunciamento do órgão técnico competente, o Instituto de Planejamento do Município - IPLAM, uma vez tratar-se de terreno incluso em área objeto de loteamento aprovado, o qual através do parecer Nº 83/93 declara que o imóvel em pauta, enquadra-se como área



Institucional do Conjunto Ceará.

## DA DESTINAÇÃO PRETENDIDA

Quanto à finalidade a ser dada ao terreno, dispõe a Lei Orgânica do Município, que as áreas institucionais, destinam-se à implantação de equipamentos comunitários. A lei Nº 6766, de 12 de Janeiro de 1979, bem como a Lei Nº 5.122-A, de 31 de março de 1979, definem tais equipamentos, como os públicos de educação, cultura, lazer e similares.

Como se depreende dos citados diplomas legais, a enumeração dos usos enquadráveis como equipamentos comunitários é meramente exemplificativa, já que existem outros equipamentos ínsitos. Apesar disso, tanto a Lei Federal como a Municipal retro citadas delineiam um perfil do uso do que seria compatível com tais áreas institucionais ou do que seriam os equipamentos comunitários implantados em áreas institucionais. Com efeito, tais equipamentos devem ser públicos e como tal administrados pelo Poder Público, devendo sua destinação guardar identidade com a característica do terreno no qual acham-se implantados, ou seja ter uma utilização de interesse da coletividade. A teor do requerimento, "shopping de serviços" seria um equipamento constituído de um conjunto de pequenas lojas a serem utilizadas para correios, vendas de frutas, consertos de sapatos, etc. A despeito da denominação dada pelos requerentes, tal equipamento teria a característica dos núcleos alternativos de trabalho e comércio, disciplinadas pela Lei Municipal Nº 7.146, de 19 de julho de 1992, razão pela qual passaremos doravante assim a considerá-lo.

## DA UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE BEM ESPECIAL

O equipamento resultante de tal empreendimento se constituiria em

um bem público de uso especial e como tal sujeito as normas de Direito Administrativo. Portanto, a despeito da sugestão dos postulantes de ocuparem as futuras lojas mediante aluguel, o uso de tais bens deve se revestir da forma de concessão de uso, não sujeitas portanto, às regras de locação civil. A respeito, dispõe a lei Orgânica do Município, in verbis:

ART.128. — "o uso de bens municipais, por terceiros, só poderá ser feito mediante concessão, ou permissão, a título precário e por tempo determinado, conforme o interesse público exigir".

Regulando especificamente sobre os NÚCLEOS ALTERNATIVOS DE TRABALHO E COMÉRCIO, a Lei Nº 7.146/92 prevê a implantação de tais equipamentos em qualquer área periférica de domínio público municipal, ficando estas em decorrência da lei automaticamente desafetadas de sua destinação de origem, passando a integrar o patrimônio disponível do Município. Define ainda a mesma lei, a utilização das unidades integrantes de tais núcleos, a qual se fará através de concessão de uso ou venda a terceiros, mediante concorrência pública.

A despeito da autorização para venda das "unidades" a terceiros, constante da lei Nº 7146/92, deve ser considerado que os NÚCLEOS DE TRABALHO E COMÉRCIO são equipamentos de interesse eminentemente social, sendo portanto de todo aconselhável que os mesmos fiquem sob administração e domínio público municipal.

Desta forma, o equipamento como um todo, no caso, o Núcleo de Trabalho e Comércio ficaria sob a administração do Município, devendo apenas as unidades que lhe são integrantes (lojas ou boxes), terem seu uso concedido, mediante concorrência pública como prevê a Lei Nº 7.146/92. O instituto a ser utilizado portanto seria a concessão de uso, pois embora tal instituto atribua a utilização exclusiva a particular do bem público, no caso as "unidades", o fará mediante

contrato administrativo, que por si já abre a possibilidade do Município desfazê-lo a qualquer tempo, desde que ocorram motivos de interesse público. Ademais, mediante a utilização de tal instituto para tal mister ao mesmo tempo que se permite o uso privativo de cada "unidade" viabiliza-se o exercício de atividades de interesse da coletividade compatíveis portanto com destinação originária da área institucional guardando ainda, a peculiaridade que é traço típico nos bens de uso especial, qual seja, o da inalienabilidade.

### CONCLUSÕES:

Ante acima exposto, conclui-se;

- 01) O terreno constitui-se DE ÁREA INSTITUCIONAL DO CONJUNTO CEARÁ;
- 02) O equipamento requerido constitui-se de um núcleo alternativo de trabalho e comércio, disciplinado pela Lei Nº 7. 146, de 19 de julho de 1992;
- 03) O uso pretendido é compatível com a destinação originária de área institucional;
- 04) A utilização privativa das unidades integrantes do núcleo alternativo de trabalho e comércio devem se dar através de concessão de uso mediante concorrência pública;
- 05) Embora a concessão de uso exija autorização legislativa, as outorgadas para as unidades integrantes dos núcleos de trabalho e comércio a dispensam, uma vez que de forma genérica e abrangente a Lei Nº 7146/92 já deu ao Sr. Prefeito Municipal tal autorização.

Face ao exposto, o pedido é juridicamente viável, pelo que somos por seu deferimento.

É o que temos a submeter à elevada consideração de V.sa.

Fortaleza, 26 de maio de 1994.

**Maria de Fátima N. de Araújo**

Procuradora do Município de Fortaleza

e mantidas pelo Poder Público, irão propiciar aos futuros adquirentes os serviços e benefícios que aquele deve colocar à disposição da coletividade. A Lei 6766/79 ao definir equipamentos comunitários considera os públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares; o que significa ser, aquele mantido pelo Poder Público, incluídos em área de reserva pública, sem se cogitar em prestação por particulares.

A função social da propriedade exigida como princípio constitucional em nosso sistema, legitima tal exigência legal imposta ao particular loteador que se verá despojado das áreas destinadas a equipamentos públicos.

Ainda se observa que a Construtora Farias Brito, obrigada a efetivação dos equipamentos comunitários, celebrou com a Caixa Econômica Federal contrato de empréstimo mediante o qual obteve os recursos necessários para a execução dos trabalhos. A municipalidade, em vista das modificações que realizou no projeto, comprometeu-se, através de acordo, a complementar tais recursos, caso os obtidos pela Construtora não fossem suficientes. Portanto, desnecessário celebração de qualquer convênio entre o Município de Fortaleza e a referida Construtora.

Não há de se falar em convênio quando há imposição legal sobre a matéria. A Lei nº 6766/79 impõe em seu art. 4º, I que "os Loteamentos deverão ter áreas destinadas a sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba..", considerando em seu § 2º comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

Com os equipamentos comunitários deverão ser mantidos pelo Poder Público, não há possibilidade jurídica dentro do

que se entende por convênio administrativo de se colocar o Município de Fortaleza e o Interessado em posições de igualdade.

No convênio, diz Hely Lopes, "os partícipes tem interesses comuns e coincidentes, há igualdade jurídica dos signatários e ausência de vinculação contratual entre eles, podendo qualquer partícipe retirar sua cooperação quando o desejar" ( Meirelles, Hely Lopes - Direito Administrativos, 16o ed. 2ª tiragem 1988)

Face as considerações expostas, respondo a consulta no sentido da inviabilidade da doação requerida, assim como do convênio administrativo.

Ressalte-se que nada impede a implantação do NASC às expensas da construtora interessada desde que esta, previamente, se comprometa a transferi-lo para o Município após a sua integrada execução.

Advirta-se, por oportuno, que nos presentes AUTOS não consta comprovado o registro imobiliário do Loteamento no qual se insere a área institucional destinada ao empreendimento proposto. Caso, efetivamente, não tenha ocorrido o aludido registro, sugiro que se notifique o loteador para suprir tal omissão sob pena de sofrer as cominações civis e penais estabelecidas na legislação vigente.

É meu parecer

S.M.J.

Denise Barbosa Sobreira

Procuradora do Município

Fortaleza, 18 de outubro de 1993.

DESPACHO.

Concordo com o parecer, à vista de seus próprios e bem lançados fundamentos. Submeta-se o assunto à superior consideração do Sr. Procurador Geral do Município.

Fortaleza, 27 de outubro de 1993

**PROCESSO Nº 3161/94-SPLAN - 1463/93-PGM**  
**INTERESSADO: CONSTRUTORA FARIAS BRITO**

**EMENTA: DOAÇÃO DE ÁREA INSTITUCIONAL-REGISTRO POSTERIOR DO LOTEAMENTO-PERSISTÊNCIA DA VEDAÇÃO LEGAL.**

Trata-se de pedido do Exmo. Sr. Secretário do Controle e Meio Ambiente (SPLAN) para fins de novo exame por esta Procuradoria Geral quanto ao pedido consubstanciado nos Autos 9275/93, objeto do parecer 0020/93-PGM, tendo em vista a Interessada- Construtora Farias Brito-ter procedido registro do loteamento, ausente quando do exame inicial do pedido de doação de área institucional, pelo que ficou advertido das cominações civis e penais, caso assim não procedesse.

Procedido o registro, a Construtora Interessada solicitou, dessa vez, desarquivamento do processo, sendo esta Procuradoria requestada a se manifestar, revisando o parecer 020/93 que entendeu obstado o pedido de doação de terreno público municipal integrante da área institucional do Conjunto Habitacional São Cristovão assim como convênio administrativo em consequência de vedação legal expressa e falta de motivação.

A Lei Orgânica do Município tratando-se de área institucional proíbe quaisquer doações ou concessões de uso de áreas de parques, praças, jardins ou lagos públicos, dispondo que a concessão de uso somente poderá ser outorgada a ENTIDADES ASSISTENCIAIS e SEM FINS LUCRATIVOS e para implantação de equipamentos comunitários, exigindo, ainda, prévia licitação nos termos do art.2º da Lei 8.666/93 procedida de acordo com a conveniência e interesse do Município.

As áreas destinadas a equipamentos urbanos, vias, praças, espaços livres e a edifícios públicos, constantes do projeto e memorial descritivo, integram o domínio público desde a data do registro, este, obrigado pela Lei 6766/79-Lei do Parcelamento do Solo Urbano-após o projeto devidamente aprovado.

Portanto, o projeto de loteamento aprovado vincula o loteador, em seus termos, ao seu cumprimento, o registro, a aquisição, pelo Município, ao domínio das áreas reservadas.

Ratificadas, pois, a afirmação posta no parecer 020/93 que a execução do projeto pela construtora não está subordinada a doação do imóvel público municipal mesmo porque há norma legislativa impedindo esse procedimento.

Ainda que a legislação municipal admitisse a doação de bens públicos, não seria de boa técnica a utilização desse instituto. Como nos ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles:

“A concessão assim concebida substitui vantajosamente a maioria das alienações de terrenos públicos, razão pela qual deverá ser sempre preferida principalmente NOS CASOS DE VENDA E DOAÇÃO.( ... )Modernamente, a doação de terrenos públicos vem sendo substituído e com vantagens-pela concessão de direito real de uso”(in Direito Administrativo Brasileiro, 16ª Ed. RT, pág.433,439).

Ressalte-se que a existência de “convênio” entre os incorporadores e o Município não obriga a doação das áreas para construção de equipamentos comunitários, até porque, assim considerados, devem ser mantidos pelo Poder Público.

Observe-se que o fato da empresa interessada ter

procedido o registro do loteamento não cria direito ou obriga a edilidade a conceder ou a doar terrenos em área institucional.

Segundo o autor acima mencionado, o loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba que planeja sua divisão e à SUBMETE A APROVAÇÃO DA PREFEITURA, PARA SUBSEQUENTE INSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO, TRANSFERÊNCIA GRATUITA DAS ÁREAS DAS VIAS PÚBLICAS E ESPAÇOS LIVRES DO MUNICÍPIO e a alienação de lotes aos interessados (citados por José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág.381).

A concessão do terreno, perdoe-se a repetição, não está condicionada ao registro do loteamento, que apenas regulariza a situação do mesmo, transferindo para a edilidade a propriedade dos espaços livres.

As áreas institucionais se destinam à instalação de equipamentos comunitários e a edifícios públicos. Uma eventual doação já demonstrada que juridicamente incabível, teria de ser precedida de lei autorizadora, DESAFETAÇÃO e prévia avaliação. A Construtora Farias Brito se propõe a construção de um núcleo assistencial, posteriormente mantido pelo Poder Público. Incompatível, pois, com o instituto da desafetação, pressuposto essencial de toda doação, já que o imóvel continuaria a atender os interesses da comunidade, mantido pela municipalidade.

Ratificamos, portanto, as considerações finais do parecer em revisão, atendo-se:

1. Inviável a doação, bem como o convênio administrativo entre a Interessada e o Município.

2. Não há óbice legal quanto a implantação do núcleo ou assistência social às expensas da incorporadora, ressaltando-se que a área continuará sob o domínio do Município, não criando direito de posse ou propriedade à construtora interessada.

3. O registro do loteamento não obriga a doação de terrenos à incorporadora. O registro do loteamento transfere, ex vi lege, os espaços livres para o domínio do Município.

É o parecer.

Sob censura.

Fortaleza, 14 de março de 1994.

Denise Barbosa Sobreira  
Procuradora do Município

Lia Sammia Sousa Moreira  
Estagiária

## DESPACHO.

Concordo com o parecer. Entendo, assim, que nada obsta a construção do equipamento social proposto, dentro das limitações acima referidas. Submeta-se o assunto à superior decisão do Sr. Procurador Geral do Município.

Fortaleza, 16 de março de 1994.

Luiz Nivardo de Melo  
Procurador Chefe da Procuradoria Patrimonial

Excelentíssimo Senhor Doutor

Juiz **MANUEL ARIZIO EDUARDO DE CASTRO**

DD.Relator de Ação Rescisória N. 4.309, de Fortaleza.

A EMLURB - EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO, empresa pública integrante da estrutura administrativa do Município de Fortaleza, vem mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, através de seus procuradores judiciais signatários, ofertar **CONTESTAÇÃO** aos termos da ação rescisória acima epigrafada, contra si ajuizada por Orlando Chagas Junior, *et alli* o fazendo na forma das revelantes razões fáticas jurídicas adiante alinhadas e final requerimento.

Alinhadas de forma francamente tendenciosa, inverídica revelando apenas o instituto de locupletamento ilícito à custa do dinheiro público, imerecem prosperar as razões trazidas pelos autores, como fundamento de sua estranha ação rescisória, até mesmo porque carentes de qualquer substrato jurídico. Delas, provar-se-á a improcedência.

Primeira premilinar- ILEGITIMIDADE ATIVA *ad causam*  
- Litisconsórcio ativo necessário - Ausência de litisconsortes - Extinção do processo sem julgamento de mérito.

Conceitua-se a *legitimatío ad causam* como "a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribuiu, ou seja ela mesma pretende assumir".(1)

JAIME GUASP, em obra singular, manifesta-se também, no mesmo sentido: "Legitimacion procesal es la consideracion especial en que tiene la ley, dentro de cada processo, a las personas que se hallan en una determinada relacion con el objeto de litigio y,

en virtud de la cual, exige, para que la pretension procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como referida en tal processo. (...) la exigencia de esta condicion, referida al demandante, se llama legitimación activa. Y la referida al demandado, legitimación passiva; pero en uno y otro caso se trata de la aplicación de un mismo concepto procesal: la necesidad de que una cierta demanda sea propuesta por, o sea propuesta frente, a ciertas personas, que son las legitimadas para actuar como partes en un proceso determinado".(2)

É essencial, portanto ao tema aqui versado, estejam as partes exatas, no processo, como autor e réu (Die Richen Parteien). Nesse caso particular, a processualística tedesca adota a tese do poder de condução do processo (Die Prozessführungsbefugnis)(3), afirmando ser parte legítima quem tem o poder, segundo o ordenamento jurídico, de dirigir a pretensão deduzida em juízo ou a defesa contra ela oponível.

Qual seria, neste passo, em nível teórico, a situação legitimante acima referenciada?

Uma primeira assertiva, deve ser posta em relevância. Ora, se a legitimidade para agir é aferida a partir da situação substancial deduzida no processo, cuja providência jurisdicional irá produzir, acaso julgado o *meritum causae*, uma alteração objetiva (uma situação nova) no patrimônio dos sujeitos, de conteúdo igual àquela situação substancial proposta, a situação legitimante poderá, no tocante ao pólo ativo da relação processual, ser definida como aquela através da qual se determinará qual a pessoa (parte, no processo) que, em concreto, por determinação judicial, será beneficiada por uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, a cargo da parte passiva.

Nesse sentido, as palavras de ELIO FAZZALARI, verbis:

"Se chiamano situazione legittimante la situazione base alla quale si determina qual é il soggetto che, in concreto, può e deve compiere un certo atto,.....la legittimazione delle parti, del giudice, dedli ausiliare si determinava, in limine litis, comtemplando, in ipotesi, e a futura memoria, quello che, secondo il richiedente, dovrebb essere il provvedimento giurisdizionale emanado dal magistrado" (4)

Diante dessas considerações, legitimado ativo será aquele que, por força da situação legitimante, deverá, segundo suas afirmações, e de acordo com a relação de direito substancial deduzida, beneficiar-se de um ato, a cargo do réu consistente num dar, num fazer ou em um não fazer.

Em suma, será quem, por força e efeito do processo, seja beneficiado pelas consequências jurídico-materiais da sentença.(5)

Na hipótese, como afirmam de próprio punho os autores, pretende-se rescindir uma sentença homologatória de transação, prolatada nos autos de reclamação trabalhista ( processo Nº 544/89, 2ª junta de conciliação e julgamento).

Naquela demanda, foi celebrada uma transação (=acordo nos autos) entre as partes litigantes - Emlurb e Associação dos Servidores da Emlurb - isso mediante petição protocolada em 29.04.92 à qual se seguiu a homologação do acordo, em 05.05.92.

A Associação dos Servidores da Emlurb representou, naquela ocasião, 84 (oitenta e quatro) servidores, dos quais apenas 19 ajuizaram a presente ação rescisória.

Daí se pode concluir, diante dos conceitos acima postos em evidência, que falece aos autores a necessária legitimação ativa,

haja vista que, admitindo-se tão somente para argumentar, fosse possível qualquer discussão acerca do conteúdo material do negócio jurídico celebrado, esta só teria lugar se todos os participantes dela fizessem parte. E, como se viu, dos 84 servidores que celebraram o acordo pretendido anular apenas 19 compareceram em juízo, na presente ação rescisória.

Incidem, aqui, as regras jurídicas processuais atinentes ao litisconsórcio ativo necessário, positivadas nos arts. 46, II e 47, do Código de Processo Civil.

Trata-se, em verdade, de uma situação de fato que, no plano do direito material, faz com que seja de titularidade de não uma ou duas, mas de várias pessoas ( 84 servidores, recorde-se), a *legitimatío* para requerer a decretação de nulidade da transação celebrada e, via de consequência, a sentença que a homologou.

A ilegitimidade ativa *ad causam*, na presente hipótese, resai flagrante, haja vista que um co-titular não pode dispor do direito de requerer a decretação de nulidade da transação celebrada sem o consenso de todos os outros.

Nesse sentido a brilhante pena de CANDIDO RANGEL DINARMARCO, verbis;

"Como em todos os casos de litisconsórcio necessário ativo, cada um dos titulares da situação jurídica incindível é o unico e soberano juiz da conveniência de se desfazer dela, seja para desconstituí-la, seja para obter a declaração de sua invalidade. (...)

Como o pronuciamento jurisdicional a ser emitido em via principal ( e não *incidenter tantum*) colherá toda a relação monolítica e

incidível, atigindo a todos os participantes, a presença de todos no pólo ativo da relação jurídico-processual é tão indispensável quanto seria no passivo. Sempre que estiver diante de uma situação assim, aos cotitulares falta legitimação ativa para, sem o consenso de todos, postular a declaração que um deles se recuse a postular (...)

O caráter instrumental do processo dá a exata medida dessa garantia, que não deve ser estendida ao ponto de permitir possa um dos co-interessados, sem o consenso de todos, promover em juízo algum resultado que, no plano do direito substancial, lhe seria vedado produzir individualmente".(6)

Por todas as razões expostas, REQUERER a EMLURB, nesta primeira preliminar, digne-se Vossa Excelência de , em reconhecendo a manifesta ilegitimidade ativa *ad causam* dos autores, declará-los carecedores da ação proposta e extingir a demanda sem julgamento de mérito, de conformidade com as disposições do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando-os no ônus sucumbenciais de estilo.

SEGUNDA PRELIMINAR - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - DESCABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA - HIPÓTESE EM QUE A AÇÃO CABÍVEL SERIA A ANULATÓRIA, PREVISTA NO ART. 486, DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Como se bem pode constatar da petição inicial, o pretenso fundamento fático-jurídico de que se valeram os autores da presente ação rescisória foi que inexistiu transação, já que aqui os autores foram supostamente "coagidos" a celebrar o acordo proposto e homologado em juízo.

Ressalte-se que o unico argumento através do qual

conseguiram os autores, reputando "desproporcional" o acordo celebrado, supor a existência de "coação", foi aquele segundo o qual:

"Ninguém em sã consciência e/ ou consciência livre aceitaria acordar para renunciar a tudo o que conseguiu após anos de luta na Justiça para reparar a lesão que sofreu".(fls. 4)

A impropriedade da via eleita pelos demandantes, como adiante se verá, salta cristalina aos olhos do menos arguto observador.

O que se objetiva "rescindir", nos presentes autos (7), não é propriamente, a sentença homologatória, mas a transação celebrada pelos então litigantes (Emlurb x Assemblurb), uma relação jurídica de direito material por eles efetuada.

A sentença homologatória é, apenas, condição de eficácia processual da transação. Meio de transformá-la em título executivo judicial.

Destruidos os efeitos, vale dizer, invalidada a transação, sumcubirá, via de condequência, a sentença homologatória que, em si, não possui nenhuma decisão de mérito.

Não havendo, dessarte, uma decisão de mérito, mas apenas a voluntária homologação de um acordo já trazido pelas partes à apreciação do magistrado- o qual, em verdade, não exercita o mister de julgar, de decidir-, não tem sentido nem cabimento o emprego da ação rescisória para pretender desconstituí-lo, invalidá-lo. Incide, aqui, a norma do art. 486 do CPC e não aquelas relativas ação rescisória.

Consectário lógico de tais afirmações, é a necessidade de se extinguir o presente feito sem julgamento de mérito, por ser ineducada



a demanda proposta.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas nesse sentido. Como exemplo, pode-se citar aresto prolatado pela Egrégia Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, à unanidade, nos autos do recurso extraordinário Nº 100.466-5/SP, de que foi Relator o eminente Ministro Djaci Falcão:

"Ação objetivando a anulação de transação homologada judicialmente. Aplicação do art. 486 do Código de Processo Civil. Não vinga a alegação de afronta aos arts. 269, inc. III e 485, inc. VIII, do invocado diploma. A sentença simplesmente homologatória da transação apenas formaliza o ato resultante da vontade das partes. Na espécie, a ação não é contra a sentença, que se restringe à homologação, em que não há um conteúdo decisório do juiz. Insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação. Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum de nulidade ou anulatória (art. 486 do Código Proc. Civil). (8)

Por todas as razões expostas. REQUER a EMLURB, nesta segunda preliminar, digne-se Vossa Excelência, diante da manifesta inadequação da via eleita pelos autores aos objetivos quixotesicamente colimados- o que os torna carecedores da ação proposta, extinguir o processo sem julgamento de mérito, condenações de estilo.

Acaso ultrapassadas as prefaciais acima arguidas, o que se admite apenas pelo amor do debate, sorte melhor não assiste aos demandantes, no que diz respeito ao *meritum causae*, como a contestante é sobremaneira fácil demonstrar.

De acordo com o texto da petição inicial, pretendem os autores obter sucesso na presente ação rescisória, alegando a coação, como fator que supostamente teria viciado sua manifestação de vontade da transação celebrada e homologada nos autos de reclamação trabalhista Nº 544/89, que tramitou perante a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento.

Argumentam que, por haverem requerido a execução da sentença prolatada naquela demanda trabalhista, a contestante "expediu aviso prévio demitindo os promoventes e demais servidores que integravam aquela lide, causando, em consequência, pânico geral entre os mesmos"(sic), e passou a deles "exigir" a "... renúncia aos direitos que haviam conquistados nesta Justiça Obreira, para efeito de revogação de dispensa" (sic). (fls. 3)

Concluem, após, que "... os promoventes terminaram por ceder a pressão imposta, em troca da permanência no emprego" (loc.cit)(sic).

Esses os motivos de fato reputados pelos autores como (pretensamente) determinantes de sua manifestação de vontade (supostamente) viciada por coação.

Ledo engano, todavia. Em momento algum o acordo judicial, a transação homologada por uma autoridade jurisdicional, foi celebrada pelos promoventes sob coação. Revestiu-se, ao contrário, de todos os requisitos essenciais de existência, validade e eficácia de qualquer negócio jurídico. Demonstrar-se-á.

O ato jurídico, tal como concebido pela doutrina, é aquela manifestação da vontade humana, revestida de licitude, capaz de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Representa, essencialmente, uma prerrogativa que o sistema jurídico confere ao indivíduo capaz de, pelo intermédio de sua vontade, dar origem a relações às quais o Direito outorga validade e eficácia, desde que conforme com a ordem pública e social.(9)

Como o ato jurídico é, essencialmente um ato de vontade, para que ele se aperfeiçoe é necessário que essa vontade, ao ser externada, se apresente livre e consciente. Daí porque se ao fenomenizar-se, revelar-se viciada, o ato por ela gerado é passível de desfazimento.(10)

Se a declaração de vontade não foi emitida livremente, mas, ao contrário, foi imposta ao indivíduo por uma ameaça, permite a lei que o prejudicado requeira o desfazimento do negócio jurídico, desde que efetivamente prove essa situação de fato.

Sob esse prisma surgiu a coação na teoria dos defeitos dos atos jurídicos.

Deve-se levar em consideração, todavia, que a coação que vicia a vontade do manifestante é aquela de ordem moral, vale dizer a *vis compulsiva*, entendida por CLÓVIS BEVILAQUA como "estado de espírito em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realizar o ato que lhe é exigido".(11)

Para viciar o consentimento a coação deve ser causa determinante da realização do negócio jurídico; deve haver uma relação de causalidade entre a ameaça e a manifestação da vontade. A vítima deve estar a sofrer um fundado temor de um grande dano, levando-a a manifestar um consentimento não querido.(12) Se foi secundária não enseja o desfazimento.

Deve-se levar em consideração, ainda, para que se considere

como viciada a manifestação de vontade por coação, que o medo incutido no indivíduo seja fundado e justificado, de tal maneira que, por intermédio desse temor irresistível e justificado, venha a emitir uma declaração de vontade em desacordo com seu íntimo querer.(13)

A doutrina aponta como outro requisito essencial para que se verifique a coação, que esse temor, além de fundado, justificado e irresistível, consista num dano iminente, em relação à esfera jurídica da suposta vítima.(14)

Feitas essas breves considerações, a única conclusão a que se pode chegar é que improcede a demanda aventureira ajuizada pelos autores.

Em primeiro lugar porque inexistente o préfalado nexo de causalidade, apontando como requisito *sine qua* para que se configure a coação. A empresa contestante, em momento algum, exerceu quaisquer pressões sobre cada um dos servidores que celebraram a transação homologada pelo Juiz Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento.

Ressalte-se que o documento acostado às fls. 09 confirma, à saciedade, a tese sustentada pela empresa contestante, qual seja, a de que não houve vício, de qualquer natureza, na manifestação de vontade dos autores, à época da celebração do acordo judicial.

Com efeito, os promoventes valeram-se do argumento de que a contestante ameaçou rescindir seus contratos de trabalho, se não fossem aceitos os termos do acordo - o que é completamente inverídico. Esse fato foi rechaçado, completamente desconsiderado pelo então Juiz da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento.

Por outro lado, ressalte-se que a transação foi protocolocada nos autos da reclamatória Nº 544/89 em 29 de Abril de 1992, e devidamente homologada em 05 de Maio do mesmo ano.

Por que só agora vêm a juízo os promoventes requerer a anulação do acordo celebrado, quase 02 anos após a sua homologação?

A única resposta a essa indagação é: Tentativa de locupletamento ilícito à custa do patrimônio público. Coação tal como concebida por doutrina e jurisprudência, inexistente na situação fático-jurídica aqui analisada e debatida. O acordo celebrado e homologado não padece de nenhum vício e, portanto, deve continuar intacto.

Dentre diversos fatores que excluem a coação, SILVIO RODRIGUES lista "...o fato da vítima permitir o transcurso de largo lapso de tempo, antes de reclamar contra a coação". Tal circunstância, para o tratadista, "...desmente a existência de uma pressão injusta". (15)

Lista após julgados nos quais os tribunais estranham que a vítima tenha deixado passar tempo sem denunciar a coação. Dai porque, citando aresto do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (Revista Forense . vol.144,p 513).

"A circunstância do coagido não a arguir prontamente, mas apenas meses depois, fundamenta a presunção de que não houve coação". (16)

Transcreve por fim, o renomado autor, julgado da lavra do Tribunal de São Paulo, segundo o qual:

"Não se compreende que os coatos deixem que os anos se escoem, sem qualquer protesto ou invocação das autoridades públicas.

achando-se como se acham, em estado policiado".

Por todas as razões expostas, confia, espera e requer a contestante:

1. Sejam acolhidas as preliminares suscitadas e extinto o processo sem julgamento do mérito, haja vista que os autores são manifestamente carecedores da ação proposta, condenações de estilo;

2. Não acolhidas as prefaciais, o que se admite apenas para sequenciar raciocínio, seja a presente demanda, no mérito, julgada improcedente em sua totalidade, eis que carece, flagrantemente, de substrato jurídico, mantendo-se íntegros tanto a transação celebrada nos autos da reclamação trabalhista Nº 544/89, como a setença que a homologou, condenando-se os autores nos ônus sucumbenciais.

Protesta e requerer a contestante provar o alegado através de todos os meios processualmente admissíveis, especialmente juntada posterior de documentos, oitiva de testemunhas, oportunamente arroladas, vistorias, perícia, depoimento pessoal de cada um dos promoventes, pena de confissão, enfim, tudo o mais necessário à instrução do feito.

São os termos nos quais.

E.R. deferimento

Fortaleza/CE, 26 de Janeiro de 1993.

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ.

Advogado OAB/CE 7876

ANTÔNIO OSMÍDIO TEIXEIRA ALENCAR

Advogado- OAB/CE 7.386

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) - c.f - **MOREIRA**, José Carlos Barbosa, in "Temas de Direito Procencial", 1ª Série, 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, pg. 200/201.

(2) - in "Derecho Procesal Civil", Tomo 1º, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1977, pg. 185.

(3) - c.f - **ROSEMBERG**, in "Zivilprozessrecht", 13ª Edição, Munique, 1981, pg. 46, pg. 239.

(4) - in "Instituzione di Diritto Processuale", 2ª Edizione, CEDAN, Padova, 1979, pg. 146ss.

(5) - Nesse sentido **ANTUNES VARELA, J., MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E. NORA**, in "Manual de Processo Civil", 2ª Edição, Rev. e Atualizado, Coimbra Editora Ltda. Coimbra, 1985, pg. 128.

(6) - in "Litisconsórcio", 2ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais.

(7) - Note-se que, no mesmo parágrafo, o pedido formulado pretende "Tornar sem efeito" a "renúncia dos direitos", dos autores na Reclamação Trabalhista já posta em destaque. Tornar sem efeito, em linhas gerais, significa "anular", "destruir os efeitos", diga-se de passagem.

(8) - in "Lex", jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ano 8, Nº 91, julho de 1986, pp. 183ss. No mesmo sentido, 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Nº 209.899, Nº Câmara, Rel. Juiz Ferreira Conti, votação unânime, in "Revista dos Tribunais" 630: 14/ss, ano 1977, abril de 1988.

(9) - c.f - **RODRIGUES**, Silvio, in "Dos Vícios do Consentimento", 2ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 1982, pp. 10ss.

(10) - c.f - **RODRIGUES**, Silvio, op. e loc. cit.

(11) - in "Teoria Geral do Direito Civil", Rev. e Atualizada, Caio Mário da Silva Pereira, 2ª Edição, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1976, parágrafo 53, n-i.p. 221. Na coação física absoluta não se examina a matéria sob o prisma do vício da vontade justamente porque, nesta hipótese, inexistente vontade. O ato não é viciado, se não manifestamente nulo.

(12) - c.f - **NONATO**, Orezimbo, "Da Coação como defeito do Ato Jurídico", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1957, pg. 113.

(13) - c.f - **JUNIOR**, Nelson Nery, "Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, pg. 38

(14) - c.f - **LOPES**, Manuel Maria de Serra, in "Curso de Direito Civil", Vol. I, 6ª Edição, Ed. rev. e Atualizada por José Serpa Santos Maria. Livraria Freitas Bastos SA, Rio de Janeiro, 1988, pp. 398/400.

(15) - op. cit., pp. 239/240.

(16) - id. ibidem.

**PARECER Nº 001/94 - PP-PGM**  
**PROCESSO Nº 1942/93 - PGM**  
**INTERESSE : IPLAM**

**ASSUNTO : POSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO**  
**INGRESSAR COM AÇÃO CONTRA OS INCORPORADORES**  
**RESPECTIVOS PELO LOTEAMENTO PARQUE ÁGUA FRIA.**

**EMENTA : Loteamento irregular - não atendimento da legislação urbanística pertinente - responsabilidade civil dos incorporadores caracterizada - imprescritibilidade das limitações urbanísticas - Poder-Dever da Administração Pública de regularizar o parcelamento em face da indisponibilidade do interesse público - Necessidade de levantamento preliminar da situação fática e jurídica do loteamento em questão a fim de subsidiar posterior ação judicial.**

### **EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO**

O Município de Fortaleza, por força do loteamento denominado "**PARQUE ÁGUA FRIA**", registrado no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, transcrição nº 45.460 livro auxiliar nº 144, 6º volume, fls. 141 a 142, recebeu em doação, algumas glebas para construção de praças e jardins, áreas estas que, de acordo com o disposto no artigo 3º do então vigente Decreto-Lei nº 58/37, deveriam passar a integrar o patrimônio municipal desde a data do registro do citado loteamento.

Segundo informações constantes nos autos, em 17/04/1957 os SRS. Péricles Moreira da Rocha e João Gentil JR, requereram a inscrição do aludido loteamento, ocasião em que destinaram ao Município as glebas supra - referidas.

Ocorre que, desde o ano de 1920, o SR. **DIONISIO BEZERRA DE MENESES E SUA MULHER, MARIA DE LOURDES GONDIM DE MENESES**, detinham a posse do terreno que foi destinado ao Município e que findaram adquirindo a propriedade, em 1972, por força de sentença proferida em processo de usucapião que declarou a prescrição aquisitiva em favor de ambos.

Como se observa, a partir do ano de 1940, o casal acima referido já havia consolidado o direito as glebas de terra que os incorporadores responsáveis pelo loteamento Parque Água Fria destinariam ao Município em 17/04/1957, ou seja, dezessete anos depois (data do requerimento da inscrição do loteamento).

É que os incorporadores Péricles Moreira da Rocha e João Gentil Júnior destinaram áreas ao Município, "**ex vi**" do art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37, que não mais possuíam direito real sobre elas, em face da prescrição aquisitiva.

Embora não existisse sentenças de usucapião a época do requerimento de inscrição do loteamento, já é pacífico o entendimento de que referida sentença é meramente declaratória, com efeito "**ex tunc**", limitando-se apenas a reconhecer um direito preexistente.

Por essa razão, não houve, por parte dos loteadores, o cumprimento da obrigação legal de destinar área de propriedade de ambos, livre e desembaraçada de ônus, ao Município de Fortaleza, quando da feitura do loteamento.

Caracterizada está a responsabilidade civil dos loteadores para com a edificação local que ficou desfalcada de um patrimônio imóvel.

Para existência legal de um loteamento, é necessário o competente registro público, registro esse que também materializa a tradição solene pela qual é operada a transmissão de parte do imóvel loteado ao patrimônio público municipal.

Tal assertiva decorre, tanto do art. 3º do Decreto-Lei 58, como do art. 22 da Lei 6.766. Veja-se o teor do art. 22 "*in verbis*":

**"Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivos".**

Muito embora haja entendimento moderno no sentido de que a simples destinação administrativa, possibilitando o uso comum de todos, já afeta o bem de dominialidade pública, como se nota a seguir:

#### **141978 LOTEAMENTO IRREGULAR AFETAÇÃO DAS ÁREAS LIVRES AO USO COMUM DO POVO.**

**"Não é apenas o título de aquisição civil nem a transcrição imobiliária que conferem ao imóvel caráter de bem público, mas sim sua destinação, mesmo se através de loteamento irregular, implantado de fato, à revelia da**

**municipalidade. Consumados o arruamento e a urbanização, as áreas livres são tidas como de domínio público e, portanto, cabível torna-se demanda vindicatória contra quem em área livre edifica clandestinamente ( STJ -Ac.unân. da 4ª T. Publ. em 04-10-93 - Rec. Esp. 27.602-4-SP-Rel. Min. Athos Carneiro)".**

Todavia, tal entendimento não se aplica ao caso pois não havia nenhuma destinação administrativa para o imóvel em questão.

Não havendo a afetação acima referida, tem-se que pela sistemática legal adotada, incumbe ao loteador identificar, através de plantas e memórias descritivas, as áreas públicas, devendo o oficial do registro imobiliário competente proceder ao registro, inclusive, das glebas tornadas públicas por força da legislação urbanística incidente e de acordo com as indicações técnicas constantes da documentação que deve instruir o pedido de registro do loteamento.

No caso, não há nos autos certeza de qual foi, precisamente, a data do registro do **Loteamento Parque Água Fria.**

Essa certeza seria de grande relevância se o registro do loteamento fosse anterior à consumação da prescrição aquisitiva ocorrida em favor do casal **DIONISIO BEZERRA DE MENESES E SUA MULHER, MARIA DE LOURDES GONDIM DE MENESES**, pois é notório que referida prescrição não pode ser invocada contra bens públicos em face da inalienabilidade destes.

Todavia, essa questão restou superada em razão da coisa julgada em favor do casal que usucapiu a gleba, não mais podendo ser atacada por nenhum remédio jurídico ( Vide decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará ).

A propósito, o Município tentou apreciar essa questão em ação ordinária anulatória da sentença proferida na ação de usucapião multicitada, não logrando êxito.

Isto porque a sentença em ação de usucapião é decisão de mérito, só podendo ser rescindida por via de ação rescisória nos termos do art. 485 do CPC, pois a prescrição no direito brasileiro (inclusive aquisitiva) é matéria de mérito.

Se assim não fosse, a coisa julgada material perderia a eficácia ao alvitre das partes.

Veja-se a jurisprudência a respeito :

**“A coisa julgada se impõe ao respeito de todos e só pode ser alterada excepcionalmente, isto é nos casos em que a lei, taxativamente, admite a ação rescisória. Do contrário, os litígios se perpetuariam em detrimento da tranquilidade social, assegurada pelos pronunciamentos do Poder Judiciário” (Ac. do Trib. Pleno do 2º TA CIV - SP de 7.2.74 no ms. 12.667, rel desig. Juiz NEWTON HERMANO)**

**( in O PROCESSO CIVIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA - ALEXANDRE DE PAULA VOL. iv RIO DE JANEIRO, ED FORENSE, 1987 p. 229 ).**

**“A coisa julgada é imutável, ou seja, não poderá de nenhum modo ser alterada, ampliada ou restringida - tem força de lei, de título oponível a quem quer que seja; deve ser obrigatoriamente acatada e cumprida.**

**A lei não permite que os fatos e questões**

**discutidos e decididos pela sentença possam ser novamente contestados, perante o mesmo ouperante outro Juiz ( Ac. unân. da 2ª Câm. co TJ SC DE 13.3.84, na apel. 20.728, rel. des. RUBÉM CÓRDOBA, jurisprudência Catarinenese, vol. 44, p 294 ) ( in livro retro citado, col. X11, p 207 )”**

A pretensão a ser deduzida em Juízo teve endereço errado por parte do Município.

Caberia sim, ao Município ajuizar ação de responsabilidade civil contra os incorporadores, por não cumprimento da legislação urbanística pertinente, como inicialmente expressado.

### **A LEI 6.766/79 E SUAS IMPOSIÇÕES DE ORDEM PÚBLICA.**

De acordo com o art. 1º da lei 6.766/79, o loteamento passou a ser definido como um processo cuja disciplina está voltada para a ordenação do uso do solo urbano por razões urbanísticas do que, como antes, para caracterizar um simples meio de venda de terrenos a prestação.

Até mesmo a oferta pública e venda a prestações não mais são características básicas do loteamento.

Essa lei, recepcionada que foi pelo atual ordenamento constitucional, ganhou maior suporte jurídico em face da função social da propriedade urbana, preconizado no art. 182 e segs. da Carta Magna.

Por isso mesmo, os loteamento não podem realizar-se ao arrepió das exigências urbanísticas e sanitárias, em face de que o interesse público sobrepaira ao interesse individual.

O loteamento urbano, além de ser uma forma de parcelamento do solo, é, basicamente, um processo de urbanização que envolve aspectos urbanísticos e administrativos, bem como civis e penais, tal como encarado pela Lei 6.766/79.

Em tais circunstâncias, configura-se como um fato social, a par de ser operação de caráter econômico sobre o qual incidem interesse públicos e particulares.

Uma das tarefas do Município, em matéria de urbanismo, é dispor sobre o uso e ocupação do solo, o que faz, basicamente, mediante a edição de leis que disponham sobre a disciplina urbanística dos loteamentos, desmembramentos e sobre zoneamento urbano (Plano Diretor e Código de Obras e Posturas da Cidade).

Por outro ângulo, a Lei 6.766/79 atribuiu ao parcelador a obrigação de realizar as obras exigidas pela legislação municipal, que incluem, no mínimo, a execução das vias de circulação nos loteamentos, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais, figurando o poder público municipal como órgão garantidor, por força de lei, da efetiva realização de tais obras.

Para tanto, a administração municipal pode intervir nos procedimentos de registros de parcelamento e respectivos cancelamentos, nos chamados loteamentos clandestinos, naqueles parcelamentos aprovados mas não registrados, bem como os irregularmente executados.

Na defesa de seus padrões de desenvolvimento urbano e dos adquirentes de lotes, o município está autorizado, por lei, a promover a completa regularização de qualquer parcelamento se o parcelador não o fizer.

A Lei 6.766/79 possibilita, inclusive, a interferência do poder municipal nos contratos preliminares celebrados entre o parcelador e os adquirentes de lotes e entre estes e os respectivos cessionários, interferência esta (na relação jurídica contraída entre particulares) em razão do interesse público.

Ao notificar o adquirente do lote para que suspenda os pagamentos ao parcelador que não tenha registro ou executado regularmente o parcelamento, a Prefeitura Municipal pode proteger os recursos financeiros necessários ao seu completo ressarcimento, logo após regularizá-lo ou após a execução das obras de infra-estrutura a que fica obrigada subsidiariamente.

Como se nota, a lei de parcelamento do solo urbano, impôs a regularização de todos os loteamentos clandestinos existentes, abrindo espaço (como acima demonstrado) para uma ação mais desenvolvida e eficaz da edilidade, com o objetivo de solucionar os problemas sociais deles resultantes.

Dados o caráter de ordem pública da lei acima citada, e o teor imperativo de sua redação, o não cumprimento de qualquer uma das etapas nela previstas, relativas ao procedimento de registro e loteamento, impregnará o parcelamento de irregularidades.

É de clareza que o loteamento "Parque Água fria" é irregular, pois não houve o atendimento da obrigação legal de destinar área (35%) livre e desembaraçada de ônus, ao Município, como inicialmente foi dito.

Obriga-se o Município a promover a completa regularização do parcelamento se os parceladores não o fizerem, executando obras de infra-estrutura (em sendo necessário, despropriando áreas) reclamadas pelo interesse social, ressarcindo-se,



posteriormente, dos referidos loteadores.

Tal obrigação é informada por dois princípios básicos do Direito Administrativo, a saber : o princípio da indisponibilidade do interesse público e do poder-dever.

Pelo primeiro, a administração não pode, por meio de seus agentes, dispor dos bens nem dos serviços públicos que lhe são afetos.

De acordo com o segundo, as autoridades administrativas têm o poder-dever de tomar providências sempre que o interesse público ou direito subjetivo público do administrado esteja em jogo.

### **A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO URBANÍSTICO - IMPRESCRITIBILIDADE DE SUAS NORMAS.**

O Direito Urbanístico, ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis no seu conjunto cidade-campo, ordena o espaço urbano através de imposições de ordem pública.

Essas imposições expressam-se em normas de uso e ocupação do solo urbano ou urbanizável, ou de proteção ambiental, bem como mediante regras estruturadas e funcionais da edificação urbana coletivamente considerada.

As imposições urbanísticas, como preceitos de ordem pública, derivam do poder de política que é inerente e indissociável da Administração.

Como as demais imposições do Poder Público, as urbanísticas nascem revestidas de "*imperium*", tornando-se obrigatórias, não só para os particulares como para a própria Administração, visto que a submissão dos indivíduos e das autoridade às normas legais constitui peculiaridade dos Estados de Direito como o nosso.

As limitações urbanísticas, como as limitações Administrativas, se embasam no art. 170 III, da C.F, que condiciona a utilização da propriedade à sua função social.

São, portanto, limitações de uso da propriedade, e não da propriedade em sua substância.

Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade : de um lado, o enunciado da garantia da propriedade como direito individual (art. 5º XII da C.F) e, de outro lado, a indicação da função social da propriedade (art. 170 III da C.F), como norma de eficácia imediata para o legislador e como elemento determinante daquele direito.

É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso, pois é essa função que constitui o equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público, orientando a utilização do bem e predeterminando seu uso.

Nesse entendimento está claro que o interesse individual fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no que diz respeito ao completo sistema da disciplina urbanística.

Essas considerações põem de manifesto o alcance que o princípio da função pública da atividade urbanística, pressuposto da função social nesse âmbito, tem em relação ao direito de propriedade privada :

- 1) Determina o direito do proprietário;
- 2) Fixa-lhe o conteúdo.

A determinação do direito de propriedade é fruto dos planos de ordenação urbana, gerais (plano diretor) ou especiais (loteamento, planos de zoneamento etc) e de outros procedimentos e normas legais urbanísticas para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objeto do direito de propriedade.

A fixação do conteúdo do direito, isto é, das faculdades do proprietário em relação à edificação dos seus terrenos, se disso são suscetíveis, pode produzir-se "ope legis" ou pelos planos e normas edilícias.

Conclui-se, pois, que o Município, quando no exercício do poder de política em razão de normas urbanísticas, interfere na propriedade privada no aspecto urbanístico, o faz com fundamento no princípio da função social da propriedade, que, por ser um preceito constitucional plenamente eficaz, já predeterminou, só por si, o direito do proprietário e seu conteúdo.

" **IN CASU** ", não cumprindo a lei urbanística, a propriedade urbana não cumpriu sua função social, em claro desrespeito, também, à Constituição Federal.

Os arts. 3º e 4º da Lei 7.061/92 ( **PDDU-FOR** ), explicitam, em síntese, a maneira pela qual a propriedade urbana cumpre

sua função social:

### "CAPÍTULO III - DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE."

**ART. 3º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando os interesse coletivos são prevaletentes ao exercício dos direitos a ela inerentes.**

**art . 4º- Para sua função social, a propriedade urbana deve atender no mínimo aos seguintes aspectos :**

- a) recuperar a valorização acrescentada pelos investimento públicos à propriedade particular;
- b) controlar a densidade populacional com a correspondente adequada utilização urbana;
- c) gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento das atividades urbanas;
- d) promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos sub-utilizados, reprimindo asua retenção especulativa;
- e) compatibilizar a utilização do solo com a preservação do meio ambiente;
- f) compatibilizar a utilização do solo com a segurança e a saúde de seus usuários e moradores circunvizinhos.

Não há que se arguir, no caso, prescrição extintiva do direito do Município em acionar, judicialmente, os incorporadores, com base na legislação urbanística, pois tais normas são imprescritíveis, não convalidando a atividade ilícita apenas pelo decurso do prazo.

Veja-se a respeito, o que diz a doutrina :

**“Assim sendo, as limitações urbanísticas podem provir de qualquer entidade estatal e abranger qualquer área da cidade ou do campo onde as realizações humanas ou a preservação da natureza sejam necessárias ao bem-estar social. Mas, como nas cidades se concentram as populações, suas áreas exigem mais e maiores empreendimentos urbanísticos, sujeitos, conseqüentemente, ao poder municipal. Como imposições de ordem pública, as limitações urbanísticas são imprescritíveis, irrenunciáveis e intrasacionáveis, diversamente das restrições civis, que são prescritíveis, renunciáveis e transacionáveis por acordo entre as partes, ou mesmo pela aceitação tácita de certas situações de fato”. ( Hely Lopes Meirelles, Direito de Construir, SP, 1979, pág. 96 - grifos nossos ).**

### CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto acima, entendemos que ao Município de Fortaleza assiste o direito, a qualquer tempo, de postular em Juízo o ressarcimento dos prejuízos havidos pela regularização do loteamento “ Parque Água Fria ”.

Todavia, sugerimos um levantamento da situação fática e jurídica atual do citado loteamento, para que se possa aquilatar a maneira mais viável, do ponto de vista prático, e menos onerosa, para a edilidade regularizar o parcelamento

Tal medida objetiva fornecer subsídios para dar cumprimento a legislação urbanística pertinente, no que tange a destinação de parte da área (35%) para construção de praças, ruas e jardins, na forma inicialmente concebida no projeto original ou como melhor atenda ao interesse público.

O levantamento sugerido seria no sentido de verificar que área do loteamento se adequaria melhor aos interesses urbanísticos da municipalidade, quem são, atualmente, os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de lotes da área que se pretende (inclusive se tais lotes ainda se encontram na propriedade dos incorporadores); que construções estão edificadas no local; etc.

Para tanto, se faz necessário sejam oficiados os órgãos competentes do Município.

Em sendo feito tal levantamento, nos parece inexorável chegar-se a três conclusões:

1º) que a área pleiteada já não mais pertence aos incorporadores, cabendo ao Município expropriá-lo em atendimento às necessidades urbanísticas, ressarcindo-se, dos referidos parcelamentos, pelos gastos que o erário tiver com a desapropriação;

2º) que a área pertence aos incorporadores, o que facilitaria a regularização do loteamento;

3º) que a área é objeto de venda de terrenos a prestação, possibilitando ao Município, nos termos da Lei 6.766/79, interferir nos contratos entre parceladores e os adquirentes de lotes e entre estes e os respectivos cessionários, notificando-os para que suspendam os

pagamentos, protegendo assim, os recursos financeiros necessários ao seu compêlto ressarcimento, logo após regularizar o loteamento, executando as obras de infra-estrutura a que fica obrigado subsidiariamente.

De qualquer sorte, mister se faz que a ação do poder público municipal seja precedida de prévia notificação aos incorporadores, chamando-os a responsabilidade, sob pena de serem juridicamente compelidos a assim procederem.

É o parecer. Sob censura.

Fortaleza, 20 de Janeiro 1994.

Ricardo Cunha Porto  
Procurador do Município

**PROCESSO Nº 2713/93 - PGM**  
**INTERESSADO: FRANCISCO SÉRGIO P. REGADAS**  
**ASSUNTO: SOLICITAÇÃO DE ALINHAMENTO**

**EMENTA:** Loteamento registrado. Efeito constitutivo de direito em favor do Município. Nulidade da averbação que engloba área de domínio público.

Vem à consideração desta Procuradoria Geral, o processo em epígrafe, no qual Francisco Sérgio Regadas solicita alinhamento de imóvel localizado no Loteamento Parque Água Fria.

DOS FATOS

O Município de Fortaleza, por força do Loteamento denominado "Parque Água Fria", registrado no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, transcrição nº 45.460 e Livro Auxiliar nº 144, 6º volume, fls. 141 a 142, recebeu, em doação, algumas glebas para construção de praças e jardins, áreas estas que, por força do disposto no art.3º do então vigente Decreto-Lei nº 58/37, deveriam passar a integrar o patrimônio municipal desde a data do efetivo registro do citado loteamento. O requerimento para inscrição do loteamento remonta à data de 17 de abril de 1957, ocasião em que os loteadores destinaram ao Município as glebas supra referidas. Após o registro do referido loteamento, o sr. Odilon Bezerra dos Santos adquiriu, através de escritura pública de enfiteuse, o domínio útil de um terreno construído de 06 (seis) lotes da quadra nº 09, medindo 80,00m de frente, por 55,00m de fundos, limitando-se ao norte com uma praça sem denominação oficial ; ao sul, com uma rua sem denominação oficial ; ao nascente com a

Rua Demóstenes Carvalho, e ao poente com a Rua José Severiano.

Alegando erro nas características do imóvel que havia adquirido, e munido de certidão, fornecida pelo Serviço de Cadastro Imobiliário da Secretaria de Finanças do Município, o adquirente ingressou em juízo, na data de 22.12.80, com um pedido de averbação à margem da inscrição enfiteútica, de modo a alterar completamente o traçado da quadra. O pedido foi acatado pelo titular da Vara de Registros Públicos, e procedeu-se à retificação na forma requerida. A descrição atual do imóvel é a seguinte: um terreno de forma irregular, a Rua Demóstenes Carvalho, medindo 89,00m ao nascente com a Rua Raimundo Tibúrcio, antes denominada de Rua Demóstenes Carvalho, 35,00m em uma rua diagonal sem denominação oficial; 88,00m ao poente com a rua José Severiano; 37,00m em rua diagonal de nome Dendê; 24,00m ao norte com a avenida Cazumba; 80,00m ao sul com a rua Rangel Pestana.

Ocorre que, na presente data, o espólio do Sr Odilon Bezerra dos Santos, pretende vender a área que foi objeto de averbação, ao Sr. Francisco Sérgio Pinheiro Regadas, e decorre dessa intenção o requerimento para o alinhamento. Na verdade, a legitimidade para tal requerimento pertence ao proprietário do imóvel, portanto, poder-se-ia entender o pedido como carecedor de legitimidade ativa.

No entanto, constatada a necessidade de compor os interesses patrimoniais do Município, oportuno se faz o exame minucioso da questão, como a seguir faremos.

Seque o parecer.

#### DA AVERBAÇÃO

A área averbada não poderia, por diversos motivos, ter

sido incorporada ao patrimônio particular do Sr Odilon Bezerra dos Santos.

Um deles, e mais importante, é o fato de que tal área pertence ao domínio público municipal, deste o registro do loteamento, registro esse que materializou a tradição solene pela qual é apurada a transmissão de parte do imóvel loteado ao patrimônio público municipal. O registro do loteamento, portanto, tem efeito constitutivo de direito em favor do Município.

Tal assertiva decorre tanto do art.3º do Decreto-Lei Nº 58, de 10.12.37, como do art. 22 da Lei Nº 6.766, de 20.12.79. Veja se teor do art.22 "*in verbis*":

**"Art.22 - Deste a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivos."**

Mesmo que o loteamento não tivesse sido registrado, fosse ele irregular, ainda assim, o domínio público seria incontroverso, como se infere a seguir:

#### **141978 LOTEAMENTO IRREGULAR - AFETAÇÃO DAS ÁREAS LIVRES AO USO COMUM DO POVO.**

**"Não é apenas o título de aquisição civil nem a transcrição imobiliária que conferem ao imóvel o caráter de bem público, mas sim sua destinação, mesmo se através de loteamento irregular, implantado de fato, à revelia da municipalidade. Consumados o arruamento e a urbanização,**

as áreas são tidas como de domínio público e, portanto, cabível torna-se a demanda vindicatória contra quem em área livre edifica clandestinamente". (STJ - Ac. unânime da 4ª T. Publ. em 04/10/93 - Rec. Esp. 27.602-4 - SP - Rel. Min. Athos Carneiro)

Ainda que a área em questão não pertencesse à municipalidade, certamente que não poderia incorporar-se gratuitamente ao patrimônio do Sr Odilon Bezerra dos Santos, que utilizou uma certidão expedida em desconformidade com a planta registrada do loteamento, para obter um pronunciamento judicial favorável à retificação por ele pretendida. Pois se área constante na certidão não coincidia com o terreno adquirido por ele, certamente que a solução correta não seria a que foi dada. Principalmente porque este terreno pertencia ao Município desde o registro do loteamento, destinando-se à construção de uma praça.

Ademais, todo o processo de averbação desatendeu à forma prescrita na Lei dos Registros Públicos (lei Nº 6.015, de 31.12.73). Incorreu, destarte, em diversas falhas ensejadoras de nulidade. Uma delas, a omissão de citação do Município, durante todo o curso da ação, mesmo que na qualidade de confrontante do imóvel, como impõe o § 2º art. 213 da Lei dos Registros Públicos. Dessa maneira, impossibilitou-se o Município de manifestar seu interesse no feito. O requerimento de averbação também não foi instruído com os documentos indispensáveis à sua justificação (planta e memorial descrito da propriedade), condição "*Sine qua non*" para que a vistoria judicial fosse dispensada. Também o Ministério Público não se manifestou, resumindo sua participação no processo a um despacho requerendo a ouvida do cartório.

Portanto, é de fácil constatação que todo o processo de

retificação permeou-se de nulidades, oponíveis a qualquer tempo pelo Município, pois não há se quer arguir, "*in casu*", a prescrição extintiva do direito do Município para propor Ação Ordinária de Nulidade, posto que as normas de direito urbanístico afiguram-se imprescritíveis. Uníssono é o entendimento doutrinário a esse respeito:

"Como imposições de ordem pública, as limitações urbanísticas são imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis, diversamente das restrições civis, que são prescritíveis, transacionáveis por acordo entre as partes, ou mesmo pela aceitação tácita de certas situações de fato". (Hely Lopes Meirelles, Direito de Construir, SP, 1979, pag. 96).

### A LEI 6766/79 E SUAS IMPOSIÇÕES DE ORDEM PÚBLICA

De acordo com o art. 1º da Lei 6766/79, o loteamento passou a ser definido como um processo cuja disciplina está voltada mais para ordenação do uso do solo urbano por razões urbanísticas do que, como antes, para caracterizar um simples meio de venda de terrenos a prestação.

Essa lei, recepcionada que foi pelo atual Ordenamento Constitucional, ganhou maior suporte jurídico em face da função social da propriedade urbana, preconizada no art. 182 e segs. da Carta Magna.

Por essa razão, os loteamentos não podem realizar-se ao arpejo das exigências urbanísticas e sanitárias, em face de que o interesse público sobrepairá ao interesse individual.

O loteamento urbano, além de ser uma forma de

parcelamento do solo, é, basicamente, um processo de urbanização que envolve aspectos urbanísticos, bem como civis e penais, tal como encarado pela a lei 6766/79. Em decorrência desse processo, ao Município compete dispor sobre uso e ocupação do solo, mediante edição de leis que disponham sobre a disciplina urbanística dos loteamentos, desmembramentos e zoneamento urbano ( Plano Diretor de Obras e Posturas).

Por outro ângulo, a lei 6766/79 atribuiu ao parcelador a obrigação de realizar as obras pela legislação municipal, que , incluem, no mínimo, a execução das vias de circulação nos loteamentos, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamentos, das águas pluviais, figurando o poder público municipal como órgão garantidor, por força da lei da efetiva realização de tais obras.

Para tanto, a administração municipal pode interferir nos procedimentos de registro de parcelamentos e respectivos cancelamentos, nos chamados loteamentos clandestinos, naqueles parcelamentos aprovados mas não registrados, bem como nos irregularmente executados.

Na defesa de seus padrões de desenvolvimento urbano e dos adquirentes de lotes, o Município está autorizado, por lei, a promover a completa regularização de qualquer parcelamento se o parcelador não o fizer. Tudo isso decorrente do poder de polícia que lhe é afeto.

Dado o caráter de ordem pública da lei acima citada, e o teor imperativo de sua redação, o não cumprimento de qualquer uma das etapas nela prevista, relativas ao procedimento de registro e loteamento, impregnará o parcelamento de irregularidades.

## CONCLUSÃO

Não é difícil, à luz do exposto, concluir-se que a averbação do processo Nº 26.437/80 é nula de pleno direito. Trata-se de um grosseiro artifício, que visa a ilegal apropriação de bem público, e como tal deve ser vergastado através da propositura de ação competente a anular a averbação feita.

Em consequência, torna-se insipiente o requerimento para alinhamento do imóvel, impondo-se, outrossim, as seguintes medidas:

a) Levantamento da situação fática e jurídica atual do imóvel, verificando-se quais as construções existentes na área, bem como se os lotes encontram-se ainda na propriedade do espólio do Sr Odilon Bezerra dos Santos, precisando, em caso negativo, a área alienada. Neste intuito, surge oficiar os órgãos competentes do Município;

b) Retificação no Cadastro Imobiliário da Secretaria de Finanças do Município, de modo a corrigir a descrição do imóvel, tornando-o compatível com a planta registrada do loteamento;

c) Propositura de Ação Ordinária de Nulidade de Registro Público, voltada a anular a averbação (Proc. Nº 26.437/80).

É o parecer, sob censura.

Fortaleza, 20 de janeiro de 1994.

LILIAN BEZERRA PAZ

Procuradora do Município

De acordo com o parecer, submeto-o, deste de já, à apreciação do Exmo Sr. Procurador Geral do Município.



Fortaleza, 24 de Janeiro de 1994.

JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA  
PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA  
PATRIMONIAL, EM EXERCÍCIO.

De acordo com o Parecer  
De 22/01/94.

Valmir pontes Filho.

Procurador Geral do Município.

Aprovo o Parecer

Antônio Elbano Cambraia

Prefeito de Fortaleza.

**EXM<sup>o</sup>. SR DR JUIZ DE DIREITO DA 1. VARA DE EXECUÇÕES  
FISCAIS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA DO ESTADO DO  
CEARÁ.**

Embargos do devedor Nº 5354/92

Embargante: Banco Sudameris Brasil S/A.

Embargada: Fazenda Pública Municipal

**IMPUGNAÇÃO DE EMBARGOS**

A **FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA**, por seu representante legal, vem respeitosamente ante V. Exa. apresentar a **IMPUGNAÇÃO DE EMBARGOS** na Ação Executiva Fiscal, apensa de Nº 4072-92, na conformidade da Lei Nº 6.380/80.

**I - PRELIMINARMENTE**

**DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO  
MÉRITO , EM VITUDE DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL.**

É sabido que a petição inicial, para ter consideração legal deve atender a requisitos formais impostos pelo C.P.C., no seu art. 282, sem o que, tal petição é elevada à categoria de inepta, havendo de ser indeferida de plano, dando azo à extinção do processo sem julgamento do mérito. Dentre os requisitos de obrigatório atendimento, figura o **valor da causa**, insculpido no inciso V, do aludido dispositivo do diploma Processual.

Conforme se constata de perfunctória vista da peça exordial, incorreu o embargante no crasso e indesculpável erro de omitir

exigência técnica-processual, qual seja, não delinear conforme exige o C.P.C. art. 282, V, o valor da causa. Tal lapso, eiva de ilegitimidade processual intransponível o intento do autor, ao ponto de o próprio Código Processual estabelecer castigo drástico ao pleiteante desatento, capitulado no art. 267, inciso I, tipificado pela extinção do feito sem julgamento do mérito. Sem entender a razão da omissão perpetrada pelo embargante, o chega mesmo a causar espécie à embargada, exora-se nesta oportunidade pela manifestação indeferitória da inicial e inarredável extinção do processo **sem julgamento do mérito**, nos termos recomendados pela lei.

#### DA IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PARTE EMBARGADA.

Como se não bastasse a dissonância processual levada a efeito pelo embargante nos termos acima apontados, mais uma vez, incorre a parte autora em desarcerto também processual, desta vez, quanto a sua irregularidade de representação em juízo.

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 art. 12 do C.P.C. Em nenhuma paragem dos autos consta prova de as pessoas referenciadas no instrumento procuratório, que figuram como diretores da intuição embargante possuem, no atual momento, poderes para outorgarem força *ad judicium* a quaisquer das demais pessoas perfilhadas na mesma procuração. O embargante adota a forma de Sociedade Anônima. Nesta modalidade societária os diretores têm sua gestão delimitada no tempo por período de três anos. Sem mostragem dos atos constitutivos e subsequentes alterações de qualquer sociedade anônima, impossível é constatar-se a certeza dos poderes que incidem seus diretores, bem como, a forma e amplitude da utilização e disposição

de tais poderes. É que esta matéria varia de S.A para S.A., tanto que diz respeito à natureza da diretoria, assim como, quanto ao número de diretores distintos nos atos constitutivos para deliberarem neste mister. Ao indagar-se pela vigência do mandato dos diretores outorgantes, documentalmente não se pode chegar a resposta conclusiva nos autos, posto que documento nenhum há que oferte suporte à perquirição. Paire, pois a eterna dúvida, neste particular, a despeito da natureza da procuração apensada.

Urge, pois, que se sustente como premiliminar no feito, a irregularidade de representação da parte embargante, ao que se percebe de sanção impossível, dando ensanchas a que se requeira novamente a extinção do processo sem julgamento do mérito vaticinada no art. 267, I, do C.P.C, combinado com disposto nos artigos 36, 37, 283 e 284, parágrafo único do mesmo diploma codificado.

É o requerido.

#### OUTRAS PRELIMINARES:

Constitui argumento basilar da Embargante que os autos de infração ensejadores da execução em apenso, são também objetos de uma Ação Ordinária Anulatória, promovida pelo executado-embargante. Em momento algum dos embargos acima epigrafados restou demonstrado a veracidade de tais afirmações.

MM. Juiz, dizer sem provar, de nada adiante, "o que não está nos autos, não está no mundo".

Ainda, Excelência, que fosse provado aquela alegativa, não haveria respaldo jurídico processual que levasse a efeito as preliminares levantadas pelo embargante, qual, seja, da modificação da competência e a prevenção do MM. juiz da 2ª Vara da Fazenda.

Pública.

Ora, A Fazenda Pública tem a evidenciar, o que reflete a legislação pertinente, mormente da "Suspensão do Crédito Tributário", quanto não se haure aí, dentre os casos de suspensão da exigibilidade, que coincida com as supedaneadas pelo executado-embargante, no caso, a conexão existente entre as duas ações, aduzindo, assim, prevenção do juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública, requerendo ao final o encaminhamento do presente processo para aquela vara.

Já o CPC, corroborando com o acima citado, prescreve:

**"A propositura de Ação Anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança ( ART .585, § 1. DO CPC) "**

## **II - DO MÉRITO**

A embargante requer a invalidação da dívida tributária com respaldo na competência constitucionalmente prevista no art. 22, VII, onde se estabelece que "compete privativamente à União" legislar a respeito de "política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores".

Desenvolvendo tal raciocínio, por sinal, equivocadamente, chega a conclusão a Embargante que ao Município de Fortaleza não compete a cobrança do referido tributo, e, conseqüentemente, multa aplicada em razão de sua não observância. Demais, alega a Embargante que o fato de o Município cobrar o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza das operações referentes à cobrança do exterior, prorrogações sobre compra de câmbio, sobre vendas de "travellers-checks" e *tutti quanti*, as de transferência de valores para o exterior e "todas as outras destas afins", porque "nenhum de tais fatos pode dar lugar à tributação

que na espécie dos autos o MUNICÍPIO embargado lhes quer indevidamente impor", não sendo, o embargante, previstas como tais de modo algum.

Referidos pontos merecem retificações preliminares em dois aspectos que se revestem de capital relevância: a definição do que vem a ser política de câmbio, constitucionalmente prevista, e a, taxatividade, ou não, da lista de serviços do ISS, donde a partir de tal decisão, poder-se-à aceitar se há, ou não, a possibilidade de se cobrar ISS de serviço sem a expressa denominação da lei.

Não há como entender que a política cambial de um Governo possa resumir-se na simples arrecadação tributária, por ISS de serviços que envolvam estas operações realizadas pelas instituições bancárias. A política cambial se mostra importante elemento de equilíbrio da política econômica de um Estado. Não poderia ser de maneira diversa. É sabido da relevância da política cambial na economia nacional. A Constituição Federal ao atribuir à União Federal de forma privativa (competência delegável ao Estado, conforme parágrafo único do art. 22 da CF/88) a competência para legislação da política cambial fez mais que o acertado. Isto significa um entendimento. Legislar sobre operações de câmbio, serviços a eles inerentes como hipóteses de incidência tributária para fins de cobrança de ISS, tem significado absolutamente diverso e não podem ser confundidos por natureza. A política de câmbio consiste na regras, de acordo com as variações econômicas do Governo Federal em consonância com as taxas cambiais internacionais, baixadas para serem aplicadas diretamente ao mercado financeiro. A regulamentação tributária em função de serviços que as instituições bancárias fazem, **obedecendo diretrizes do regimento estabelecido pelo Governo Federal**, há de se convir, comporta um outro universo, uma outra natureza, a qual nenhuma implicação possui com as regras de política

cambiária. A título de ilustração sabe-se do que representam baixas e altas taxas nas reservas cambiárias do País. Tais situações levaram o constituinte a excluir do princípio da anterioridade o imposto referente a operações de crédito, câmbio e seguros, ou relativas a títulos ou valores mobiliários ( art. 153, V da CF/88, por força do § 1º do artigo da mesma Constituição Federal).

**O que se pode concluir é que as instituições bancárias efetuam serviços de câmbio, na conformidade da política cambiária legislada de maneira privativa pela União, os serviços são hipóteses de incidência da regra tributária de ISS não possuem ligação, por mais esforço intelectual que se faça, com a tributação municipal que se cobra pela execução destes serviços, uma vez que estes devem ser executados em estrita observância dos parâmetros legais.**

Desta maneira não se entende como pode a Embargante querer utilizar tal argumento para escapar da incidência da tributação pelo Município de Fortaleza de ISS. Tratam-se, como constatou, de fatos independentes e distintos entre si.

Noutro momento sustenta a Embargante que inexistente legal previsão para a cobrança de ISS sobre operações cambiais. É o caso de se considerar ou não a taxatividade da lista de serviços de ISS.

Para tanto, deixe que se fale o insuspeito Prof. Souto Maior Borges:

**"TODOS SABEM QUE EM RELAÇÃO A ESSA DISPUTA DOUTRINÁRIA AS NOSSAS POSIÇÕES PESSOAIS- MINHA E DO PROF. GERALDO ATALIBA SÃO COINCIDENTES. SUSTENTAMOS QUE ESTA LISTA NÃO PODE JAMAIS TER O**

**CARÁTER TAXATIVO, EM FUNÇÃO DE ALGUNS FUNDAMENTOS QUE TENTAREMOS EXPLICAR NO DESDOBRAMENTO DA EXPOSIÇÃO: (...) NÃO VAMOS NOS AFASTAR DAS DISPUTAS TEÓRICAS, E FICAR COM AQUELE CAMPO EM QUE REALMENTE É DISPUTADO. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR É MATÉRIA SOB RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. ENTÃO PORQUE ESSA LEI COMPLEMENTAR RELATIVA À DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS TRIBUTADOS PELO MUNICÍPIO É DIFERENTE DAS DEMAIS NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, CONCEITUADA *SUI GENERIS*? EVIDENTEMENTE ESTA É UMA INTERROGAÇÃO QUE FICA SEM RESPOSTA PORQUE TEMOS QUE COLOCAR A MATÉRIA À LUZ DA DOUTRINA TRADICIONAL, ONDE ELA SE TORNA INSOLÚVEL "( ISS NA CONSTITUIÇÃO, SOUTO MAIOR BORGES. REVISTA DE DIREITO TRIBUTÁRIO: JAN/MAR 1978 PP 190 E 201).**

A lição do Prof. Geraldo Ataliba parece pôr termo, de maneira inequívoca, à questão:

**"ISS - LISTA DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS FALÁCIA DE SUA EXAUSTIVIDADE( ...).**

**Aceitar, como se faz corrente que a lei complementar pode literalmente definir os serviços tributáveis pelos Municípios superestimando e superdimensionando seu alcance - é sustentar os seguintes desacertos:**

**1) Que a lei complementar pode *in casu*, anular a Constituição;**

**2) Que a Constituição é flexível, podendo ser modificada pela a Lei Complementar, que ampliaria, reduziria,**

ou anularia competência estabelecida por aquela;

3) Que a sistemática de outorga de competência tributária privativas e plenas, *in casu*, foi derogada;

4) Que a lei complementar é a lei necessariamente intercedente entre a Constituição e a lei ordinária, em todos os casos;

5) Que a lei complementar, a que se reporta o item II do art. 24, é diversa da que veicula normas gerais de direito tributário (previstas no § 1º do art. 18);

6) Que, em consequência, tal lei complementar pode ter finalidades outras que não sejam traçar critérios para dirimir conflitos de competência entre as pessoas tributantes ou regular limitações já constantes do texto constitucional;

7) Que o Município não é autônomo em matéria tributária, mas tem sua competência determinável pelo legislador nacional (e, em consequência, é subordinado à União);

8) Que a competência tributária municipal é residual". (Estudos e Pareceres de Direito Tributário. Geraldo Ataliba. vol. 3 São Paulo, 1980. Ed. Revista dos Tribunais. pp. 181 201/202).

"E dando os trâmites (preliminares) por findos", urge que se discuta sobre o mérito, o qual V. Exa., há de entender da mais improcedência.

Repousa a sustentação da tese do Embargante, essencialmente, na inseparabilidade dos serviços que reputa não serem

passíveis de cobrança ISS. Insiste a Embargante quando, ilustrando seu pensamento com palavras do Prof. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL diz que "seria disparatado sustentar tributável como se fosse um ato autônomo aquilo que apenas se constitui uma fase, em elemento, em elo, de uma operação de câmbio, que é em seu todo imune ante o Município, em face do princípio constitucional" (fls.06).

Necessário observar que:

1- Inexiste a imprescindível indicação bibliográfica.

2- Quais os motivos que impedem a anexação aos autos de parecer já devidamente produzido?

Não bastassem tais comprometedores elementos formais, parece prudente que se perquiria sobre a natureza do que é essencial e do que vem a ser acidental. Passa-se, então, a tal relevante discussão.

Para que se afirme com certeza o que é "fase, elo, elemento", é porque se presume que se tem tais disposições na conta de partes acidentais ao ser. Se presumem acidentais, estão, claro, outras, previstas partes essenciais, as quais não podem ser as mesmas acidentais, pela simples razão que um ser não poderá comportar duas naturezas separadas e de forma diferente. Portanto o que é acidental não é essencial e vice-versa.

Na lei tributária que regula as hipóteses de incidência e que trata da previsão de I.S.S.Q.N., há a adequação de todos os passos que a normatização tributária requer. Uma vez estabelecidos hipóteses de incidência, alíquotas, base de cálculo, etc. Tais dados se constituem na essência da atividade do ente tributante. A administração fazendária do ente tributante funciona de acordo com tais determinações as quais

não poderão ser negligenciadas. Neste sentido se revestem de atividade acessória, que não possuem a mesma essencialidade das definições tributárias já mencionadas.

O que se pode concluir é que desdobrar um serviço em duas partes ( fase, elo ,elemento, no dizer da Embargante) significa que se vai dar um caráter de acidental a uma atividade que não comporta, para fins tributários, referida separação.

Ora, se a definição da hipótese de incidência integra a essência para a cobrança do tributo, como querer transformar sua natureza em aspectos que se possam distinguir entre acidental e essencial? Ao proceder-se desta maneira, está-se distorcendo a natureza de norma tributária, e sua coesão jurídica de aplicabilidade. A previsão da hipótese de incidência, pilar da tributação, não poder ser aplicada atacada por tal argumentação, por ser absolutamente improcedente e ir de encontro às compreensões mais razoáveis. Materializando-se os fatos, como querer imputar de "elo, fase, elemento", algo que figura (ou que poderá figurar) como ser independente inserido no universo da norma tributária? Se assim entender, não há mais como o ente tributante sobreviver, não há como escapar da falência financeira do Estado. Este sim, é o maior perigo do equívoco de análises superficiais e sem a devida contextualização espacial e temporal.

**A Fazenda Pública Municipal de Fortaleza**, enfrenta Ação Ordinária em que figura como autora **TELECEARÁ S/A-Telecomunicações do Ceará-S/a.**, tramita referida peleja no juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal no Ceará, sob o Nº 052435. Em resumo alega a empresa autora que não é possível a cobrança de I.S.S.Q.N. sobre as ligações telefônicas locais, uma vez que, tal se configura na hipótese de incidência de ICMS. Entende, ademais, que mesmo em se tratando de ligações locais, o Município não poderia

cobrar I.S.S.Q.N., visto que o serviço não se realiza completamente em Fortaleza, pois, aparelhos que fazem a transmissão se localizam em outros Municípios, e que a ligação telefônica é apenas uma etapa da ocorrência da comunicação.

Como se pode ver, separação de igual teor da aqui Embargante. Ambas entendem uma natureza essencial como provável de desdobramentos em mais outros aspectos, quais sejam, um essencial outro acidental, o que convenha-se traduz um imperdoável equívoco.

Referindo-se ao processo em que TELECEARÁ S/A move contra a FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE FORTALEZA, e sobre o assunto, dá notícia, o ilustre **Ayres Fernandino Barreto** de decisão do **Supremo Tribunal Federal**:

"Repare-se, no que respeita às comunicações que a competência da União é larga, ampla: abarca toda e qualquer comunicação ( transmissão e recebimento de mensagens), quer escrita quer falada, quer visual, por qualquer processo. Mas não ( "salvo" menos, com excessão de ) aquelas comunicações cujos pontos de recebimento e de transmissão se situem no território de um mesmo Município, e cuja mensagem em curso não possa ser captada fora deste território. É de evidência manifesta, assim, não haver fundamento jurídico para sustentar a tese no sentido de que a competência tributária da União abrange os serviços de comunicações estritamente municipais, isto é, aquelas cujos "pontos de transmissão se situem dentro do território do Município, tal qual o ponto de recebimento. E nem se diga que esta tese constitui a posição do STF se houve decisão do STF neste sentido, posteriormente, a Corte Suprema pronunciou-se de modo diverso, como se verifica do teor do Ere. 92.003-RS, cuja ementa se transcreve:

Tributário. ISS. Incidência ou não sobre serviços

telefônicos locais. Inseparabilidade entre o estritamente local e o que sob a mesma classificação de serviço local, transpõe os limites municipais, embargos não conhecidos, por falta de divergência entre os arestos confrontados. (ISS - Tributação pelos Municípios dos Serviços Telefônicos . Ayres Fernandino Barreto. Revista do Direito Tributário. Jan/ Mar 1987.p.145).

O juízo de tal pronunciamento da CORTE MAIOR DO PAÍS pode ser perfeitamente aplicado ao caso em tela: reconhe-se a competência da União sobre o que vêm a ser serviços telefônicos. Entretanto, aquelas ocorridas no âmbito estritamente municipal receberão tributação do Município, sem que isto se denomine como intromissão de um ente da Federação Brasileira em outra. Resumindo em palavras claras: O fato de a União ter a competência privativa de legislar sobre política de câmbio, em nada veda a cobrança de I.S.S.Q.N. pelos serviços que se realizam dentro dos limites territoriais do Município Tributante, e realizados por instituições devidamente autorizadas pelo Poder Público para funcionarem.

Demais, é bom que não se esqueça que toda e qualquer prestação de serviços será uma etapa para a consecução de um objetivo de qualquer empresa. Como se sustentou anteriormente, há de aceitar-se uma autonomia desta prestação de serviços, o que a leva a ser definida como hipótese de incidência a tributária.

Não bastasse tal pensamento, soa irremediavelmente obsoleto que se conjecture sobre a possibilidade de um serviço prestado como o da natureza daquele oferecido pela Embargante, possa o ser, de maneira eficaz e moderna isoladamente em Fortaleza. As operações que aqui ocorrem são tributáveis aqui, mas é óbvio que todo serviço não se encerra nesta Municipalidade, nem por isso deixa de se configurar na hipótese de incidência da norma tributária de I.S.S.Q.N. Faz parte

da vida moderna a integração entre os variados pólos do planeta. Não parece que tal integração possa comprometer a tributação, ou vice-versa.

Com a finalidade de se esclarecer o que tudo aqui se tem dito, e para que V. Exa. decida esta com o maior grau possível de certeza, veja-se o entendimento pátrio sobre o assunto:

"Em verdade os serviços desenvolvidos pelo Banco podem ser tributados pelo imposto municipal de serviços. AS cobranças de títulos, carnês, bilhetes, prestações, aluguéis, contas, duplicatas e etc.- têm a previsão no item 62. As transferências de fundo encontram albergue no item 31. (...) relativamente à temática-incidência de ISS sobre os serviços bancários já houve manifestação expressa do Colendo TAPR, por intermédio de sua 2ª Câmara Cível, na direção afirmativa: "Os bancos podem ser tributados pelo imposto municipal, nos serviços de cobrança, transferência de fundos, aluguéis, guarda de bens e valores (...) Dessa exegese participa o TACVISP como se denota da seguinte ementa: Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Transferência. Transferência de dinheiro e remessa de fundos, pelos estabelecimentos bancários. Sujeição ao tributo municipal" ( ag pet. 103:157- São Paulo-agravantes : Banco América e outras. Agda. Municipalidade de São Paulo)" (O ISS e os Bancos - Heron Arzua, Revista de Dir. Tributário. Jan/Mar 1986. Pp.231. 229/230 e 232).

O entendimento que se tem sobre a natureza da tributação do ISS e do que seja realmente uma prestação de serviços, afasta qualquer pretensão da Embargante que porventura ainda subsista:

**"Serviço é a prestação do esforço humano a terceiros com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob**



**Regime de Direito Privado tendente à obtenção de um bem material ou imaterial"**( ISS e ICM competência Municipal e Estadual-Limites. Ayres Fernandino Barreto. Revista de Direito Tributário JAN/JUN de 1981. p. 200).

### **III DO PEDIDO**

Isto posto, requer a municipalidade o acatamento das preliminares levantadas, declinando V Exa., pela extinção do processo sem julgamento do mérito, e se porventura, considerar o r. juízo necessária a análise do mérito, digne-se de decretar a improcedência dos embargos, reconhecendo a ampla legalidade dos autos de infração, e em consequência, das certidões da dívida ativa que dão suporte à execução (segue, em anexo, cópia do Processo Administrativo Nº 000401/91, com o escopo de melhor instruir esta, e fundamentar V. Exa. de sua decisão, onde se constata do citado processo a ausência de qualquer preocupação da Embargante em discutir, ainda que administrativamente, a autuação que lhe fez a Secretaria de Finanças do Município, culminando por condenar a Embargante nas custas, honorários e principais, tudo devidamente corrigidos e atualizados nos termos da lei.

Protesta ainda a Embargada, por todos os meios de provas em Direito admitido, mormente, testemunhal, documental, máxime, a pericial em face da natureza da questão, o que ora se requer.

N.termos,  
Pede e espera deferimento.  
Fortaleza -Ce., 11 de fevereiro de 1993.  
Francisco Jacines Gurgel Luz.  
Procurador do Município.