

Centro de Estudos e treinamento
- CETREI -

Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza

Fortaleza (CE) - 1996
Ano 4 - Volume 4

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO	13
2. INTRODUÇÃO	15
3. DOCTRINA	17
3.1. HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA - Roque Antonio Carraza	19/23
3.2. LEI ESTADUAL DE CONCESSÕES E LEGISLAÇÃO FEDERAL SUPERVENIENTE - Adilson Abreu Dallari....	25/33
3.3. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO - Francisco de Carvalho Martins	35/39
3.4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA CODIFICAÇÃO - Clóvis Beznos	41/85
3.5. DIREITO ADQUIRIDO CONTRA AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS - Carlos Ayres Brito e Valmir Pontes Filho	87/93
3.6. MEDIDAS PROVISÓRIAS - ESTADOS E MUNICÍPIOS Regina Nery	95/113
3.7. DESAPROPRIAÇÃO: ART. 7º DO DECRETO - LEI 3.365/41 E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO - José Sérgio Monte Alegre	115/119
3.8. GENERALIDADE SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO - Carlos Roberto Martins Rodrigues	121/130
3.9. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETÓRICA POLÍTICA Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz	131/150
3.10. DA OMISSÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR; POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL - José Vidal da Silva Neto	151/157
3.11. O DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO POR INTERESSE EXCLUSIVO DO PARTICULAR Andréa Ponte Barbosa	159/163
3.12. INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA FACE A EXISTÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - Maria Lindáuria de Lima Nascimento	165/174
3.13. URBANIZAÇÃO E REURBANIZAÇÃO - Antonia Lima Santos	175/187

3.14. EMPREGO DE AÇÃO CAUTELAR QUANDO O PROCESSO PRINCIPAL SE ENCONTRA EM GRAU DE RECURSO ORDINÁRIO - Lilian Bezerra Paz.....	189/193
3.15. VISÃO SOCIOLÓGICA DO DIREITO À MORADIA - Luiz Nivardo Cavalcante de Melo	195/203
3.16. REFORMAS ADMINISTRATIVAS - Luciola de Maria Aquino Cabral	205/209
3.17. DA IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO - Manuela Lourenco Pires Torquato	211/222
3.18. DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E OS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS Clarissa Sampaio Silva	223/239
3.19. AUTONOMIA MUNICIPAL - Daniela Carvalho Cambraia	241/252
3.20. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AMERICANA E A INTENÇÃO DOS CONSTITUENTES - Vilani Mendes Silveira	253/262
3.21. USUCAPIÃO - Antonio Airton do Vale Melo	263/274
4. PARECERES	277/312
5. TRABALHOS FORENSES	315/331

1 - APRESENTAÇÃO

Tenho a honra de apresentar o quarto volume da Revista da Procuradoria Geral do Município, fruto do trabalho incansável dos integrantes do órgão de representação e aconselhamento judicial da Administração Municipal.

Faço-o, também, com a certeza de que a Procuradoria Geral do Município demonstra, com a continuidade da sua produção científica, que os entes da Administração Pública podem ousar, e, indo além das suas funções institucionais e técnicas, estimular o conhecimento e o saber como ferramentas de desenvolvimento da sociedade.

Como Administrador Público, no exercício de mandato com o norte de trabalhar para a construção de uma cidade mais justa e fraterna, é estimulante verificar que o papel dos entes públicos, em deflagrar e manter novas e saudáveis posturas, tem sido assimilado pelos profissionais que integram a Procuradoria Geral do Município. Justo, então, congratulá-los, por mais esta feliz iniciativa.

Antônio Elbano Cambraia
Prefeito de Fortaleza

2. INTRODUÇÃO

Uma vez mais a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza lança-se a uma das mais gratificantes tarefas, dentre as tantas cometidas aos seus profissionais: buscar o constante aperfeiçoamento científico, quer nos seus trabalhos, quer nos de renomados juristas, e, como convém a quem é de fato devotado ao serviço público, disseminar o conhecimento apropriado, tornar pública a produção científica, instigar a discussão e o debate, colaborar para a edificação de um lastro de saber indispensável ao fortalecimento da cidadania.

Vejo vir à comunidade jurídica, então, com indisfarçável orgulho e justificada alegria, o quarto volume da Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza.

Nela convivem, em absoluta harmonia, a inestimável colaboração de luminares das letras jurídicas e o fruto do incansável e fecundo trabalho de Procuradores do Município, quer por estudos dedicados a áreas de interesses particulares, quer através de pareceres e peças processuais, saídos do cotidiano. Se os já reconhecidos mestres do direito legitimam e aumentam a dimensão deste periódico (como é bom poder chamar esta revista assim!), os Procuradores do Município, quer os colaboradores diretos, quer aqueles cuja missão é fazer esta Revista tomar forma, constituem a sua própria alma, a sua real essência.

Coloco-me, pois, na invejável condição de saudar a edição deste volume, como gestor de um grupo cuja dedicação profissional e o empenho pessoal já alçaram a Procuradoria Geral do Município de Fortaleza ao patamar do reconhecimento público, pelo exercício preciso de suas funções institucionais, sem arredar do necessário respeito às leis, ao interesse público, e aos cidadãos de Fortaleza.

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador Geral

LEI ESTADUAL DE CONCESSÕES E LEGISLAÇÃO FEDERAL SUPERVENIENTE

ADILSON ABREU DALLARI
Professor Titular de Direito Administrativo
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

No art. 1º da Constituição Federal está afirmado o princípio federativo. É como se o legislador constituinte quisesse advertir a todo e qualquer intérprete do texto constitucional que tudo quanto em seguida se prescreve está subordinado a tal princípio, que, obviamente, derrama sua eficácia sobre todas as normas de hierarquia inferior. Toda e qualquer norma jurídica disciplinadora de relações intergovernamentais deve ser interpretada em consonância com o princípio federativo.

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

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

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

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

A relevância dos princípios constitucionais e sua supremacia, sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais foi admiravelmente apreendida e exposta por Agustín Gordillo, com as seguintes luminárias palavras: "Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo esomientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido; pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es

ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretar la o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido: pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio, exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan" (Introducción al Derecho Administrativo, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1966, pp. 176 e 177).

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

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

A posição sobranceira do princípio federativo determina um certo cuidado ao se examinar o art. 175 da Constituição Federal. Com efeito, esse artigo afirma que as concessões e permissões serão feitas "na forma da lei". Num primeiro lance de olhos, poder-se-ia entender que tal "lei" deveria ser federal, estadual ou municipal, conforme o caso, e jamais uma lei única, editada pela União e de observância obrigatória também pelos Estados e Municípios. Este, aliás, foi o entendimento dado por TOSHIO MUKAI, em seu "Concessões e Permissões de Serviços Públicos" (Saraiva, 1995, pag. 7):

"Quando o parágrafo único do art. 175 referiu-se à Lei que disciplinaria o assunto, evidentemente, ao intérprete cabe visualizá-la no contexto do sistema

federativo que está insculpido no Texto Constitucional. Destarte, referida Lei não pode ser senão uma lei própria e privativa de cada ente federativo; jamais poderia ser uma Lei Nacional, que não está autorizada no texto (parágrafo único do art. 175)."

Entretanto, observando o inciso I, do parágrafo único, desse referido artigo, nota-se que o texto constitucional se refere à concessão e à permissão como formas ou modalidades de contratos administrativos. Diante disso, numa interpretação sistemática, essa primeira impressão deve ser afastada, pois, conforme o disposto no art. 22. XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública...".

Compete, portanto, à União editar normas gerais sobre concessões e permissões, sendo, em princípio, constitucional a Lei nº 8.987, de 13/02/95.

É oportuno recordar aqui o que já dissemos em nossos "Aspectos Jurídicos da Licitação" (Editora Saraiva, 3ª edição, 1992, pag. 12 e 13):

"Mas é preciso deixar bem claro que o que compete à União é expedir normas gerais sobre licitações e contratações. É muito difícil dizer o que é norma geral. Vários autores tentaram dizer o que é norma geral, mas é realmente muito difícil conceituá-la; é mais fácil chegar à norma geral pelo caminho inverso, dizendo o que não é normal geral. Não é norma geral aquela que corresponder a uma especificação; a um detalhamento. Portanto, norma geral será aquela que cuida de determinada matéria de maneira ampla. Norma geral é aquela que comporta uma aplicação uniforme pela União, Estado e Município; norma geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação. Existem, portanto, para a identificação do que seja norma geral, algumas pistas, alguns indicadores.

Louvável e antiga abordagem doutrinária sobre a questão das normas gerais feita por Carvalho Pinto, em estudo específico sobre normas gerais de direito financeiro, cujas conclusões são as seguintes: "a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes".

"Mais recentemente o problema da conceituação e identificação das normas gerais foi enfrentado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, num formidável e completíssimo estudo sobre a distribuição de competências legislativas na Constituição Federal de 1988, enfocando especialmente a capacidade para expedir normas gerais como exercício da competência

concorrente limitada, no qual, ao final, sinteticamente, afirma que normas gerais "são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados - membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, a relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos - políticos". (Veja-se, Revista de Informação Legislativa 100/127. "Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais").

É fora de qualquer dúvida que a União não pode impor aos Estados e Municípios senão os dispositivos indiscutivelmente comportáveis pelo conceito de norma geral.

Atento a isto, o art. 1º da Lei nº 8.987/95 diz que as concessões e permissões se regerão pelas normas gerais nela contidas, pelas normas legais específicas pertinentes e pelas cláusulas dos respectivos contratos. Fica perfeitamente claro que essa Lei não pretendeu esgotar a matéria, mas ao contrário, reconheceu a necessidade de complementação por parte da legislação ordinária específica, editada no uso de competência própria de cada pessoa jurídica de capacidade política.

Tal entendimento fica ainda mais claro quando se observa que o parágrafo único desse artigo menciona que "A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei..." Ou seja; haverá legislações específicas, que poderão disciplinar aspectos das concessões e permissões de maneira diversa, segundo suas peculiaridades, salvo naquilo que for entendido como norma geral e, nessa condição, de observância obrigatória.

No Estado de São Paulo, quando da promulgação da Lei nº 8.987/95, já vigorava a Lei nº 7.835, de 08/05/92, dispondo, exatamente, sobre o regime de concessões e permissões. Tal lei permanece em vigor, devendo ser fielmente cumprida, excepcionando-se apenas eventuais dispositivos que se choquem frontalmente com as normas gerais editadas pela União.

Note-se, entretanto, que nem todas as normas editadas pela União em matéria de concessões e permissões são normas gerais. Algumas, sim, são normas gerais, de abrangência nacional; outras, porém, são específicas, abrangendo apenas o aparelhamento administrativo federal. É forçoso que se faça uma distinção entre normas nacionais e normas federais, não obstante a dificuldade dessa tarefa.

Isso já foi bastante salientado por Geraldo Ataliba (Estudos e Pareceres de Direito Tributário, volume 3, RT, São Paulo, 1980, pág. 16 e 17) com o conhecido vigor de sua argumentação:

"Com efeito, ao Congresso Nacional incumbe editar leis nacionais e leis federais, cumulativamente. Embora sejam estas essencialmente distintas e inconfundíveis, dotadas que são de naturezas jurídicas diversas - o que as coloca em campos diferentes - difícil parece, mmita vez, discerni-las, principalmente em razão da circunstância de formalmente se assemelharem e, sobretudo, originarem-se, por processos semelhantes, do mesmo órgão.

Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios) dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emendas dos legislativos, dessas entidades políticas, respectivamente. E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, abstração feita da circunstância de serem eles súditos desta ou daquela pessoa política. É que o Estado Federal brasileiro é a pessoa de direito público internacional, categoria esta que nenhuma relação guarda com as eventuais divisões políticas internas.

É o Brasil - Estado - Brasileiro - pessoa soberana que figura, ao lado dos demais estados do mundo, no palco do direito das gentes. É a perspectiva "exterior" ou de "efeitos exteriores" da personalidade jurídica do Brasil (Estado brasileiro).

Por outro lado, o Estado Federal brasileiro é formado pela aliança, pela união dos diversos estados federados. Tem portanto, os mesmo súditos e o mesmo território, sendo que o instrumento do pacto federal - do tratado de união - é, concomitantemente, por exigência lógica, a constituição da nova pessoa assim nascida, o Estado Federal, o Brasil, como sublinhou Victor Nunes Leal.

Esta nova pessoa, criada pela reunião das diversas pessoas federadas, tem atribuições, competências e finalidades próprias, distintas das dos entes que a compõem. Daí a necessidade de ser dotada de órgãos e instrumentos capazes de habilitá-la ao desempenho de seu munus constitucional próprio, que se não confunde com o das demais.

Deve-se, nela, entretanto, distinguir a feição ou o aspecto nacional do aspecto federal-em oposição a federado. Seus órgãos são alternativa ou cumulativamente nacionais (vale dizer, brasileiro) e federais (vale dizer, da União), pessoa que se não confunde com estado federado algum. Seus instrumentos, entre os quais a lei, não são, concomitantemente, nacionais e federais. São-no exclusivamente uma ou outra coisa.

A grande dificuldade, pois, demora-se exatamente aqui: o órgão é o mesmo - no que interessa ao nosso tema, o Congresso - e o fruto de sua ação formalmente idêntico, embora substancialmente tão diverso: lei federal e lei nacional. Leis que o Congresso edita enquanto órgão do Brasil - Estado Federal-leis da União, perspectiva de direitos interno do Estado Federal."

O Congresso Nacional aprova e o Presidente da República sanciona e promulga, em uma única sequência numérica, leis nacionais e leis meramente federais, ou seja, leis de observância obrigatória por todos os jurisdicionados do Estado brasileiro (inclusive União, Estados federados e Municípios) e leis que condicionam apenas e tão somente a atuação dos órgãos e entidades integrantes da administração pública federal. Ao intérprete e aplicador cabe a, às vezes difícil, tarefa de distinguir uma coisa da outra.

Registre-se que a legislação estadual e municipal não deve vassalagem à legislação meramente federal, mas, sim, apenas às leis nacionais e, em matéria de licitações e contratações, inclusive concessões e permissões, apenas às normas gerais das leis nacionais.

Antes que se façam as revisões e adaptações das leis estaduais e municipais anteriormente vigentes (para conformá-las com a Lei nº 8.987/95) é indubitável que elas permanecem em vigor e não perderam eficácia, salvo, conforme já foi dito, naquilo em que houver um irremissível conflito com as normas gerais.

Em termos práticos, na atuação administrativa, Estados e Municípios devem publicar seus editais de abertura de certames licitatórios, preordenados à celebração de contratos de concessão ou permissão, mencionando que o procedimento se regerá pela Lei nº 8.987/95 e, também, pela respectiva legislação.

Na redação das cláusulas editalícias deve-se atentar para a predominância da Lei nº 8.987/95. O mesmo deve acontecer no caso de omissão ou conflito entre dispositivos. De todo modo, é absolutamente fora de qualquer dúvida que as administrações estaduais e municipais não ficam paralizadas enquanto não se editam as respectivas novas legislações.

Problema interessante, entretanto, surgiu quando da promulgação da Lei nº 9.074, de 07/07/95. Na quase totalidade de seus dispositivos, ela se refere apenas e tão somente à administração federal, sendo fora de dúvida que, em seu conjunto, ela deve ser considerada como lei meramente federal, sem eficácia sobre as administrações estaduais e municipais.

O vício antigo de curvar a espinha dorsal e baixar a cabeça diante de qualquer autoridade federal, levou alguns intérpretes a sustentar sua aplicabilidade a Estados e Municípios, até mesmo contra a literalidade de seus dispositivos.

Assim é que, como o art. 1º dessa Lei elenca, de maneira genérica, uma série de áreas de atuação nas quais a administração federal poderia valer-se de concessões e permissões, entenderam alguns que dispositivo correlato (senão igual) deveria existir nas leis estaduais e municipais como condição indispensável a que pudessem vir a ser celebrados contratos de concessão ou permissão nessas esferas.

Ora, além da literalidade do texto (que se refere apenas a serviços e obras

de competência da União) é absolutamente fora de qualquer dúvida que a opção por este ou aquele rol de atividades não se enquadra no conceito de norma geral, devendo, sim, amoldar-se às peculiaridades de cada Estado ou Município.

Na lei paulista (Lei nº 7.835/92) não há relação alguma. Isso não significa que nada pode ser concedido ou permitido, mas, sim, ao contrário, que, em princípio, qualquer obra ou serviço pode ser objeto de concessão ou permissão.

A questão, porém, se complica diante do disposto no "caput" do art. 2º da citada Lei federal nº 9074/95, que tem o seguinte enunciado:

"Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995."

Como se pode ver, tal dispositivo se diz aplicável universalmente, como se fosse uma norma geral desgarrada da Lei nº 8.987/95. Fora das ressalvas (amplíssimas) aí existentes, não seria possível abrir licitação destinada à execução de obras ou serviços mediante concessão ou permissão "sem lei que lhes autorize e fixe os termos".

A pergunta que se coloca é a seguinte: Toda e qualquer concessão ou permissão deve ser objeto de autorização legislativa prévia e específica?

Como se sabe, administração pública é atividade que se desenvolve debaixo da lei, impulsionada pela lei, exercida nos termos da lei e destinada a atingir finalidades assinaladas pela lei. Portanto, é certo que não pode haver concessão ou permissão sem previsão legal, mas tal previsão não precisa ser específica, para cada caso concreto, podendo ser genérica, conforme ressalvado no próprio texto legal em exame, tanto no art. 1º quanto no art. 2º.

Isto não significa a outorga ao Executivo de carta branca para conceder ou permitir o que, como e quando lhe aprouver. Nos termos do art. 5º da Lei nº 8.987/95, o controle prévio do Legislativo foi substituído pelo controle direto da coletividade (conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal), que será exercido mediante a obrigatória divulgação pelo Executivo, antes de publicar o edital, de ato justificando a conveniência da concessão ou permissão, seu objeto, área e prazo. Dessa forma, a pretensão da Administração é submetida diretamente ao crivo da sociedade e, principalmente, daqueles que poderão ser especialmente afetados pela orientação governamental.

Embora a Lei nº 8.987/95 não especifique a forma e a natureza de tal "ato" pode-se entender que, em razão de sua finalidade, com aplicação analógica do art. 39 da lei nº 8.666/93, à luz do direito comparado e com base na doutrina nacional

e estrangeira, aí se prescreve a realização de audiência pública, que é meio típico de exercício do controle social.

Além disso é preciso questionar a abrangência do art. 2.º da Lei nº 9.074/95. É certo que ele deve ser obedecido pelos órgãos e entidades que integram a administração federal, mas é gritante sua inconstitucionalidade ao pretender submeter Estados e Municípios.

Recorde-se, em primeiro lugar, o princípio federativo. A regra geral é a autonomia administrativa dos entes federados. A submissão à União é excepcional e, como tal, deve ter interpretação restrita, somente podendo ser aceita quando inquestionável. Na dúvida deve prevalecer o entendimento mais consentâneo com o princípio, pois este é que condiciona a interpretação e aplicação das normas isoladas.

No caso, a leitura do dispositivo completo (com seus parágrafos e incisos) revela um detalhamento casuístico absolutamente incompatível com o conceito de norma geral.

Não cabe ao legislador federal atribuir-se competência a si mesmo. Não é pelo fato de o dispositivo se referir expressamente a Estados e Municípios que ele passa a ter essa abrangência, pois o legislador federal não pode legislar para Estados e Municípios senão estabelecendo normas gerais. Se a regra estabelecida não for norma geral ela carecerá de suporte constitucional, sendo, portanto, inconstitucional e, assim, desprovida de eficácia.

Conviria que essa questão fosse eliminada de vez por meio de ação direta de inconstitucionalidade, mas, numa perspectiva jurídico-científica, cabe ao estudioso apontar razões que poderiam supedanejar tal declaração.

Nesse sentido, além do que já foi dito, cabe acrescentar que a questão da necessidade ou não de prévia autorização legislativa diz respeito ao relacionamento entre poderes, à própria organização política de cada ente federado, não podendo ser objeto de lei federal, nem mesmo de caráter nacional.

Note-se que o art. 175 da Constituição Federal estabelece como requisito ou condição das concessões e permissões a realização de certame licitatório, mas não exige prévia autorização legislativa específica, como o faz, por exemplo, no tocante à criação de empresa pública, sociedade de economia mista autarquia ou fundação (art. 37, XIX).

No caso de São Paulo, merece destaque o fato de que a Constituição Estadual ao elencar os casos de ações administrativas dependentes de prévia autorização legislativa específica (art. 20) não inclui entre eles as concessões ou permissões. Além disso, no art. 47, XVIII, ao relacionar as atribuições do Governador, deu-lhe a incumbência de "enviar à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviço público", ou seja,

sobre o regime jurídico genérico das eventuais concessões e permissões que eventualmente possam vir a ser contratadas.

Assim é que foi editada a Lei estadual nº 7.835/92, que fixa os termos das concessões e permissões em geral, e em cujo art. 2º, parágrafo único, figura uma autorização genérica ao Governador para decidir a respeito de casos específicos. Essa autorização é perfeitamente comportada pela sistemática adotada na Constituição Estadual.

Na administração estadual paulista o art. 2º da Lei 9.074/95 não causa qualquer transtorno nem impede a imediata abertura de procedimentos licitatórios, pois não há necessidade de lei relacionando casos de concessão ou permissão, e já existe lei que lhes autorize e fixe os termos.

Em cada Estado membro e em cada Município, mesmo sem legislação própria poderão ser celebrados contratos de concessão ou permissão, observando-se as prescrições da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e desde que haja autorização legislativa para isso, genérica ou específica.

Em resumo, e como conclusão, cabe apenas reafirmar que, na análise das questões inerentes a concessões e permissões, deve o intérprete lembrar que muito acima da literalidade da legislação federal, está o princípio federativo, que não por acaso, é afirmado no primeiro artigo da Constituição Federal.

São Paulo, Agosto de 1995.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

FRANCISCO DE CARVALHO MARTINS

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do

Trabalho da 7ª região

Professor da Faculdade de Direito da

Universidade Federal do Ceará

O processo trabalhista não abriga, em seus dispositivos, a ação de consignação em pagamento e, para sua utilização, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, arts. 890 a 900, por força do que dispõe o art. 769 do Texto Consolidado.

Dentre as hipóteses de consignação em pagamento previstas em lei (Código Civil arts. 972 a 984, Código Comercial art. 204 e art. 437 e Lei do Inquilinato art. 67), interessam à Justiça do Trabalho aquelas referentes à resistência, à ausência do credor, e aquela em que não é certo o credor da obrigação. Interessa ainda à Justiça Laboral apenas a consignação de quantia certa, e não aquela que se destina à entrega de coisa.

A ação de consignação em pagamento mais comum na Justiça do Trabalho é aquela que se funda na resistência do credor em receber a quantia que o devedor lhe julga devida. O devedor, para não incidir em mora, há de consignar o valor que julga devido no primeiro dia após os prazos estabelecidos no art. 477, § 6º. Também, para não cair em mora, consigna o devedor na hipótese de ausência.

A consignação em pagamento quanto ao credor ou credores incertos, ocorre notadamente nos casos de sucessão, em virtude do falecimento do titular do crédito, devendo ser obedecidos os dispositivos da lei civil e aqueles da lei nº 6.858/80. O art. 895 do CPC determina que sejam citados os que disputam a legitimidade para receber o pagamento, para provarem, em juízo, o seu direito.

As modificações introduzidas pela lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, criando, no art. 890 do CPC, os parágrafos 1º a 4º, pouca relevância têm no processo laboral. De fato, às empresas, que são as consignantes naturais, interessa não só a extinção da obrigação, mais também, e principalmente, a homologação judicial do pagamento.

Sendo a celeridade um dos pilares básicos do processo trabalhista, as modificações introduzidas nos arts. 893, 896 e 897 do Código de Processo Civil, pela já mencionada Lei nº 8.951/94, produzem o efeito desejado na ação laboral.

Com a modificação introduzida no art. 893 do CPC foi, de início, estabelecida a obrigatoriedade de depositar a quantia certa no prazo de cinco dias, a contar da

intimação do promovente do deferimento da inicial. No diploma adjetivo anterior, tal obrigatoriedade não se fazia clara e, sem o depósito obrigatório da quantia, o devedor intentava a ação sem comprometer a parte de seu patrimônio representada pela quantia consignada. Ressalte-se que a diversidade de procedimentos adotados pelo Srs. Juizes, uns determinando o depósito da quantia e outros não fazendo tal determinação, causavam prejuízo às partes e à própria credibilidade do instituto. Atualmente, a não efetivação do depósito no prazo da lei, implica na extinção do processo sem julgamento de mérito, de acordo com o art. 267, IV, do CPC. Para Carreira Alvim, a extinção se dá com base no art. 267, XI, do diploma adjetivo.

Feito o depósito e citado o credor, cabe ao mesmo levantar o valor depositado ou oferecer resistência.

O art. 896 do CPC, que teve o seu *caput* modificado e que recebeu um parágrafo único, determina que parâmetros devem ser obedecidos na contestação. Há de ser ressaltada a mudança do prazo em que a contestação deverá ser apresentada pois, tendo sido suprimida a expressão "a contestação será oferecida no prazo de 10 (dez) dias, contados da data designada para o recebimento", deverá ser obedecido o prazo de 15 (quinze) dias, geral para as contestações, conforme disposto no art. 297 do CPC.

A nós interessa, de maneira singular, o que dispõe o inciso IV e o parágrafo único do já mencionado artigo 896. Na contestação, o réu poderá alegar que o depósito não foi integral, mas, nesse caso, é obrigação do réu indicar o montante que entenda devido, não sendo aceita a simples recusa não fundamentada e sem a indicação do *quantum debeatur*.

Em estudo mais profundo do art. 896, inciso IV e parágrafo único, do CPC, conclui-se que esses novos dispositivos trazem grande avanço ao transformar a ação de consignação em pagamento em ação dúplice, tornando dispensável a reconvenção. Esta é a observação feita por doutrinadores, que assim se manifestam:

"A natureza dúplice da ação de consignação em pagamento apenas torna desnecessária a utilização da reconvenção". César P. S. Machado Jr.

"Daf considerar-se agora inserida a ação consignatória entre os *judicia duplicia*, sem qualquer necessidade de reconvir o credor que se afirme com o direito a mais de que foi ofertado (insuficiência). Basta fazer a alegação e precisar o *quantum* de que se reputa credor, o que valerá como baliza para o julgamento que poderá vir se tiver razão". Cândido Rangel Dinamarco.

No novo *caput* do art. 897 do CPC foi introduzida, pela Lei 8.951/94, a locução "e ocorrentes os efeitos da revelia", inexistente no texto original. Sobre os efeitos da revelia, é importante a lição de Humberto Theodoro Júnior: "A inovação introduzida pela Lei nº 8.951/94 consistiu na advertência de que não basta a falta de contestação. Para que seja julgado procedente o pedido é necessário que tenham ocorrido os efeitos da revelia em torno dos pressupostos

do pagamento por consignação. É que, mesmo não havendo resposta do réu, a inicial pode veicular, por seus próprios termos, fatos que, por si, não justificam a pretensão do autor. Malgrado, portanto, a inércia do demandado, não está o Juiz autorizado a pronunciar, desde logo, o decreto de procedência da ação".

Em brilhante sentença proferida pela 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília, proposta pelo Dr. Antônio Umberto de Souza Júnior, Juiz do Trabalho Substituto no processo 18-0278/96, proferida em 30 de abril próximo passado o magistrado propôs ser decretada a carência de ação por falta de interesse de agir por parte da autora, e a extinção do processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI e § 3º, do CPC. Tal decisão foi proferida em ação de consignação em pagamento, em que foi revel o réu. Fundamentou a proposta de sentença do eminente Juiz, em síntese, o fato de haver sido ajuizada pelo réu, em data anterior reclamação objetivando, entre outras, o recebimento da parcela consignada. É exemplo típico onde houve a revelia, mas não ocorreram os seus efeitos.

O parágrafo único do art. 897 do CPC, mesmo em sua redação original, já autorizava ao magistrado a proceder o julgamento antecipado da lide, de acordo com o art. 330 do CPC. Se tal fato não ocorria no império do diploma anterior, se devia unicamente à eventual ausência do depósito da quantia consignada, o que hoje não mais ocorre, tendo em vista o disposto no art. 893, I, da nova lei adjetiva.

É conveniente acrescentar ser desnecessária a realização de audiência de conciliação, que tantas vezes é motivo de requerimento de antecipação com a finalidade de celebrar "acordos".

Importantíssima foi a modificação ocorrida em virtude da introdução ao art. 899, de seu parágrafo 1º. Como determina o dispositivo, não concordando o credor com o depósito feito, manifestada legalmente sua insuficiência poderá o credor levantar o valor depositado, sem prejuízo do prosseguimento do feito, quando será apurada a veracidade do que articulou o réu em sua contestação. A inovação é brilhante já que põe termo à cômoda situação em que ficava o consignante na versão original onde, mesmo que este efetuasse o depósito, o consignado era compelido a esperar o julgamento da lide para, somente então, requerer a liberação da quantia consignada. Ocorria em inúmeros casos nos quais o consignado por sua hipossuficiência econômica, era pressionado a aceitar o valor consignado, abrindo mão de direitos que tinha ou julgava ter, premido pela necessidade de receber.

Também de relevância é o disposto no novo parágrafo 2º do art. 899, do CPC. Como já visto, dispensada a reconvenção, vencido o autor, é justo que tenha sido estabelecido que a sentença proferida valerá como título executivo, facultado ao credor promover a execução nos mesmos autos.

É de salientar que a sentença proferida na hipótese do art. 897, extingue a

obrigação em relação às parcelas especificamente consignadas. No que diz respeito às hipóteses do art. 899, as obrigações são extintas para as parcelas especificamente consignadas quando do levantamento pelo réu da quantia depositada; no que diz respeito à hipótese do art. 899, § 2º, as obrigações que estão compreendidas no valor considerado insuficiente no depósito somente serão extintas pelo seu pagamento, caso considerada procedente a alegação de insuficiência de depósito.

Em uma visão crítica, pode-se afirmar que as modificações introduzidas nos arts. 890 a 900 do CPC, pela Lei nº 8.951, de 13 de Dezembro de 1994, vieram resolver muitos problemas que se verificavam na Justiça Trabalhista.

A exigência do depósito da quantia consignada, além de uniformizar o procedimento a ser adotado pelas Juntas, força o devedor a comprometer a parte de seu patrimônio que corresponde à quantia que julga devida. Era fato costumeiro as empresas, com a finalidade de evitar a homologação sindical, ou aquelas realizadas nas Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho, intentarem ação de consignação em pagamento, sem efetuar o depósito da quantia consignada, requererem a antecipação da audiência de conciliação e celebrar acordo com o obreiro. Com tal procedimento, as empresas passavam a ter homologação judicial em relação às parcelas devidas ao empregado sem comprometer, mesmo por poucos dias, parcela alguma de seu patrimônio. Ao trabalhador, iludido em sua boa fé, restava conformar-se com a quantia que lhe era oferecida.

A inexigibilidade de reconvenção esculpida no parágrafo único do art. 896 do CPC, combinada com a possibilidade de execução conforme previsto no art. 899, II, do mesmo diploma, representam notável economia

O julgamento antecipado da lide, sem a necessidade de realização de audiência, torna célere o processo, com inegável benefício para as partes.

Tem-se ainda que a inovação introduzida pelo art. 899, I, atende ao interesse do consignado e corresponde, na prática, ao pagamento, na primeira audiência, das parcelas incontroversas, conforme previsto no art. 467, consolidado.

Bibliografia:

1. Theotonio Negrão - "Código de Processo Civil" - 24ª edição - 1993 - Malheiros Editores.
2. Theotonio Negrão - "Código de Processo Civil" - 26ª edição - 1995 - Editora Saraiva.
3. Cândido Rangel Dinamarco - "A Reforma do Código de Processo Civil" - 2ª

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4 (4): 35-39 - 1996

edição - Malheiros Editores.

4. Humberto Theodoro Júnior - "As Inovações no Código de Processo Civil" - 3ª edição - Editora Forense.

5. J.J. Calmon de Passos - "Inovações no Código de Processo Civil" - 2ª Edição - Editora Forense.

6. J.E. Carreira Alvim - "Código de Processo Civil Reformado" - 2ª Edição - Editora Del Rey.

7. Humberto Theodoro Júnior - "Curso de Direito Processual Civil" - Volume I - 9ª edição - Editora Forense.

8. César P. S. Machado Jr. - "A ação de consignação em pagamento na Justiça do Trabalho em face da Lei nº 8.951/94" - Revista LTr - ano 59 - Outubro de 1995.

9. Internet - Página da Amatra X - Endereço: <http://www.solar.com.br/~amatra/antumb2.html>

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4 (4): 35-39 - 1996

O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA CODIFICAÇÃO

CLOVIS BEZOS

I INTRODUÇÃO

A matéria referente à codificação do Direito Administrativo não é nova para os estudiosos dessa área e, ao longo dos anos, suscitou posições divergentes.

Nesse sentido, leciona HELY LOPES MEIRELLES que a doutrina tem adotado três posições: os que negam as vantagens da codificação, os que admitem a codificação parcial e os que a propõem total¹.

Refere CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR que a controvérsia em torno da codificação do Direito em geral ocorreu de modo brilhante, no final do século passado, reportando-se às posições de Thibaut que propugnava pela codificação, e de Savigny, para quem a codificação tornava estacionários os povos².

Todavia, tal controvérsia hoje em dia já não mais se coloca, eis que inquestionáveis as vantagens da codificação, constituindo-se, no dizer de Carlos S. De Barros Júnior, "etapa do progresso jurídico"³.

¹Esse saudoso administrativista declina a sua preferência pela derradeira espécie, por entender "que a reunião dos textos administrativos num só corpo de lei não só é perfeitamente exequível, a exemplo do que ocorre com os demais ramos do Direito, já codificados, como propiciará à Administração e aos administrados maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas" (in "Direito Administrativo Brasileiro", 15ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, página 31)

²"O direito é produto da vida social, dizia Savigny, e não uma idéia teórica, evolui constantemente e não pode por isso estabilizar-se nas fórmulas fixas de normas codificadas. Não é possível a imobilidade, porque o direito continua a evoluir após sua codificação, e, assim, logo em seguida o código já se tornará antiquado e inútil pelo aparecer espontâneo de novas normas de direito" (Carlos S. De Barros Júnior "A Codificação do Direito Administrativo" in RDA 18/1.

³"A utilidade da codificação é hoje fato geralmente aceito e assim pode ser resumida: é um passo no aperfeiçoamento científico; importa agrupamento racional e prático das normas jurídicas; através do reexame que propicia, permite retificações; estabelece mais íntimo contato entre a legislação e o povo, pela maior vulgarização das normas; concorre, enfim, ao contrário do que pensava Savigny, para um real aperfeiçoamento jurídico e da civilização em geral. É o que se verificou, p. Ex., com as codificações de Justiniano e Napoleão". (artigo cit. Pág. 2).

Entretanto, se a questão quanto ao Direito de uma maneira geral, hoje já não provoca mais polêmica, no que tange ao Direito Administrativo, ainda se indaga da possibilidade e conveniência de uma codificação nessa área do Direito.

II A CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

CRETELLA JÚNIOR, em dissertação para concurso à livre docência de Direito Administrativo e Ciência da Administração, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título "Da Codificação do Direito Administrativo", elenca diversos argumentos contrários à codificação do Direito Administrativo, valendo destacar os mais comuns encontrados nos trabalhos de quase todos os tratadistas do tema: *a mobilidade excessiva dessa matéria; a grande abundância de normas administrativas; a imaturidade da disciplina e a falta de ordem das leis administrativas.*

BIELSA, no mesmo sentido, aponta a *excessiva mobilidade* das leis administrativas como argumento contrário à codificação⁴, arrolando ainda outros argumentos costumeiramente utilizados pela corrente contrária à codificação, entre eles: *a multiplicidade da matéria*, que compõe esse ramo do direito; *a contrariedade aos princípios regedores do direito público*, do qual faz parte o Direito Administrativo, na medida em que a codificação implicaria o encerramento de seus preceitos em fórmulas mais ou menos rígidas; *a desordenação* da legislação administrativa; *a desnecessidade* da codificação.

Também CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR elenca os argumentos que se opõem à codificação, anotando que: "Não só a matéria é de abundância excessiva, como a sua normatividade é muito instável, móvel, estando as leis administrativas sujeitas a modificações numerosas e frequentes. Demais essa legislação é muito desordenada, pela vastidão e heterogeneidade dos assuntos que disciplina"⁵.

⁴ "las leyes administrativas están sujetas a cambios numerosos y sucesivos, en razón de las modificaciones de orden social, político y económico con las cuales se relaciona o a las cuales se refiere esta parte del ordenamiento jurídico." (RAFAEL BIELSA in "Derecho Administrativo", 3ª ed. J. Lajouane y Cia. Libros y Editores, Buenos Aires, 1938, página 73)

⁵ (in artigo cit. página 3)

Por outro lado, os tratadistas do tema costumam relacionar também os argumentos favoráveis à codificação do direito administrativo, dos quais destacamos: cabe a codificação do direito administrativo, tanto quanto é a mesma cabível em relação a outros ramos do direito, eis que como anota BIELSA: "Si la codificación consiste - según hemos dicho - en una ordenación sistemática de reglas relativas a una rama del derecho positivo, ella es factible respecto del derecho administrativo; por lo demás, el mismo concepto de "administración" expresa por antonomasia ordenación, sistema, fijeza, método en una suma"⁶; obriga a codificação ao reexame da matéria codificada, de um modo ordenado; permite a simplificação e a clarificação, ao eliminar as repetições fastidiosas; torna mais confortável a aplicação das regras aos fatos da realidade, pelo estabelecimento de princípios gerais, oferecendo ainda maiores possibilidades de controle e aperfeiçoamento⁷.

Entre nós, HELY LOPES MEIRELLES, francamente favorável à codificação do direito administrativo, anota que: "As leis esparsas tornam-se de difícil conhecimento e obtenção pelos interessados, sobre não permitirem uma visão panorâmica do Direito a que pertencem. Só o código remove esses inconvenientes da legislação fragmentária, pela aproximação e coordenação dos textos que se interligam para a formação do sistema jurídico adotado"⁸.

De seu lado, CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR mostra-se partidário da codificação parcial, advertindo todavia, que essa posição merece ser aclarada, vez que, aqueles que defendem a idéia de codificação parcial do direito administrativo bipartem-se em duas correntes de pensamento: uma que sustenta a codificação dos princípios basilares, referentes a uma teoria geral do Direito Administrativo, como MARCELLO CAETANO e GEREMIA L. BROCCOLI e outra que defende a idéia de uma codificação parcial por matérias, tal como esse pranteado autor⁹.

⁶ (ob. cit. pág. 72)

⁷ Confira-se JULIO LESPEDES "A Codificação dos Princípios Gerais do Direito Administrativo", in Revista de Direito Administrativo 22/26.

⁸ (ob. cit. Pág. 32)

⁹ "A par desse ponto de vista há o dos que propugnam pelas codificações parciais, por matérias, começando por aquelas mais suscetíveis de sistematização, de unidade orgânica. Assuntos mais amadurecidos, se lícita será essa expressão,

Essa dissidência entre os autores de Direito Administrativo nos moldes

acima referidos também foi anotada pelo sempre lembrado OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁰, que culmina por concluir sobre a possibilidade da codificação dos princípios jurídicos pertinentes à organização e à de forma de ação do Estado-poder¹¹, admitindo também que a codificação, por comodidade prática, “nada impede se faça através de codificações parciais e paulatinas”.

III O CONCEITO DE CODIFICAÇÃO

O exame do presente tema envolve, desde logo, a compreensão de que a codificação não representa um simples agrupamento de normas jurídicas pertinentes a um determinado ramo do Direito.

De fato, todos os autores que versaram sobre o tema referem-se à codificação, com alusão sempre ao termo *sistema*, trazendo à baila a idéia de método, de organização, de harmonia.

Com efeito, cabe distinguir como faz CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, a mera *condensação do direito*, da *consolidação de normas* e finalmente, da *codificação*.

Esse ilustre autor considera a condensação do direito e a consolidação de normas como *etapas* do processo de codificação, situando a consolidação como um estágio intermediário entre a condensação e a codificação.

mais trabalhados pela investigação doutrinária e pela tarefa legislativa. Esta não parece a orientação mais acertada, tendo em vista as condições próprias do ramo do Direito que estamos considerando, bem como seu estado atual de aperfeiçoamento como corpo jurídico, para o efeito de codificação.

¹⁰ “Atualmente, os autores de Direito Administrativo enfileiram-se em prol de sua codificação, embora moderada. Alguns opinam pela codificação paulatina e parcial, segundo a especialidade da organização e a especialidade da ação da Administração Pública. Já outros, tão só dos seus princípios informadores. Em quase unanimidade, os que discutem o tema consideram não só possível como conveniente uma dessas duas orientações. Conveniente, porque dará maior clareza e exatidão ao complexo amorfo das leis e oferecerá melhor facilidade para ser respeitada pelo seu completo conhecimento. Possível, porque, do contrário seria negar a esse ramo do Direito o carácter de ciência, pela falta de sistematização dos seus princípios fundamentais.” (In “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, ed. Forense, 1969, Volume I, página 339)

De fato, comenta o autor que, no primeiro estágio, verifica-se a condensação, “pela reunião de leis esparsas, em coleções ou coletâneas”, enquanto que na

consolidação já se inicia um processo de sistematização, de metodização, pela reunião de todas as leis em vigor sobre determinado assunto, num único corpo.

Adverte, todavia, que a consolidação “não altera o direito vigente. Ela apenas, no dizer de Teixeira de Freitas, dá uma coordenação própria às leis em vigor sobre um determinado assunto. É uma apuração do direito vigente, segundo Carlos de Carvalho”.

Finalmente, tratando de codificação, afirma que esta implica uma reunião de leis, constituído-se em um processo de sistematização, todavia, *com alterações exigidas pela situação social e pelo progresso jurídico*, o que implica em uma *inovação de direito*.¹²

A conclusão que se impõe, a partir dessas premissas, é que a codificação somente pode decorrer de lei, vez que implica criação de *direito novo*, enquanto a consolidação pode ser editada por ato de Executivo, exatamente porque não implica inovação do direito.

Nesse mesmo sentido, anota JÚLIO LESPEDES a distinção entre a coordenação dos textos em vigor que implicaria uma reunião de textos com menor ou maior sistematização (condensação e consolidação), como visto, e a codificação que segundo o mesmo autor, constitui “um trabalho de ordem intelectual que consiste em destacar, no quadro de uma determinada disciplina jurídica, os princípios fundamentais cujas regras detalhadas são apenas o prolongamento, princípios esses que, na ausência destas últimas, permitem resolver as dificuldades de ordem jurídica por dedução ou mediante outro qualquer processo de interpretação”.¹³

Finalmente, refere CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR um instituto, designado como *texto único* que comentas ser muito citado na doutrina italiana e de larga aplicação na prática administrativa desse País e que se situaria em uma posição intermediária entre a consolidação e a codificação, tratando-se de uma consolidação que introduz modificação e derrogação na legislação compilada, sendo editado pelo Executivo, por delegação recebida do Legislativo.

¹¹ “A respeito, é de ponderar-se, em contrapartida, recordando considerações anteriores, que o objetivo do Direito Administrativo é o ordenamento jurídico do Estado-poder, enquanto tal, envolvendo a organização e a forma da sua ação de criação de utilidade pública, levada a efeito de modo direto e imediato. Portanto compreende apenas a

Ao nosso ver, não procede, pelo menos entre nós, tratar tal instituto como espécie apartada da codificação, vez que, embora editado pelo Executivo, tem, por delegação do legislativo, esse corpo de normas carácter de ato legislativo, não se podendo, por esse aspecto, distingui-lo da codificação.

Aliás, referenda o autor em questão a opinião de D’Alessio e outros autores

que "sustentaram, porém - e parece certo - que, na medida da autorização recebida do Legislativo, o texto único poderá alterar as normas que nele se modificam, pelo que teria eficácia legislativa".¹⁴

Pelos elementos expostos, parece possível definir a **codificação** como a reunião de dispositivos, deflagradores de normas jurídicas, determinante do surgimento de um sistema, do qual emanam princípios que o identificam, como uma totalidade coerente e harmônica, mediante a edição de lei que o institui.

IV

A CODIFICAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A primeira questão a ser tratada no presente capítulo consiste na indagação concernente à denominação adequada ao diploma em questão: código de processo ou código de procedimento administrativo.

Com efeito, diverge a doutrina quanto à adequada denominação do conjunto de atos denominado ora de **processo**, ora de **procedimento**.

Nesse sentido, HELY LOPES MEIRELLES, com a sua tradicional precisão, separa ambas as realidades para tratar o termo *processo* como realidade única no âmbito administrativo ou judicial, definindo esse instituto como "o conjunto de atos coordenados para a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo", enquanto o *procedimento* é apenas o modo de realização do processo, o seu rito.

organização e a forma de ação autoritária do Estado-poder na efetivação dessa finalidade utilitária, valendo-se, para tanto, de matérias objeto de outros ramos jurídicos". (ob.cit.página 340)

¹² "Referindo-se à consolidação e à codificação do direito, escreveu Paulo de Lacerda: em ambos há reunião da matéria jurídica sob método adequado. Mas, daquele modo

Com efeito, anota esse mestre, com inegável procedência, a seguinte constatação: "Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo..."

Assim, separando as duas realidades, a primeira, incidente na hipótese, destinada à solução de uma *controvérsia*, e a segunda, como simples modo da ordenação de atos, interligados entre si, alude o saudoso autor: "Entretanto,

como na prática administrativa toda autuação interna recebe a denominação de "processo", tenha ou não natureza jurisdicional, impõe-se distinguir os *processos administrativos propriamente ditos*, ou seja, aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado ou o servidor, dos *impropriamente ditos*, isto é, dos simples *expedientes* que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados. Com esta ressalva e para evitar divergência terminológica entre a teoria e a prática, continuaremos a chamar de *processo administrativo*, o que, no rigor da doutrina, seria *procedimento administrativo*.¹⁵

CARLOS ARI SUNDFELD prefere a expressão *procedimento administrativo* enumerando três razões para tanto: a primeira, pertinente à idéia de que as características do processo judicial estão por demais marcadas na idéia dos profissionais do direito, pois se constitui em parte fundamental da formação jurídica.

Tal fato, leva a uma restrição do uso da expressão, apenas nas hipóteses em que se afigura a existência de "partes" e "controvérsia" (procedimento disciplinar e tributário), favorecendo a defesa do indivíduo nessas hipóteses, deixando-o, todavia, indefeso nas demais.

A segunda razão, consiste no perigo de a expressão "processo administrativo" poder sugerir a idéia de que decisões administrativas, prolatadas nos mesmos, sejam tomadas como definitivas, transmitindo a idéia de imunidade ao controle judicial.

(consolidação), o direito é sintetizado, articulado, tal qual existe em vigor na sociedade que o condensa para seu uso; ao passo que, deste modo (codificação), o direito é organizado, com aproveitamento dos elementos sadios já existentes, substituição ou mera supressão dos imprestáveis e dos decadentes, e preenchimento de lacunas." (in Artigo cit. páginas 6 e 7)

¹³ (in Artigo cit. página 24)

¹⁴ (in Artigo cit. página 7)

¹⁵ (ob. cit. Páginas 578/579)

A terceira razão deriva de confusões que entende correntes tais como a de apor-se o carimbo do trânsito em julgado em decisões havidas em "processos administrativos" desenvolvidos perante o Judiciário, no exercício de atividade administrativa.¹⁶

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não obstante reconheça ser

inquestionavelmente preferível a expressão "processo administrativo" por ele a correta, "pois batiza o mesmo fenômeno ocorrente na esfera legislativa e judicial, guardadas as peculiaridades e força jurídica específica de cada qual", afirma que seguira usando a expressão "procedimento administrativo" por entendê-la enraizada entre nós.¹⁷

O já saudoso Professor A.B. COTRIN NETO, ao propugnar com veemência pela necessidade de edição de um código de processo administrativo no Brasil, conclui que a denominação que se dê a esse diploma é irrelevante, pois o que é mesmo fundamental é a sua edição, tenha o nome que tiver.¹⁸

Em nosso entendimento, hoje não podem subsistir dúvidas de que, entre nós, a expressão "processo administrativo" não é absolutamente correta, mas é largamente preferível a expressão "procedimento administrativo" que deve ser utilizada no sentido de rito processual administrativo, ou, quando diga respeito a uma série de atos, coordenados e preordenados à obtenção de um resultado final, não implicando, todavia, tal resultado na solução de uma controvérsia perante a Administração, na solução de uma lide enfim, seja entre a Administração, desempenhando o papel de parte, e o administrado ou o servidor, seja entre particulares, em pleito que envolva *ampliação* ou *restrição* de direitos, para utilizar a expressão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando inclui em sua classificação de procedimentos os *ampliativos* e os *restritivos*.¹⁹

¹⁶ "A Importância do Procedimento Administrativo" in RDP 84, páginas 64 e seguintes.

¹⁷ "Curvamo-nos à tradição, em despeito da voz "procedimento administrativo" minimizar-lhe a importância e ensombrecer sua adscrição aos cabíveis rigores que a expressão "processo" insistentemente evoca, in "Procedimento Administrativo", capítulo da obra conjunta, "Direito Administrativo na Constituição de 1988", ed. Revista dos Tribunais, 1991, página 22.

¹⁸ "Quanto a nós, entendemos que esse nome pouco importa de ser questionado, pois, como bem o disse, num de seus últimos trabalhos o saudoso administravista argentino, Prof. Bartolome Fiorini, a dicotomia nomenclatural resulta de não ter, até hoje, bem assentado que embora se desenvolvendo por meios distintos o exercício da função jurídica

De fato a Constituição Federal, ao respaldar certos princípios tradicionais entre nós, como o da ampla defesa e do recurso que a integra, culmina por ampliá-los, no sentido de parificar o processo administrativo com o judicial.

Com efeito, estabelece o inciso LV, do artigo 5º da Constituição: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Conforme se vê, a Constituição não apenas expressamente reconhece a realidade - processo administrativo, o que já seria suficiente para, pelo menos, não a ignorar, mas também expressa o asseguramento do **contraditório**, que distingue da **ampla defesa** para em seguida referir-se aos **meios e recursos inerentes à ampla defesa**, a indicar somente nesse texto a **idéia do devido processo**.

Além disso, tratando igualmente as partes no **processo judicial** e no **processo administrativo**, denomina-as de **litigantes**, a reconhecer expressamente a **idéia da existência de lides**, nas plagas administrativas.

Todavia, vai além a Constituição ao afirmar no inciso LIV, do mesmo artigo até agora examinado, que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

De fato, como acima se referiu, **injunções administrativas** existem, que são **restritivas de direitos**, sendo **ipso facto**, nessas hipóteses, assegurado o **due process of law**, em sede administrativa, pena de **flagrante vulneração à Constituição Federal**.

Por último, a garantia de defesa necessária, em contrapartida ao chamado poder extroverso²⁰, de que dispõe o Poder Público faz emergir a necessidade de instrumentos de defesa à altura, sendo o processo o nome adequado para designar, com o peso necessário, a via para a utilização dos mesmos.

do Executivo - que também é jurisdicional e idêntica em certas condições, à realizada pelo Judiciário - a controvérsia tem sua origem na confusão terminológica difundida pelo sistema do Contencioso-Administrativo francês (in Procedimento Administrativo y Recurso Jerárquico, Abeledo, B. Aires, 1970, pp. 22-23).

Por isso, e como não há impropriedade - demonstramo-lo acima - em que a um diploma para os objetivos de que vimos tratando se chame de "lei" ou "código de processo administrativo, ou de "procedimento administrativo". devemos concluir que o importante, no caso, é, sobretudo, que uma lei seja feita. "Código de Processo Administrativo - Sua Necessidade no Brasil" in RDP 80, páginas 34 e seguintes.

Adotada a nossa posição quanto à denominação do diploma em trato, cumpre, em seguida, indagar da conveniência e oportunidade de sua edição.

Nesse passo, não temos dúvidas em afirmar que, não obstante as garantias constitucionais acima declinadas, e exatamente para a sua concretização em toda a sua extensão, seria de extrema utilidade a edição de um código de processo administrativo.

Assim, inquestionavelmente, a positivação de regras determinadas para a

realização do processo constituiria um avanço positivo na concretização das garantias dos administrados.

De outra parte, também o controle dos atos administrativos seria aperfeiçoado pelo estabelecimento de regras indeclináveis da conduta administrativa no confronto entre ela mesma e os administrados, ou seus servidores, e no embate entre particulares, em sede administrativa.

Anotando as vantagens da codificação, ANA LÚCIA AMARAL, CARMEM CECÍLIA CODORNIZ PRADO LEITÃO e SÍLVIA SOARES DE MELLO DO VAL, escrevem: "A codificação permite atingir os seguintes objetivos: unidade, praticidade, simplicidade, generalidade, deixando o tratamento de particularidades, detalhes e outras minúcias aos regulamentos, regimentos, circulares e instruções. E, como último objetivo, permitir-se-ia a estabilidade e segurança para a Administração e ao administrado na aplicação das normas administrativas"²¹

Entre nós, todavia, quem com maior ênfase propugnou pela necessidade da edição de um código de processo administrativo, foi, sem dúvida, o Professor CONTRIN NETO, lembrando que tal expectativa corre entre os administrativistas desde quando Themistocles Brandão Cavalcanti despontara como autor dessa área do Direito, pelos idos de 1936.

¹⁹(ob. cit. página 23)

²⁰"O ato de direito privado expressa um poder de agir no interior da esfera de interesses do sujeito que o pratica. Não pode extravasá-la para ingressar na área jurídica de terceiros. Por isso normalmente, consiste em uma autolimitação ou em uma composição consensual de interesses dos que o praticam.

O ato administrativo, diferentemente, expressa um poder - que Alessi chamou de extroverso - de penetrar na esfera de interesses de terceiros, com o que interfere em área jurídica dos administrados. Portanto, desde que supedaneado em lei, constitui unilateralmente os administrados em obrigações" (cfr. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO in "O ato Administrativo e Direitos dos Administrados", ed. Revista dos Tribunais, 1981, página 22).

Refere-se esse autor que, pela época da publicação de suas "Instituições de Direito Administrativo", foi Themistocles Cavalcanti encarregado pelo Presidente do então existente Conselho Federal do Serviço Público, precursor do DASP, da elaboração de um anteprojeto de Código de Processo Administrativo, tendo redigido esse trabalho que todavia não mereceu a devida consideração. Anos mais tarde, foi tal trabalho apresentado aos participantes do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.²²

Dessarte, como se evidencia, não tem vingado a idéia da edição de um

código processual de direito administrativo, talvez por preconceitos que ainda subsistem do administrador, ou mesmo do legislador, uns por suporem que se estará manietando a Administração, outros por pensarem que ainda pode a Administração agir, independentemente do comando da lei, confundindo a discricionariedade com arbitrariedade, ignorando que as competências discricionárias somente podem advir da própria lei.

De fato, têm-se a impressão de que, especificamente no campo da polícia administrativa, ainda perpassam as reminiscências do Estado Liberal, onde as injunções da Administração, na área que albergava o conteúdo da chamada "boa ordem da coisa pública", podiam se realizar, independentemente de previsão legal.

Parece ao observador que supõem alguns administradores e mesmo administrados que a discricionariedade outorga à Administração o poder de agregar a vontade pessoal do agente na formação do conteúdo da norma, independentemente da finalidade legal.

²¹"Procedimento Administrativo - Proposta Para Uma Codificação" (in RDP 97/páginas 187 e seguintes)

²²Destaca CONTRIN NETO da Exposição de motivos do anteprojeto em referência o seguinte tópico "as manifestações da atividade da administração são multiformes, e daí a variedade (impossível de limitar e de classificar) dos processos administrativos. Ora ela tem por fim atender os interesses dos funcionários, em suas relações com o Estado, ora se apresenta como reguladora dos direitos de terceiros, ora, finalmente visa a proteção dos interesses fiscais, patrimoniais do Estado, em relação a todos quanto com ele se acham em situação de dependência. A codificação das normas de processo administrativo deve ter, por isso mesmo, uma generalidade que permita a sua aplicação aos casos especiais, por meio de disposições supletivas a serem criadas em leis, regulamentos e portarias. A técnica legislativa moderna, aliás, orienta-se neste sentido. A lei geral traça as grandes linhas, as normas fundamentais, os princípios que devem orientar a elaboração dos argumentos. Na lei geral encontra o poder regulamentar

De fato outras razões não nos ocorrem para tamanha resistência em estabelecer-se regras nacionais e uniformes para a concretização dos comandos constitucionais, não apenas em relação ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, mas também e fundamentalmente quanto aos princípios basilares que regem a conduta administrativa da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, nos termos do artigo 37, do Texto Constitucional.

Destarte, nossa conclusão é no sentido de que não só é conveniente, mas definitivamente oportuna a edição de um código de processo administrativo.

V
O CÓDIGO DE ÂMBITO NACIONAL

Em razão da autonomia das pessoas políticas do nosso Sistema Federativo, emerge a questão da impossibilidade e inconveniência da disciplina processual geral sobre matérias de competência específica de cada uma dessas pessoas.

Nesse sentido, leciona HELY LOPES MEIRELLES: "Certo é que o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal, para todas as entidades estatais, em respeito à autonomia de seus serviços".²³

Destarte, parece-nos adequada a idéia da codificação parcial, no sentido do estabelecimento de *normas gerais*, em caráter nacional, naturalmente, mediante emenda constitucional, conferindo a União a competência para editar *normas gerais de processo administrativo*.

Assim, haveria de ser estabelecida, naturalmente por emenda constitucional, uma competência concorrente entre a União e as demais pessoas políticas, para legislar sobre processo administrativo, porém uma competência concorrente limitada.

Tratando o tema da competência legislativa concorrente, o ilustre DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO aparta as espécies em competência concorrente ilimitada, a competência concorrente clássica, e a competência concorrente limitada.

apenas as diretivas, os tipos essenciais a que deve obedecer na elaboração dos regulamentos administrativos. Ao poder regulamentador cabe prover a maneira de executar a lei, de atender aos casos particulares, às peculiaridades das diferentes organizações administrativas. Como vimos acima, a preocupação máxima deve consistir em simplificar e uniformizar as normas de processo, não somente em benefício dos

A primeira espécie é "caracterizada pela disponibilidade ilimitada do ente central de legislar sobre a matéria, até mesmo podendo esgotá-la, remanescendo aos Estados o poder de suplementação, em caso de ausência de norma federal, ou de complementação, para preencher lacunas acaso por ela deixada".

Por outro lado, na competência concorrente limitada a disponibilidade legislativa dos entes políticos do Sistema Federativo é restrita ao âmbito da atribuição dada pela Constituição Federal, a cada um. Com efeito, na clássica, a legislação estadual tanto pode ser supletiva como complementar (tal como no art. 6º da Constituição de 1946), conforme o espaço que lhes abre, aos Estados, a legislação básica da União; na limitada, a legislação de ambas ocupa espaços

definidos e a dos Estados será em regra, complementar e, apenas ocasionalmente supletiva".²⁴

Versando sobre *normas gerais*, aborda o autor em referência que as mesmas são impositivas de limites para agregar: "O que as torna peculiares, todavia, são seus endereçamentos no contexto de poder organizado numa federação. Elas endereçam limites, ao mesmo tempo, para legisladores federais e estaduais embora possam estendê-los para os aplicadores federais e, eventualmente, os estaduais: nessa pluralidade, sua peculiaridade; que as tornam, como procuraremos demonstrar, um *tertium genus* normativo".

De fato, esse douto administrativista aparta as *normas gerais* das *normas princípios* e das *normas particularizantes*, para finalmente chegar a definição de *normas gerais*, nos seguintes termos: "são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos".²⁵

interessados e para o perfeito esclarecimento da verdade, mas ainda por uma razão econômica, que deve sempre ser levada em consideração" (in Revista cit. páginas 37 e 38)
²⁴DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO in "Competência Concorrente Limitada - O problema da conceituação das normas gerais (separata da Revista de Informação Legislativa a.25 n° 100, 1988, páginas 131 e 135).

²⁵(Ob. Cit. Páginas 152 e 159).

Nesses termos é que nos parece viável, mediante Emenda Constitucional, estabelecer-se competência concorrente limitada entre a União Federal e as demais pessoas políticas, circunscrita a competência da União à edição de *normas gerais* sobre processo administrativo, reservando-se às demais pessoas, dentro do âmbito de pertinência de suas competências, a reserva para a edição de normas particularizantes.

Destarte, a um Código de Processo Administrativo de alcance nacional, nos termos referidos, poderia seguir-se ou a edição de leis estaduais ou municipais, conforme a hipótese, regulando situações específicas, ou mesmo a edição de códigos locais, particularizantes das situações genericamente previstas em âmbito nacional.

VI UMA PROPOSTA DE CODIFICAÇÃO

Em razão de determinação do então Governador do Estado de São Paulo, Oreste Quercia, formaram-se diversas comissões, compostas de Procuradores do Estado e de pessoas fora da carreira, com a finalidade de elaborar anteprojetos de lei, para cumprir-se as determinações da Constituição do Estado de São Paulo quanto à matéria a ser regulada por lei.

Coube-nos a tarefa de elaborar o anteprojeto de lei, destinado ao cumprimento do disposto no artigo 113, da Constituição do Estado, *verbis*: "A lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados a sua revisão, indicando seus efeitos e forma de processamento".

Para o desempenho dessa missão, integramos uma comissão, juntamente com o advogado Dr. Ruy Homem de Mello Lacerda e nosso colega Procurador do Estado, Dr. Carlos Ari Sunfeld, a quem coube a coordenação dos trabalhos.

Esse anteprojeto de lei publicado na Revista de Direito Público, volume 99, páginas 188 em diante, lamentavelmente, com erro de remissão da matéria, tratada equivocadamente como se fosse pertinente à licitação.

Por essa razão e pela pertinência do tema tratado, pareceu-nos útil reproduzir o anteprojeto em sua íntegra, inclusive com sua exposição de motivos.

Finalmente, cabe ressaltar, em prol da coerência, nossa posição divergente do ilustre Professor Carlos Ari Sunfeld, quanto à nomenclatura processo administrativo e não procedimento administrativo, como ressaltado neste trabalho.

Havendo divergência no seio da Comissão, pareceu-nos adequado prestigiar-se a posição do seu coordenador, adotando-se a denominação por ele sugerida.

O que nos parece relevante também acentuar é que, entregue o anteprojeto há mais de cinco anos, até a presente data, ao que consta, nada se fez com o mesmo, o que vem confirmar a idéia passada neste estudo, no sentido de que ao administrador causa temor a idéia da codificação do processo, ou procedimento, como se queira, administrativo. Eis aí o anteprojeto:

1. CONCEPÇÃO GERAL

A Administração Pública brasileira, nos diversos entes federativos, ressentem-se de regras escritas estabelecendo as normas gerais de sua atuação e relacionamento com os particulares. A normação administrativa genérica circunscreve-se basicamente as leis sobre licitações e contratos, aos estatutos de

servidores públicos e às leis disciplinadoras da Administração Indireta, não obstante a atuação do Poder Público seja extremamente vasta e cresça sem cessar. Basta mencionar a intervenção em favor dos valores urbanísticos, da defesa do patrimônio natural e cultural, da defesa do consumidor, para se ter uma idéia da quantidade de relações jurídicas que unem a Administração aos particulares.

A variedade dos atos administrativos praticados no âmbito dessas relações tem feito com que muitos deles tenham sua regulação legal específica. Porém, em numerosas situações, a lei limita-se a enunciar a regra de competência, conferindo à Administração o poder de agir, sem concomitantemente estabelecer as normas para a utilização do poder conferido. Esta lacuna gera dois graves perigos: de um lado, dificulta o controle hierárquico sobre os atos praticados, em prejuízo da eficácia da ação administrativa e de outro, sujeita os particulares a um poder que, por ser exercido de modo desordenado, dificilmente encontram limites.

Sensível a esta temática, o Constituinte brasileiro de 1988 cuidou de impor à Administração Pública os princípios indispensáveis à sua correta atuação. São de mencionar, entre outros, o art. 37 "caput" - que enuncia os princípios da legalidade impessoalidade moralidade e publicidade - o art. 93, X - consagrado o princípio da motivação dos atos administrativos - além do art. 5º no qual são garantidos os direitos à informação (inc. XXXIII) de petição (inc. XXXIV, "a"), de certidão (inc. XXXIV, "b"), ao contraditório e à ampla defesa em procedimento administrativo (inc. LV), ao conhecimento e retificação de dados (inc. LXXII).

Na mesma linha, a Constituição Paulista, de 5.10.89, assentou os princípios do procedimento administrativo (art. 4º), incluiu entre os princípios da Administração os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111), definiu regras para a publicidade dos atos administrativos (art. 112), fixou o prazo de 10 dias para o fornecimento de certidões (art. 114). Além disto, no art. 113, determinou que a lei deverá fixar prazos para a prática dos atos administrativos e estabelecer recursos adequados à sua revisão, indicando seus efeitos e formas de processamento.

Os dispositivos mencionados revelam uma preocupação uniforme quanto ao agir estatal: quer-se, com a imposição de regras claras e abrangentes, favorecer o amplo controle dos atos administrativos, seja em favor do interesse público, seja em benefício do particular. Diante disto, não há como dar cumprimento isolado ao art. 113 da Carta Paulista: as normas constitucionais reclamam a edição de lei mais ampla que, dando concreção aos princípios da Administração, regule, de um lado, os requisitos, os efeitos, a invalidade e o prazo para produção de atos administrativos, e, de outro, discipline os procedimentos administrativos, aí incluídos os recursos. Por isto, julgamos que não estaríamos cumprindo a honrosa missão que nos foi confiada se não aceitássemos o desafio de elaborar um

anteprojeto de Lei de Procedimento Administrativo do Estado de São Paulo.

Ao adotar uma lei com tal perfil, o Estado de São Paulo, fiel às suas tradições, estará inovando significativamente no universo jurídico brasileiro. Em primeiro lugar porque - pela primeira vez em nossa história - estará reconhecendo que uma reforma administrativa, para ser efetiva, não pode limitar-se ao rearranjo dos entes que compõem a estrutura do Estado, mas deve ocupar-se também do modo como agem quotidianamente estes entes e do modo como se relacionam com os cidadãos. Em segundo lugar, porque, com os novos mecanismos, a Administração terá melhores e reais condições de realizar o interesse público com integral respeito aos direitos e interesses dos particulares, o que é pressuposto de uma sociedade civilizada. Ainda, porque o Estado dispõe-se a solver administrativamente seus conflitos com os particulares, poupando a estes o vexame de serem obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para verem respeitados seus mais indiscutíveis direitos e, àquele, os ônus das demandas judiciais inúteis.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O anteprojeto regula os atos e procedimentos da Administração Direta e Indireta do Estado. Como se sabe, esta última é composta por pessoas de diferentes espécies, com diversificado regime jurídico: autarquia, fundações públicas e privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas. O art. 1º, "caput", esclarece, porém, que a regulação circunscreve-se aos atos e procedimentos administrativos. Assim, a aplicação da lei às pessoas de direito privado vinculadas à Administração far-se-á apenas nas situações em que, por estarem exercendo função administrativa delegada, estiverem sujeitas ao regime jurídico-administrativo.

O regramento estabelecido respeita as normas legais específicas existentes para certos atos e procedimentos administrativos - como as de licitação e contrato administrativo, de procedimento tributário, ou do Estatuto dos Servidores Públicos - situações em que a lei ora proposta incidirá subsidiariamente (art. 2º). Sua aplicação integral deverá ocorrer nos casos em que os atos e procedimentos a serem adotados pela Administração não tenham regulação especial.

O art. 3º permite que o Chefe do Executivo, atento a casos especiais, estabeleça, através de regulamento, prazos diversos dos fixados no anteprojeto, desde que em benefício do particular. Deve-se notar, contudo, que um poder mais amplo ao Governador é conferido pelo § 2º do art. 22, que autoriza a diminuição ou ampliação do prazo ali previsto "em vista de situações justificadas".

3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O título II do anteprojeto cuida dos princípios da Administração. Os arts. 4º, 8º e 9º são reprodução - útil para conferir unidade ao texto da lei, de disposições da Carta Estadual (arts. 111 e 115, §§ 1º, 2º e 4º).

Os demais artigos destinam-se a desenvolver os princípios. O art. 5º em coerência com todo o espírito do anteprojeto, incorpora ao ordenamento administrativo as normas não escritas necessárias à realização do equilíbrio entre autoridade e liberdade. O art. 6º traduz importante regra de interpretação e aplicação do direito administrativo, em nome da boa administração e da proteção dos direitos. O art. 7º procura transpor para a lei as conseqüências que a doutrina e jurisprudência vêm, de modo uniforme, atribuindo ao princípio constitucional da legalidade na Administração.

4. ATOS ADMINISTRATIVOS

A disciplina dos atos administrativos foge da tentação de cunhar conceitos, atividade mais adequada ao cientista que ao legislador. Visa tão-só consolidar, em linguagem o mais simples possível, regras práticas na matéria.

Inicialmente, no art. 10, proibe-se a via de fato, instituindo-se a exigência óbvia de que as atuações materiais sejam precedidas do correspondente ato administrativo. Em virtude dela, fica interdito, por exemplo, o apossamento administrativo sobre imóvel particular, sem a anterior declaração de utilidade pública para fins de desapropriação e demais formalidades previstas em lei.

O art. 11 define como inválidos os atos que desatendam os pressupostos normativos de sua emanção: a lei, os regulamentos e os princípios da Administração. Em seguida, nos vários incisos e no parágrafo único, exemplifica com as hipóteses mais frequentes de invalidade. O dispositivo é especialmente útil por duas razões: inicialmente, dá maior segurança ao exercício, pela Administração, do poder de invalidar seus atos, regulado nos arts. 57 a 61. Depois, salva da invalidade o atos com vícios irrelevantes, ao dispor que a omissão de formalidade ou procedimento só anula ao ato quando tais requisitos forem essenciais. Este dispositivo completa-se com o do art. 13, II, que, consagrando a regra segundo a qual "não há invalidade sem prejuízo", dispõe não estarem sujeitos à invalidação os atos cuja irregularidade não gere qualquer prejuízo, direto ou indireto. Mencione-se, ainda, que o art. 14 admite a convalidação de atos com vícios de ordem formal ou de incompetência.

O art. 12 disciplina a motivação exigida pelas Constituições Federal e

Estadual (arts. 93, X, e 111, respectivamente) como requisito de válida produção dos atos administrativos. Para tornar mais ágeis as decisões administrativas, o § 2.º admite que o ato adote, como sua motivação, pareceres ou manifestações existentes nos autos do procedimento administrativo.

O inc. I do art. 13, suprimindo lacuna hoje existente, fixa em 5 anos o prazo para invalidação administrativa dos atos ilegítimos. Este prazo é o mesmo fixado para a prescrição em favor da Fazenda Pública (Lei federal 5.761/30, Decreto federal 20.910/32, Dec-lei federal 4.597/42, e Lei federal 2.221/54) e para o ajuizamento de ação popular, visando anular atos lesivos ao patrimônio público (art. 21 da Lei federal 4.717/65).

Tratando da formalização dos atos administrativos, os arts. 15 a 18 aproveitam a experiência haurida com a aplicação da Lei complementar estadual 60/72, e do Decreto estadual 1/72, em parte reproduzidos no anteprojeto, com as atualizações necessárias. Tais dispositivos são complementados com o art. 19, relativo especificamente aos decretos regulamentares, destinado a assegurar a aplicação do princípio da legalidade e do art. 47, III, parte final, da Constituição do Estado.

Por seu turno, os arts. 20 e 21 cuidam da publicidade dos atos administrativos, dando aplicação ao art. 112 da Carta do Estado. Atente-se que o art. 20, *caput*, ao determinar que os atos administrativos, salvo quando dispuserem em contrário, entrarão em vigor na data em que se tornarem públicos, elimina a necessidade de previsão específica em cada ato.

O art. 22 fixa em 30 dias o prazo para a prática de atos administrativos ou para a adoção de outras providências necessárias ao cumprimento da lei ou decisão administrativa. A regra não se aplica aos atos integrantes de procedimento administrativo que têm regulação própria no próprio anteprojeto (arts. 32 e 33), nem aos atos para os quais uma lei estabeleça prazo diverso (art. 1.º), podendo, ademais, ser excepcionada por regulamento.

Por fim, o Capítulo VI do Título III cuida da delegação e avocação.

5. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

O título IV do anteprojeto regulamenta os procedimentos administrativos em três etapas. O capítulo I assenta normas gerais (relativas aos princípios, ao direito de petição, à instrução, a prazos e publicidade dos procedimentos), o capítulo II trata dos recursos administrativos e o capítulo III disciplina alguns procedimentos especialmente importantes, hoje não regulados ou regulados de maneira insuficiente (procedimentos de outorga, de invalidação, sancionatórios, de informações pessoais e para retificação de informações pessoais e de denúncia).

NORMAS GERAIS

Os arts. 25 e 26 destinam-se a dar aplicação ao art. 5.º, LV, da Constituição Nacional, que assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao art. 4.º da Constituição Estadual, referente aos princípios que devem governar todos os procedimentos, estejam ou não especificamente tratados no anteprojeto.

Os arts. 27 e 28 regulamentam o direito de petição, consagrado no art. 5.º, XXXIV, "a", da Carta da República. É de se ressaltar que o parágrafo único do art. 27 reconhece a legitimidade das entidades associativas para peticionar em prol de direitos coletivos ou mesmo individuais na esteira do art. 5.º, XXI e art. 8.º, III, da Carta Federal.

A impulsão e instrução dos procedimentos serão feitas de ofício (art. 29), devendo atender a duas regras importantes, introduzidas pelo anteprojeto. A primeira, constante do art. 30, permite a requisição de informações, entre órgãos ou entidades estaduais, sem observância da vinculação hierárquica, o que abrevia o prazo para sua obtenção e elimina a tramitação burocrática inútil. A segunda determina que os autos de procedimentos administrativos permaneçam, durante a instrução, no órgão competente para a decisão, sendo requisitados, por ofício, os elementos eventualmente necessários (art. 31). Com isto, a autoridade que comanda o procedimento pode verificar a todo instante o atendimento dos prazos fixados no anteprojeto, evitando-se que o caminhar dos autos por vários órgãos dilua a responsabilidade pelo seu eventual descumprimento.

No que respeita aos prazos a serem observados nos procedimentos, o art. 32 estabelece regras gerais a serem aplicadas na ausência de normas legais específicas. Ademais, o art. 33, de extraordinária importância, após fixar em 120 dias o prazo para decisão de requerimentos apresentados à Administração, considera rejeitados os que não forem apreciados nesse período. Desse modo, ultrapassado o prazo, o interessado terá aberta a via judicial, não sendo prejudicado pela inércia administrativa. Tal previsão não significa que o Poder Público fique, a partir do termo estabelecido, desonerado do dever de decidir. Assim, o particular poderá, caso prefira, aguardar a decisão administrativa, não obstante o excesso de prazo. Para permitir que o interessado decida-se entre aguardar ou ingressar em Juízo, a autoridade dar-lhe-á ciência das providências até então tomadas.

Por fim, os arts. 34 a 36 regulam a forma de dar ciência ao particular dos atos do procedimento, bem assim o exercício do direito de vista.

RECURSOS

A sistemática dos recursos foi concebida visando, sobretudo, à simplicidade e à eficácia no seu processamento. Uma única espécie é admitida: o chamado recurso hierárquico, a ser apreciado pela autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato (art. 39). A exceção corre por conta dos casos em que o ato atacado tenha sido produzido pelo Governador do Estado ou pelo dirigente da entidade da Administração Indireta, situação em que, inexistindo autoridade superior, será cabível pedido de reconsideração, observado, porém, o mesmo regime do recurso (art. 42).

O art. 38 contém importante inovação, ao autorizar a Procuradoria Geral do Estado a recorrer das decisões que contrariem Súmula Administrativa ou Despacho Normativo do Governador. Cuida-se de mecanismo para manter a integridade do princípio da hierarquia dentro da Administração, evitando a permanência de atos que violem determinações expressas do Chefe do Executivo. Deve-se atentar, a propósito, que, na ausência de tal instrumento, tornar-se-iam imutáveis estes atos, sempre que favoráveis ao particular que, nessa hipótese, obviamente, não recorrerá. A razão a justificar a escolha da Procuradoria Geral do Estado para exercer esta atribuição é óbvia: trata-se do órgão jurídico da Administração, presente em todas as Secretarias de Estado, através das Consultorias Jurídicas.

É preocupação do anteprojeto evitar o excesso de recursos dirigidos ao Governador, o que, além de sobrecarregar esta alta autoridade, aumenta sensivelmente os prazos de tramitação. Este objetivo foi atingido através de duas regras. Inicialmente, só serão objeto de recurso ao Governador os atos praticados originariamente pelos Secretários de Estado (art. 40, I). Em segundo lugar, os recursos dirigidos ao Governador passarão pelo crivo do Procurador-Geral do Estado que negará seguimento, em despacho irrecorrível, aos recursos sem condições de admissibilidade ou interpostos fora de prazo (Art. 48).

O art. 46 estabelece a regra segundo a qual os recursos terão efeito meramente devolutivo, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário ou quando se trata da imposição de sanções incisos I e II). Além disso, quando entender que é relevante o fundamento do recurso e que da demora pode resultar a ineficácia de seu julgamento, o recorrente poderá requerer a concessão do efeito suspensivo (inc. III).

O Art. 47 fixa os trâmites e prazos a serem observados para a apreciação dos recursos, sendo de ressaltar que, em todos eles, será admissível a retratação pela autoridade recorrida (inc. VI). Ainda no que tange aos prazos, o art. 50 seguindo na linha do art. 33 concede 120 dias para a decisão dos recursos e de 90 dias para a decisão dos pedidos de reconsideração, considerando que o silêncio

da Administração importará em rejeição.

Por fim, o art. 49 - aplicando princípio da teoria geral dos recursos - interdita a **reformatio in pejus** e o art. 51 confere estabilidade à decisão proferida no julgamento do último recurso, salvo a hipótese de revogação, de modo a prestigiar o procedimento administrativo.

PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

O capítulo III trata dos procedimentos específicos, citados nas seções I a VIII. Nesse passo, o anteprojeto cuida de estabelecer regras e prazos específicos para cada tipo de procedimento, com a preocupação de celeridade na prática dos atos procedimentais, em harmonia com o respeito aos direitos dos particulares, resguardando, outrossim, a necessária transparência administrativa, informada pelo princípio da moralidade.

O **procedimento de outorga** (arts. 52 à 56) busca oferecer a via procedimental aos administrados, para a breve solução dos pedidos referentes ao reconhecimento, atribuição ou liberação do exercício de direito.

O art. 54 prevê requisitos mínimos de admissibilidade dos pedidos, sob pena de seu indeferimento liminar. Com isso, pretendeu-se evitar a sobrecarga dos serviços administrativos com pedidos ilógicos ou sem qualquer fundamentação.

Relevante, de outro lado, verificar que a disciplina do procedimento em questão, prevendo possíveis conflitos de interesses sobre os mesmos direitos, a cuja outorga objetivem os pedidos, busca assegurar o princípio constitucional do contraditório (art. 56).

Destina-se o **procedimento de invalidação** (arts. 57 a 61) a estabelecer o regramento da submissão de atos e contratos administrativos inválidos ao crivo da própria Administração, para o exercício do dever-poder de revisão de seus próprios atos, hoje consagrado pela construção pretoriana, consubstanciada na Súmula 473, do STF.

Dois situações são reguladas. A primeira é a do procedimento para invalidação por provocação do interessado (art. 58), e a segunda a do procedimento para invalidação de ofício (art. 59). Em ambas, resguardam-se os direitos de terceiros, preconizando-se a intimação dos mesmos para integrarem o procedimento (arts. 58, IV e 59, III). A disciplina em questão evita danos à Administração e aos particulares, bem como o questionamento judicial de atos e contratos administrativos cuja retirada possa ser feita em sede administrativa. Previu-se, dentro dessa linha, a possibilidade cautelar de suspensão dos efeitos do ato ou contrato, com a finalidade de evitar prejuízos de reparação impossível ou onerosa

(art. 60).

Finalmente, emerge do art. 61 a previsão quanto ao desfazimento dos efeitos do ato inválido, salvaguardando o interesse público, ressalvada, entretanto, a situação dos terceiros de boa fé.

O procedimento sancionatório tratado nos arts. 62 a 64 destina-se a permitir a aplicação de sanções administrativas aos particulares. A primeira preocupação que a disciplina desse procedimento revela é a da garantia de ampla defesa, assegurada através do devido processo legal administrativo, em cumprimento ao art. 5.º, LV, da Constituição da República e ao art. 4.º da Constituição do Estado. Concorre para tal objetivo a possibilidade de oferecimento de defesa pelo acusado, antes da instrução do procedimento (art. 63, III). Ademais, assegurando-se a produção de provas e contraprovas pelo interessado (art. 63, V), faz-se incidir em sua plenitude o princípio do contraditório, também inscrito nas mencionadas normas constitucionais.

Finalmente, procurou-se acautelar o interesse público e particular, inclusive em nome do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5.º, LVII), impondo o sigilo do procedimento até sua solução final e preconizando como infração grave a quebra de sigilo (art. 64).

Os arts. 65 a 72 disciplinam o procedimento de reparação de danos, dando maior eficácia ao princípio consagrado no art. 37, § 6.º, da Constituição da República. A previsão desse procedimento revela-se, sem dúvida, inovadora e salutar, atendendo o interesse do Estado e dos particulares, na medida em que possibilita a reparação amigável dos danos causados pela Administração, tornando desnecessária a intervenção do Judiciário.

Ao titular do direito à indenização, o procedimento oferece, de um lado, rapidez no atendimento do seu interesse, ao poupar-lhe a via judicial, e, de outro, os mesmos direitos que teria se fosse a Juízo. De fato, à semelhança do disposto no art. 100 da Constituição da República e no art. 57 da Constituição do Estado, os débitos oriundos do procedimento de reparação de danos serão inscritos em ordem cronológica, para pagamento no exercício seguinte, com o acréscimo de correção monetária (art. 65, VI a X).

Para a Administração, a vantagem desse procedimento consiste em oferecer um mecanismo transparente para o pagamento amigável de indenizações que, uma vez em funcionamento, evitará a injustificável sobrecarga da defesa do Estado em Juízo, com os correspondentes custos. Ademais, o procedimento gerará sensível economia para os cofres públicos, uma vez que as indenizações serão pagas sem juros, honorários advocatícios ou outros acréscimos (art. 66).

Por outro lado, cuida a Seção IV, nos arts. 67 a 71 de regulamentar o procedimento para apuração da responsabilidade regressiva de agente público

que, agindo com dolo ou culpa, tenha gerado a responsabilidade do Estado. Com isso, de uma parte, evita-se a automática e injustificada denúncia à lide de modestos servidores públicos, nas ações de responsabilidade contra o Estado, com os decorrentes ônus, e, de outra, viabiliza-se a aplicação prática e genérica do preceito constitucional que prevê a ação de regresso, resguardando assim o Erário Estadual.

Os procedimentos de responsabilidade terão tramitação perante a Procuradoria Geral do Estado, sendo decididos pelo Chefe da Instituição, com revisão necessária do Governador do Estado, nos casos expressos em regulamento (arts. 65, V, e 69). Desse modo, propicia-se uma decisão fundada em critérios técnicos - eis que proferida pelo órgão incumbido da defesa do Estado em Juízo -, assegurado o controle automático pelo Chefe do Executivo, em situações de maior importância ou repercussão econômica. Porém, em respeito à autonomia dos entes da Administração, a competência para a decisão de pedidos de indenização a eles formulados será definida em regimento próprio (art. 72).

Em seguida, os arts. 73 a 77, dando cumprimento ao art. 5.º, XXXIV, "b", da Constituição Federal e ao art. 114 da Constituição Estadual, regulam o procedimento para obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres da Administração. Cuidou-se de assegurar a gratuidade das certidões requeridas, quando destinadas à defesa ou esclarecimento de situações de interesse pessoal, garantindo-se, porém, o direito à certidão nas demais hipóteses, desde que o interessado arque com o custo correspondente (art. 77). Tal solução, além de afinar-se com o disposto na Carta Magna, livra a Administração do risco de suportar os elevados custos com a expedição de certidões sobre o inteiro teor de extensos procedimentos administrativos, quando requeridas sem a correspondente demonstração da sua real necessidade para a defesa de direitos. De outro lado, previu-se o indeferimento do pedido quando a expedição da certidão colocar em comprovado risco a segurança da sociedade e do Estado ou violar a intimidade de terceiros (art. 76). Finalmente, estabeleceu-se, em prol da celeridade e no intuito de evitar a sobrecarga dos trabalhos da Administração, a possibilidade de expedição de certidão sob a forma de cópia reprográfica (art. 73, parágrafo único).

Esclareça-se que, como consequência da nova disciplina sobre a expedição de certidões, ficará superado o anacrônico Dec.-Lei estadual 104/69 que anteriormente tratava da matéria, em termos incompatíveis com a vigente Constituição. Tal revogação vem expressamente prevista no art. 95 do anteprojeto.

As Seções subsequentes, de n.º VI e VII, relativas aos procedimentos para obtenção de informações pessoais e para retificação de informações pessoais pretendem atender, na vida administrativa, o direito hoje instrumentalizado pelos habeas data, nos termos do art. 5.º, LXXII, da CF. Nesse passo, o anteprojeto

reproduz integralmente, com pequenas adaptações, a Lei estadual 5.702/87 que, assim, ficará revogada (art. 95).

Por fim, os arts. 87 a 90, disciplinando o procedimento de denúncia, propiciam a efetividade do direito de representação compreendido no direito de petição assegurado constitucionalmente contra ilegalidade ou abuso de poder, praticados pelos agentes da Administração Pública.

Revela-se salutar o procedimento em causa, ao conferir aos administrados a oportunidade de participação na vigilância das atividades administrativas, com a certeza de apuração das denúncias em prazo prefixado e o direito de ciência do resultado da averiguação (art. 89).

Para tal efeito, o anteprojeto estipula incidir em infração disciplinar de natureza grave a autoridade que não impulsionar o procedimento de modo imediato, célere e eficiente (art. 90).

Este procedimento será de extrema utilidade para atender os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade que, de acordo com a Constituição da República, impõem-se como obrigatórios à Administração.

6. DISPOSIÇÕES GERAIS

O art. 91 estabelece que o descumprimento injustificado dos prazos previstos no anteprojeto gera responsabilidade disciplinar. Com isto, pretende-se evitar o descaso administrativo para com os prazos legais, em prejuízo do interesse público e dos direitos dos particulares. Deve-se, atender, contudo, que, embora os prazos estabelecidos sejam bastante razoáveis, situações poderão ocorrer em que a sobrecarga de trabalho ou a complexidade da questão envolvida impeçam o atendimento dos prazos.

Em tais hipóteses, tratando-se de descumprimento justificado da lei, inexistirá infração disciplinar, sem prejuízo, porém, da garantia dos direitos dos particulares oferecida pelas normas dos arts. 33, § 1.º, e 50, caput.

Os arts. 92 e 93 do anteprojeto fixam regras para a contagem dos prazos, aproveitando a sistemática consagrada pelo CPC, em seus arts. 178 e 184.

Por fim, tendo em conta a profundidade das modificações introduzidas pelo anteprojeto, bem como a conseqüente necessidade, para a correta aplicação da lei que dele resultará, de sua ampla divulgação e estudo - que devem logicamente anteceder sua vigência -, o art. 94 dispõe que o novo diploma legal entrará em vigor 90 dias após a sua publicação.

São estes, Sr. Secretário, os pontos principais do anteprojeto que submetemos à elevada consideração de V. Exa. com a reiteração de nossos protestos de profunda admiração.

São Paulo, 3 de maio de 1990

Carlos Ari Sundfeld - coordenador

Clovis Beznos - membro

Ruy Homem de Mello Lacerda - membro

ANTEPROJETO DE LEI DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1.º - Esta lei regula os atos e procedimentos administrativos da Administração Pública, Direta ou Indireta, do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica.

Parágrafo único - Considera-se integrante da Administração Indiretamente Estadual toda pessoa jurídica criada, assumida, controlada ou mantida, direta ou indiretamente, pelo Poder Público Estadual, seja qual for seu regime jurídico.

Art. 2.º - As normas da presente lei aplicam-se subsidiariamente aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica.

Art. 3.º - Os prazos fixados em normas regulamentares prevalecem sobre os dispostos nesta lei, quando mais benéficos para o particular.

TÍTULO II - DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Art. 4.º - A Administração Pública atuará em obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

Art. 5.º - Integram o ordenamento administrativo as normas não escritas necessárias à realização do equilíbrio entre a eficácia da Administração e a dignidade, liberdade, segurança, propriedade e demais direitos dos particulares.

Art. 6.º - A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige, com a menor restrição possível aos direitos e interesses dos particulares.

Art. 7.º - Somente a lei poderá:

I - criar limites, ônus ou sujeições aos direitos dos particulares e impor-lhes deveres de qualquer espécie;

II - prever infrações ou criar sanções;

III - criar e extinguir cargos, funções ou empregos na Administração Direta,

nas autarquias e fundações públicas, e fixar sua remuneração;

IV - criar, fixar atribuições e extinguir órgãos públicos ou pessoas da Administração Indireta;

V - estabelecer o regime dos servidores públicos.

Art. 8.º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Art. 9.º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da Administração, Direta ou Indireta, deverá ter caráter educacional, informativo e de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos e imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Parágrafo único - É vedada ao Poder Público, direta ou indiretamente, a publicidade de qualquer natureza fora do território do Estado para fim de propaganda governamental, exceto às empresas que enfrentam concorrência de mercado.

TÍTULO III - DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 10 - A Administração não iniciará qualquer atuação material que afete a esfera jurídica dos particulares sem a prévia expedição do ato administrativo que lhe sirva de fundamento.

CAPÍTULO II - INVALIDADE

Art. 11 - São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua emanção ou os princípios da Administração, especialmente em caso de:

I - incompetência da pessoa jurídica, do órgão ou do agente;

II - omissão de formalidade ou procedimento essenciais;

III - ilegalidade do objeto;

IV - inexistência ou impropriedade do motivo de fato;

V - desvio de poder;

VI - falta ou insuficiência da motivação.

Parágrafo único - Nos atos cuja produção exigir apreciação discricionária, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.

Art. 12 - A motivação indicará as razões que justificam a emissão do ato,

especialmente a regra de competência, os motivos de fato e a finalidade objetivada.

§ 1.º - A motivação do ato final de procedimento administrativo conterá necessariamente a apreciação dos requerimentos, argumentos e provas constantes dos autos.

§ 2.º - A motivação poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações proferidos no procedimento, desde que atendam os requisitos enunciados neste artigo e sua cópia acompanhe o ato principal.

Art. 13 - A Administração invalidará seus atos ilegítimos, de ofício ou sob provocação de pessoa interessada, salvo quando:

I - ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos desde a sua produção;

II - da invalidade não resultar qualquer prejuízo, direto ou indireto.

Art. 14 - A Administração poderá convalidar seus atos ilegítimos, quando a invalidade decorrer de incompetência ou vício de ordem formal desde que:

I - na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade originalmente titulada para a prática do ato;

II - na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.

§ 1.º - Não será admitida a convalidação de ato já impugnado, judicial ou administrativamente, ou quando dela resultar à Administração ou a terceiros.

§ 2.º - A convalidação será sempre procedida por escrito e de forma expressa.

CAPÍTULO III - FORMALIZAÇÃO

Art. 15 - São atos administrativos de competência privativa:

I - do Governador do Estado, o decreto;

II - dos Secretários de Estado e do Procurador do Estado, a resolução;

III - dos órgãos colegiados, a deliberação;

IV - de diretores, coordenadores e autoridades do mesmo nível; de autoridades policiais; de dirigentes de autarquias, bem assim de outras autoridades administrativas, quando esta for a espécie do ato estabelecido em lei, a portaria.

Parágrafo único - Os demais atos administrativos, tais como ofícios e ordens de serviços da competência comum a todas as autoridades ou agentes da Administração, identificando-se pela sua denominação, seguida da sigla dos órgãos que os tenha expedido.

Art. 16 - Os atos administrativos serão produzidos por escrito, indicando a data e local de sua emissão e contendo a assinatura da autoridade responsável.

Art. 17 - Os atos de conteúdo normativo e caráter geral atenderão os seguintes requisitos formais:

I - serão numerados em séries específicas, seguidamente, sem renovação

anual;

II - não conterão matéria estranha a seu objeto, ou que não lhe seja conexa;

III - os textos serão precedidos de ementa enunciativa do seu objeto e divididos em artigos;

IV - a numeração dos artigos será ordinal até o nono e, a seguir, cardinal;

V - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos, em incisos (algarismos romanos) ou parágrafos e incisos; os parágrafos em itens (algarismos arábicos); e os incisos e itens em alíneas (letras minúsculas);

VI - os parágrafos serão representados pelo sinal §, salvo o parágrafo único, que será grafado por extenso;

VII - o agrupamento de artigos constituirá a seção, que poderá desdobrar-se em subseção; o de seções, o capítulo; o de capítulos, o título; o de títulos, o livro, e o de livros, a parte, que poderá desdobrar-se em geral e especial ou consistir, simplesmente em parte seguida de numeração ordinal, grafada por extenso;

VIII - os grupos a que se refere o inciso anterior poderão compreender os subgrupos Disposições Preliminares e Disposições Gerais;

IX - as disposições que, pelo seu sentido, não couberem em qualquer dos grupos, serão incluídas em Disposições Finais e as que não tiverem caráter permanente constituirão as Disposições Transitórias, com numeração própria;

X - o ato declarará, quando possível especificamente, a legislação anterior revogada.

Parágrafo único - O ato administrativo não articulado cujo cumprimento lhe ultrapasse a finalidade específica, não será numerado, identificando-se pela data.

Art. 18 - A alteração de ato de conteúdo normativo e caráter geral, por substituição ou supressão de artigo, ou acréscimo de dispositivo novo, obedecerá às seguintes regras:

I - será mantida a numeração dos artigos do ato alterado;

II - ao artigo novo atribuir-se-á o mesmo número do que o anteceder, seguido de letras maiúsculas em ordem alfabética.

Parágrafo único - Quando a modificação atingir a maioria dos artigos, ou quando tenha havido sucessivas alterações no texto, o ato será refundido por inteiro.

Art. 19 - Os atos regulamentares de leis serão editados por decreto do Governador do Estado, observadas as seguintes regras:

I - nenhum regulamento poderá ser editado sem base em lei, nem prever infrações, sanções, deveres, limites, ônus ou sujeições de direitos nela não estabelecidos;

II - os decretos serão refendados pelos Secretários de Estado, em cuja área

de atuação devam incidir, ou pelo Procurador Geral do Estado, quando for o caso;

III - nenhum decreto regulamentar será editado sem exposição de motivos que demonstre o fundamento legal de sua edição, a finalidade das medidas adotadas e a extensão de seus efeitos.

Parágrafo único - O serviço estadual de atos oficiais manterá em arquivo, para fornecimento aos interessados que o requererem, cópia da exposição de motivos que houver servido de base ao decreto regulamentar.

CAPÍTULO IV - PUBLICIDADE

Art. 20 - Os atos administrativos, inclusive os de conteúdo normativo e caráter geral, entrarão em vigor na data em que se tornarem públicos, salvo se o contrário for declarado expressamente em seu texto.

Art. 21 - A publicidade dos atos administrativos consistirá:

I - para os atos externos ou de alcance geral, na publicação no Diário Oficial do Estado;

II - para os atos de alcance particular, na notificação do interessado, pessoalmente ou por carta com aviso de recebimento.

Parágrafo único - A publicação dos atos sem conteúdo normativo poderá ser resumida.

CAPÍTULO V - PRAZO PARA PRODUÇÃO

Art. 22 - Será de 30 (trinta) dias o prazo máximo para a prática de atos administrativos não integrantes de procedimentos ou para adoção, por autoridade pública, de outras providências necessárias à aplicação de lei ou decisão administrativa.

Parágrafo § 1.º - O prazo fluirá a partir do momento em que, à vista das circunstâncias, tornar-se logicamente possível a produção do ato ou adoção da providência.

Parágrafo § 2.º - Norma regulamentar poderá, em vista de situações específicas justificadas, ampliar ou diminuir o prazo previsto neste artigo ou estabelecer de modo diverso o termo inicial de sua fluência.

CAPÍTULO VI - DECLARAÇÃO E AVOCAÇÃO

Art. 23 - Salvo vedação constitucional ou legal, as autoridades superiores poderão delegar a seus subordinados a prática de atos de sua competência ou

avocar os de competência destes.

Art. 24 - São indelegáveis:

I - a competência para a edição de atos normativos que regulem os direitos e deveres dos administrados;

II - as atribuições inerentes ao caráter político da autoridade;

III - as atribuições recebidas por delegação, salvo autorização expressa, e na forma por ela determinada;

IV - a totalidade da competência do órgão;

V - as competências essenciais do órgão que justifiquem sua existência.

Parágrafo único - O órgão colegiado não pode delegar suas funções, mas apenas a execução material de suas decisões.

TÍTULO IV - DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I - NORMAS GERAIS

SEÇÃO I - Princípios

Art. 25 - Os atos da Administração serão precedidos do procedimento adequado à sua válida produção e à proteção dos direitos e interesses dos particulares.

Art. 26 - Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja seu objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados.

Parágrafo único - Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados aos participantes do procedimento os direitos de manifestação, de oferecer provas ou acompanhar sua produção, de vista e de recorrer.

SEÇÃO II - DIREITO DE PETIÇÃO

Art. 27 - É assegurado, a qualquer pessoa física ou jurídica, independentemente de pagamento, o direito de petição à Administração Pública contra ilegalidade ou abuso de poder e para a defesa de direito ou interesse individual, coletivo ou geral.

Parágrafo único - As entidades associativas, quando expressamente

autorizadas por seus estatutos ou por ato especial, e os sindicatos, poderão exercer o direito de petição, em defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais de seus membros.

Art. 28 - Em nenhuma hipótese poderá ser recusada a protocolização de petição, sob pena de responsabilidade do agente.

SEÇÃO III - INSTRUÇÃO

Art. 29 - Os procedimentos serão impulsionados e instruídos de ofício, atendendo-se à celeridade, economia, simplicidade e utilidade dos trâmites.

Art. 30 - O órgão ou entidade da Administração estadual que necessitar de informações de outro, para instrução de procedimento, poderá requisitá-las diretamente, sem observância da vinculação hierárquica, mediante ofício, do qual uma cópia será juntada aos autos.

Art. 31 - Durante a instrução, os autos do procedimento administrativo permanecerão na repartição competente para a decisão.

SEÇÃO IV - PRAZOS

Art. 32 - Quando outros não estiverem previstos nesta lei ou em disposições especiais, serão os seguintes os prazos máximos a serem observados nos procedimentos administrativos:

I - para autuação, juntada aos autos de quaisquer elementos, publicação e outras providências de mero expediente: 2 (dois) dias;

II - para efetivação de notificação ou intimação pessoal: 4 (quatro) dias;

III - para elaboração e apresentação de informes sem caráter técnico: 5 (cinco) dias;

IV - para elaboração e apresentação de pareceres, perícias ou informes de caráter técnico: 15 (quinze) dias, prorrogáveis por 10 (dez) dias quando a diligência requerer o deslocamento do agente para a localidade diversa daquela onde tem sua sede de exercício;

V - para decisões no curso do procedimento: 5 (cinco) dias;

VI - para manifestações em geral do particular ou providências a seu cargo: 5 (cinco) dias;

VII - para decisão final: 15 (quinze) dias;

VIII - para outras providências da Administração: 5 (cinco) dias.

Parágrafo único - O prazo fluirá a partir do momento em que, à vista das circunstâncias, tornar-se logicamente possível a produção do ato a adoção da providência.

Art. 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1.º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2.º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3.º - O dispositivo no § 1.º não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento.

SEÇÃO V - PUBLICIDADE

Art. 34 - No curso de qualquer procedimento administrativo, as intimações e notificações serão feitas pessoalmente ou por carta com aviso de recebimento, observadas as seguintes regras:

I - constitui ônus do requerente informar seu endereço para correspondência, bem como as alterações posteriores;

II - considera-se operada a intimação ou notificação por carta com sua entrega no endereço fornecido pelo interessado;

III - será obrigatoriamente pessoal a primeira intimação do acusado, em procedimento sancionatório, ou do terceiro interessado, em procedimento de invalidação;

IV - na notificação ou intimação pessoal, caso o destinatário recuse a assinatura do comprovante de recebimento, o servidor encarregado certificará a entrega;

V - quando o particular estiver representado nos autos por procurador, a ele serão dirigidas as notificações e intimações.

Parágrafo único - Na hipótese do inc. III, não sendo encontrado o interessado, a intimação será feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado.

Art. 35 - Durante a instrução, será concedida vista dos autos à pessoa interessada, mediante simples solicitação, sempre que não prejudicar o curso do procedimento.

Parágrafo único - A concessão de vista será obrigatória, no prazo para manifestação do interessado ou para apresentação de recursos.

Art. 36 - Ao advogado é assegurado o direito de retirar os autos da

repartição, mediante a assinatura de recibo, durante o prazo para manifestação de seu constituinte, salvo na hipótese de prazo comum.

CAPÍTULO II - DOS RECURSOS

SEÇÃO I - LEGIMITIDADE PARA RECORRER

Art. 37 - É facultada, a qualquer interessado, a apresentação de recurso contra decisões administrativas, em defesa de interesse ou direito, individual ou coletivo.

Parágrafo único - Salvo previsão legal em contrário, o direito ao recurso não é condicionado à prévia participação do recorrente no procedimento do qual tenha resultado o ato.

Art. 38 - A Procuradoria Geral do Estado recorrerá, de ofício, das decisões que contrariarem Súmula Administrativa ou Despacho Normativo do Governador do Estado.

SEÇÃO II - COMPETÊNCIA

Art. 39 - Quando norma legal ou regulamentar não dispuser de outro modo, será competente para conhecer do recurso a autoridade imediatamente superior àquela que praticou o ato.

Art. 40 - A instância máxima de recurso será:

I - na Administração Direta, o Secretário de Estado, ou autoridade a ele equiparada, excetuados os casos em que o ato recorrido tenha sido por ele praticado originariamente;

II - na Administração Indireta, o dirigente superior da pessoa jurídica, salvo norma legal ou administrativa em contrário.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica ao recurso previsto no art. 38.

SEÇÃO III - SITUAÇÕES ESPECIAIS

Art. 41 - São irrecorríveis na esfera administrativa os atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem assim os informes e pareceres.

Art. 42 - Contra as decisões tomadas originariamente pelo Governador do Estado ou pelo dirigente de pessoa jurídica da Administração Indireta, caberá pedido de reconsideração, observado, no que couber, o regime do recurso.

SEÇÃO IV - REQUISITOS

Art. 43 - O recurso observará os seguintes requisitos:

I - será dirigido à autoridade recorrida e protocolizado no órgão a que esta pertencer;

II - trará a indicação do nome, qualificação e endereço para correspondência do recorrente;

III - conterá exposição, clara e completa das razões de inconformidade.

Art. 44 - O prazo para apresentação de recurso será de 15 (quinze) dias, contados da publicação ou notificação do ato.

Art. 45 - Conhecer-se-á do recurso erroneamente designado, quando de seu conteúdo resultar indubitosa a impugnação do ato.

SEÇÃO V - EFEITOS

Art. 46 - O recurso será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo:

I - previsão legal ou regulamentar em contrário;

II - quando o ato recorrido consistir na aplicação de sanção;

III - quando, além de relevante o fundamento do recurso, da execução do ato recorrido puder resultar a ineficácia da decisão final.

Parágrafo único - Na hipótese do inc. III, o recorrente requererá fundamentadamente, em petição anexa ao recurso, a concessão do efeito suspensivo.

SEÇÃO VI - TRAMITAÇÃO

Art. 47 - A Ramitação do recurso observará as seguintes regras:

I - a petição será juntada aos autos em dois dias, contados da protocolização;

II - quando os autos em que produzida a decisão recorrida tiverem de permanecer na repartição de origem para o prosseguimento de providências em curso, o recurso será atuado em separado, trasladando-se cópia dos elementos necessários;

III - requerida a concessão de efeito suspensivo, a autoridade recorrida apreciará o pedido, nos 3 (três) dias subsequentes;

IV - havendo outros interessados representados nos autos, serão estes intimados, com prazo comum de 15 (quinze) dias, para oferecimento de contra-razões;

V - com ou sem as contra-razões, os autos serão submetidos à Consultoria Jurídica para elaboração de parecer, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, salvo na hipótese do art. 38;

VI - a autoridade recorrida poderá reconsiderar seu ato, nos 5 (cinco) dias subsequentes;

VII - mantido o ato, os autos serão encaminhados à autoridade competente para conhecer do recurso, para decisão, em 30 (trinta) dias;

VIII - a autoridade recorrida não poderá negar seguimento ao recurso, mesmo quando inadmissível ou interposto fora de prazo, sob pena de responsabilidade.

Parágrafo § 1º - Das decisões previstas nos incisos III, VI e VII dar-se-á publicidade, em 2 (dois) dias.

Parágrafo § 2º - Da decisão prevista no inc. III não caberá recurso na esfera administrativa.

Art. 48 - Os recursos dirigidos ao Governador do Estado serão, antes de seu encaminhamento, submetidos à Procuradoria Geral do Estado, para parecer, a ser apresentado em 15 (quinze) dias.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, o Procurador Geral do Estado negará seguimento, em despacho irrecorrível, ao recurso que não reúna condições de admissibilidade ou que tenha sido interposto fora de prazo.

SEÇÃO VII - DECISÃO E SEUS EFEITOS

Art. 49 - A decisão de recurso não poderá agravar a restrição produzida pelo ato ao interesse do recorrente.

Art. 50 - Ultrapassado, sem decisão, o prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da protocolização de recurso que tramite sem efeito suspensivo, o recorrente poderá considerá-lo rejeitado na esfera administrativa.

§ 1.º - No pedido de reconsideração previsto no art. 42, o prazo será de 90 (noventa) dias.

§ 2.º - O disposto neste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o recurso.

Art. 51 - Esgotados os recursos, a decisão final tomada em procedimento administrativo formalmente regulado não poderá ser modificada pela Administração, salvo por revogação, quando admitida.

CAPÍTULO III - PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

SEÇÃO I - PROCEDIMENTO DE OUTORGA

Art. 52 - Rege-se pelo disposto nesta Seção o procedimento dos pedidos de reconhecimento, atribuição ou liberação do exercício de direito.

Art. 53 - A competência para apreciação dos requerimentos será do dirigente do órgão ou entidade encarregada da matéria versada, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

Art. 54 - O requerimento será dirigido à autoridade competente para sua decisão, devendo indicar:

I - o nome, qualificação e endereço para correspondência do requerente;

II - os fundamentos de fato e de direito;

III - a providência pretendida;

IV - as provas em poder da Administração que pretende ver juntadas aos autos.

Parágrafo único - O requerimento será desde logo instruído com a prova documental de que o interessado disponha.

Art. 55 - A tramitação dos requerimentos observará as seguintes regras:

I - protocolizado providenciará a autuação e remessa ao setor competente, no prazo de 2 (dois) dias;

II - o requerimento será desde logo indeferido, se não atender os requisitos dos incisos I a IV do artigo anterior, notificando-se o requerente;

III - se o requerimento houver sido dirigido a órgão incompetente, este providenciará seu encaminhamento à seção adequada, intimando-se o requerente;

IV - a autoridade determinará as providências necessárias à instrução dos autos, ouvindo, em caso de dúvida relevante quanto à matéria jurídica, o órgão de Consultoria Jurídica;

V - quando os elementos colhidos puderem conduzir ao indeferimento, o requerente será intimado, com prazo de 5 (cinco) dias, para manifestação final;

VI - terminada a instrução, a autoridade decidirá, em despacho motivado, nos 15 (quinze) dias subsequentes;

Art. 56 - Quando duas ou mais pessoas pretenderem da Administração o reconhecimento ou atribuição de direitos que se excluam mutuamente, será instaurado procedimento administrativo para decisão, com observância das normas do artigo anterior e das ditadas pelos princípios da igualdade e do contraditório.

SEÇÃO II - PROCEDIMENTO DE INVALIDAÇÃO

Art. 57 - Rege-se pelo disposto nesta Seção o procedimento para invalidação de ato ou contrato administrativo.

Art. 58 - O procedimento para invalidação provocada observará as seguintes regras:

I - o requerimento será dirigido à autoridade que praticou o ato ou firmou o contrato, atendidos os requisitos do art. 54;

II - recebido o requerimento, será o mesmo submetido ao órgão de Consultoria Jurídica para emissão de parecer, em 15 (quinze) dias;

III - a Consultoria Jurídica opinará sobre a procedência ou não do pedido, sugerirá, quando for o caso, providências para instrução dos autos, e verificará se a eventual invalidação atingirá terceiros;

IV - quando o parecer apontar a existência de terceiro interessado, a autoridade determinará sua intimação para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito;

V - concluída a instrução, serão intimadas as partes para, em 5 (cinco) dias, apresentarem suas razões finais;

VI - a autoridade, ouvindo, se entender conveniente, a Consultoria Jurídica decidirá em 15 (quinze) dias, por despacho motivado, do qual serão notificadas as partes;

VII - da decisão caberá recurso.

Art. 59 - O procedimento para invalidação de ofício observará as seguintes regras:

I - cogitando da invalidade de ato ou contrato, a autoridade que o praticou, ou seu superior hierárquico, submeterá o assunto à Consultoria Jurídica;

II - a Consultoria Jurídica opinará sobre a validade do ato ou contrato, e sugerirá, quando for o caso, providências para instrução dos autos, e verificará se a eventual invalidação atingirá terceiros;

III - quando o parecer apontar a existência de terceiros interessados, a autoridade determinará sua intimação para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito;

IV - concluída a instrução, a autoridade, ouvindo, se entender conveniente, a Consultoria Jurídica, decidirá em 15 (quinze) dias por despacho motivado, do qual será notificado o interessado;

V - da decisão caberá recurso.

Art. 60 - No curso do procedimento de invalidação, a autoridade poderá, de ofício ou em face de requerimento do interessado, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar prejuízos de reparação impossível ou onerosa.

Art. 61 - Invalidado o ato ou contrato, a Administração tomará as providências necessárias para desfazer os efeitos por eles produzidos desde sua emanção, salvo quanto aos terceiros de boa fé.

SEÇÃO III - PROCEDIMENTO SANCIONATÓRIO

Art. 62 - Nenhuma sanção administrativa será aplicada a pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que seja assegurada ampla defesa ao acusado, em procedimento sancionatório.

Parágrafo único - No curso do procedimento ou, em caso de extrema urgência, antes dele, a Administração poderá adotar as medidas cautelares estritamente indispensáveis à eficácia do ato final.

Art. 63 - O procedimento sancionatório observará as seguintes regras:

I - verificada a ocorrência de infração administrativa, será instaurado procedimento para sua apuração;

II - o ato de instauração, expedido pela autoridade competente, indicará os fatos em que se baseia e as normas definidoras da infração e da sanção aplicável;

III - o acusado será intimado, com cópia do ato de instauração, para, em 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e indicar as provas que pretende produzir;

IV - caso haja requerimento para produção de provas, a autoridade apreciará sua pertinência, em despacho motivado;

V - o acusado será intimado para:

a) manifestar-se em 5 (cinco) dias, se maior prazo não lhe for assinalado em consideração à complexidade da prova, sobre os documentos juntados aos autos pela autoridade;

b) acompanhar as provas orais;

c) formular quesitos e indicar assistente técnico, quando for o caso de prova pericial;

d) concluída a instrução, apresentar em 5 (cinco) dias suas alegações finais;

VI - antes da decisão a autoridade colherá o parecer da Consultoria Jurídica;

VII - a decisão, devidamente motivada, será proferida em 15 (quinze) dias, notificando-se o interessado;

VIII - da decisão caberá recurso.

Art. 64 - O procedimento sancionatório será sigiloso até a decisão final, salvo em relação ao acusado ou seu procurador.

Parágrafo único - Incidirá em infração disciplinar de natureza grave o servidor que, por qualquer forma, divulgar irregularmente informações relativas à acusação, ao acusado ou ao procedimento.

SEÇÃO IV - PROCEDIMENTO DE REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 65 - Aquele que pretender da Fazenda Pública ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I - o requerimento será protocolizado na Procuradoria Geral do Estado, no prazo de 5 (cinco) anos, contados do ato ou fato que houver dado causa ou dano;

II - a protocolização do requerimento suspende a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação;

III - o requerimento conterà os requisitos do art. 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente;

IV - o procedimento dirigido por Procurador do Estado para tanto designado observará as regras do art. 55;

V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador do Estado, que recorrerá de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento;

VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita em 15 (quinze) dias, a inscrição, em relação cronológica, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;

VII - não concordando com valor inscrito, o interessado poderá, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos;

VIII - os débitos inscritos até 1.º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, pela Procuradoria Geral do Estado, à conta de dotação orçamentária específica;

IX - o depósito em conta aberta em favor do interessado do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito;

X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e prazo previstos nos inc. VIII e IX.

§ 1.º - Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incs. VII e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa.

§ 2.º - Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador-Geral do Estado poderá delegar, através de ato genérico, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso.

Art. 66 - Nas indenizações pagas nos termos do artigo anterior não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

Art. 67 - Em hipótese de condenação judicial definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo Procurador que por último houver oficiado no feito, sob pena de responsabilidade.

Art. 68 - Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a instauração de procedimento cuja tramitação obedecerá ao disposto na Seção III para apuração de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo.

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado, de ofício, determinará a instauração do procedimento previsto neste artigo, quando, na forma do art. 65, a

Fazenda houver ressarcido extrajudicialmente o particular.

Art. 69 - O Procurador Geral do Estado será a autoridade competente para a decisão no procedimento previsto no artigo anterior, recorrendo de ofício ao Governador do Estado, nos casos previstos em regulamento.

Parágrafo único - Aplica-se à competência prevista neste artigo o disposto no Parágrafo 2.º do artigo 65.

Art. 70 - Concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 15 (quinze) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente.

Art. 71 - Vencido, sem pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, nos 15 (quinze) dias subseqüentes, a ação judicial para cobrança do débito.

Art. 72 - As entidades da Administração Indireta editarão regimento, aprovado pelo Governador do Estado, adaptando os procedimentos previstos nesta Seção à sua estrutura interna.

SEÇÃO V - PROCEDIMENTO PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO

Art. 73 - É assegurada a qualquer pessoa física ou jurídica a expedição de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres, constantes de registros ou autos de procedimento em poder da Administração Pública, ressalvado o disposto no art. 76.

Parágrafo único - As certidões serão expedidas sob a forma de relato ou mediante cópia reprográfica dos elementos pretendidos.

Art. 74 - Para o exercício do direito previsto no artigo anterior, o interessado deverá protocolizar requerimento no órgão competente, independentemente de qualquer pagamento, especificando os elementos que pretende ver certificados.

Art. 75 - O requerimento será apreciado, em 5 (cinco) dias, pela autoridade competente, que determinará a expedição da certidão, em prazo nunca superior a 5 (cinco) dias.

Art. 76 - O requerimento será indeferido em despacho motivado se a divulgação da informação solicitada colocar em comprovado risco a segurança da sociedade e do Estado ou violar a intimidade de terceiros.

§ 1.º - Na hipótese deste artigo, a autoridade competente, antes de sua decisão, ouvirá o órgão de Consultoria Jurídica que se manifestará em 3 (três) dias.

§ 2.º - Do indeferimento de pedido de certidão caberá recurso.

Art. 77 - A expedição da certidão independe de qualquer pagamento quando o requerimento demonstrar sua necessidade ou utilidade para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Parágrafo único - Nas demais hipóteses, o interessado será intimado a recolher o valor correspondente ao custo da expedição.

SEÇÃO VI - PROCEDIMENTO PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS

Art. 78 - Toda pessoa terá direito de acesso aos registros nominais que a seu respeito constem em qualquer espécie de fichário, informatizado ou não, dos órgãos ou entidades da Administração, inclusive em fichários policiais.

Art. 79 - O procedimento para obtenção de informações observará as seguintes regras:

I - o interessado apresentará, ao órgão ou entidade do qual pretende as informações, requerimento escrito manifestando o desejo de conhecer tudo o que a seu respeito consta das fichas ou registros existentes;

II - as informações serão fornecidas no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da protocolização do requerimento;

III - as informações serão transmitidas em linguagem clara e indicarão:

a) o conteúdo integral do que existir registrado;

b) a fonte das informações e dos registros;

c) o prazo pelo qual os registros serão mantidos;

d) as categorias de pessoas que, por suas funções ou por necessidade de serviço, têm diretamente acesso aos registros;

e) as categorias de destinatário habilitados a receberem comunicação destes registros;

f) se estes registros são transmitidos a outros órgãos estaduais, e quais são esses órgãos.

Art. 80 - Os dados existentes cujo conhecimento houver sido ocultado ao interessado quando de sua solicitação de informações não poderão, em hipótese alguma, ser utilizados em quaisquer procedimentos que vierem a ser instaurados contra o mesmo.

Art. 81 - Os órgãos ou entidades da Administração, ao coletarem informações, devem esclarecer aos interessados:

I - o caráter obrigatório ou facultativo das respostas;

II - as conseqüências de qualquer incorreção na resposta;

III - os órgãos aos quais se destinam essas informações;

IV - a existência do direito de acesso e retificação.

Parágrafo único - Quando as informações forem recolhidas através de questionários impressos, deles devem constar estes esclarecimentos.

Art. 82 - É proibida a inserção ou conservação em fichário de dados nominais que mostrem origens raciais, opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, orientações sexuais e filiação sindical ou partidária.

Art. 83 - É vedada a utilização, sem autorização prévia do interessado, de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais foram prestados.

SEÇÃO VII - PROCEDIMENTO PARA RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS

Art. 84 - Qualquer pessoa tem o direito de exigir da Administração:

I - a eliminação completa dos registros de dados a seu respeito que sejam falsos, que tenham sido obtidos por meios ilícitos, ou que se refiram a origens raciais, opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, orientações sexuais e filiação sindical ou partidária;

II - a retificação ou atualização dos dados incompletos, dúbios ou desatualizados.

Parágrafo único - Aplicam-se ao procedimento de retificação as regras contidas nos arts. 54 e 55.

Art. 85 - Um fichário nominal deve ser completado ou corrigido, de ofício, assim que a entidade ou órgão por ele responsável tomar conhecimento da inexatidão ou do caráter incompleto de informação nele contida.

Art. 86 - No caso de informação já fornecida a terceiros, sua retificação ou anulação deve ser comunicada a estes últimos, com cópia para a pessoa a quem a informação diga respeito.

SEÇÃO VIII - PROCEDIMENTO DE DENÚNCIA

Art. 87 - Qualquer pessoa que tiver conhecimento de violação da ordem

jurídica praticada por órgãos ou agentes administrativos poderá denunciá-la à Administração.

Art. 88 - A denúncia conterá a identificação do denunciante, devendo indicar o fato em questão e sua circunstâncias e, tanto quanto possível, seus responsáveis e beneficiários.

Parágrafo único - Quando a denúncia for apresentada verbalmente, a autoridade lavrará termo, assinado pelo denunciante.

Art. 89 - Instaurado o procedimento administrativo, a autoridade responsável determinará as providências necessárias à sua instrução, observando-se os prazos previstos nesta lei e as seguintes regras:

I - é obrigatória, antes da decisão, a oitiva do órgão de Consultoria Jurídica;

II - o prazo máximo para conclusão do procedimento é de 120 (cento e vinte) dias;

III - o denunciante não é parte no procedimento, sendo, no entanto, cientificado de seu resultado.

Art. 90 - Incidirá em infração disciplinar por comportamento irregular, de natureza grave, a autoridade que não der andamento imediato, rápido e eficiente ao procedimento regulado nesta seção.

TÍTULO V - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 91 - O descumprimento injustificado pela Administração dos prazos previstos na presente lei gera responsabilidade disciplinar, imputável aos agentes diretamente encarregados do assunto.

Parágrafo único - Respondem também os superiores hierárquicos que se omitirem na fiscalização dos serviços de seus subordinados, ou que de outro modo concorram para a infração.

Art. 92 - Os prazos previstos nesta lei são contínuos, não se interrompendo nos feriados.

Art. 93 - Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1.º - Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I - for determinado o fechamento da repartição;

II - o expediente for encerrado antes da hora normal.

§ 2.º - Os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação, notificação ou publicação.

Art. 94 - Esta lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após sua publicação.

Art. 95 - Revogam-se as disposições em contrário, especialmente o Decreto Lei n.º 104, de 20 de junho de 1969, a Lei n.º 5.702, de 05 de junho de 1987.

DIREITO ADQUIRIDO CONTRA AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

CARLOS AYRES BRITTO (*)
VALMIR PONTES FILHO (**)

SUMÁRIO: 1. A Constituição como norma que se põe na linha de largada do Direito. 2. A emenda constitucional como norma que se põe a meio caminho do Direito. 3. A subsistência do direito adquirido, ante as emendas constitucionais. 4. A permanência do direito adquirido como forma de manifestação do princípio constitucional da segurança jurídica. 5. A justificativa lógica de cada remissão constitucional à lei, e não às emendas. 6. O direito adquirido como fato bloqueador da produção das leis e das emendas à Constituição. 7. Considerações finais.

1. A Constituição como norma que se põe na linha de largada do Direito

1.1. Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). Logo, não tem compromisso com a ordem jurídica anterior, justamente por ser inaugural de uma nova ordem cujo primeiro efeito é sepultar a própria Constituição primitiva.

1.2. Noutros termos, então, somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. Sua irrupção no cenário jurídico significa a postura do começar tudo de novo, e não simplesmente a do ajustar as coisas. Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro), é o único a se caracterizar como Instância capaz de normar sem ser normada; vale dizer, como instância que tem a exclusiva força de preservar, ou deixar de fazê-lo, toda e qualquer norma produzida à luz da velha ordem jurídica.

1.3. Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária, no sentido de que tudo que ela disser de forma expressa ou até mesmo implícita passa a vigorar como norma jurídica e todo o Direito anterior que não estiver de acordo com ela deixa de vigorar como norma jurídica (princípio da instantânea perda de eficácia das normas não recepcionadas pela nova ordem constitucional). É exprimir: todas as relações possíveis e imagináveis estão à merce da Constituição e por isso é que se pode ajuizar que contra ela não há direito adquirido.

2. A emenda constitucional como norma que se põe a meio caminho do Direito

2.1. Não é bem isto o que sucede com as emendas à Constituição, que já se encontram a meio caminho do Direito positivo. Seu órgão de elaboração é destituído da característica de instância exclusivamente normante, exatamente porque já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elabora a Constituição. Daí não se lhe poder reconhecer a natureza de um verdadeiro poder constituinte, como ensinava GEORGE BURDEAU e como insistem na diferenciação GEORGE MIRANDA e JOSÉ GOMES CANOTILHO.

2.2. Pois bem, por não ser possível conhecer o órgão de produção das emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, é centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituinte. Ele não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente, pois somente pode normar nos termos em que pela Constituição mesma já se encontra normado.

2.3. Daqui se conclui, obviamente, que a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, à face do originário Texto Maior. E não das emendas à Constituição, propriamente. É sempre necessário ver se existe, no assaolho da própria Constituição, um regime específico para o chamado direito adquirido, imune a incidência das próprias emendas.

3. A subsistência do direito adquirido ante as emendas constitucionais

3.1. Anotada a diferenciação, para logo se percebe que a afirmativa dos que negam a sobrevivência do direito adquirido, ante as emendas, é feita com apoio na intelecção de que a lei é que está proibida de desrespeitar esse tipo de direito. Não as emendas, que têm hierarquia superior à da lei.

3.2. É como se pronuncia PAULO MODESTO, em recente e precioso estudo sobre o tema, do qual reproduzimos, o seguinte trecho: "O direito adquirido, por conseguinte, ao contrário do que alguns órgãos de imprensa teimam em dizer, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário ou reformado. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, utilizável para impedir a eficácia derogatória da lei nova em face de situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares" (em REFORMA ADMINISTRATIVA E DIREITO AO REGIME DA FUNÇÃO PÚBLICA, pg. 7).

3.3. Ocorre que não nos parece inteiramente acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988. As emendas têm força impositiva superior a da lei - certo é dizê-lo -, mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo ao direito já adquirido pelo respectivo titular. Se elas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"), foi pela principal razão de que o direito ali referido é exclusivamente o concedido por lei. Não o concedido pela Constituição, diretamente.

3.4. Com efeito, o direito adquirido a que se referiu o mencionado dispositivo constitucional foi o conferido por lei, exclusivamente, pois os direitos conferidos pela Constituição mesma, de modo pronto e acabado, não se encontram à mercê da lei. A lei não pode desconsiderar os direitos objetivos que o próprio Texto Magno plasmou de todo, sem que ele mesmo admitisse a menor constrição por via legal, como, por exemplo, os constitutivos da liberdade de manifestação do pensamento, de reunião e de sindicalização, ou os consistentes na estabilidade dos servidores públicos civis e na irredutibilidade dos respectivos vencimentos.

3.5. Agora, como a lei poderia tomar o que ela mesma deu, segundo o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, a Constituição entrou no circuito para impedir o "toma-lá-dá-cá". Isto, sempre que o titular do direito abstratamente concedido já houver preenchido, em concreto, as respectivas condições de exercício (direito adquirido, portanto, a significar permanência de efeito pontual de norma já riscada do mapa jurídico).

4. A permanência do direito adquirido como forma de manifestação do princípio constitucional da segurança jurídica

4.1. Assim dispôs a Constituição, no prefalado inciso XXXVI do art. 5º, como uma das formas de particular manifestação do princípio da segurança jurídica. Princípio, esse, de logo entalhado no "caput" do mesmo artigo, no capítulo versante sobre direitos e garantias marcadamente individuais, e por isso mesmo, subtraído ao poder legiferante do Congresso Nacional, ainda que agindo este como poder reformador. É a vedação que se contém no inciso IV do § 4º do art. 60, nestes esclarecedores termos:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais".

4.2. Ora bem, se o princípio constitucional da segurança abarca o direito que se adquire por simples disposição legal, quanto mais o direito que se adquire por disposição nuclearmente constitucional... Ou, por outra, se a Constituição recusasse aos direitos por ela mesma conferidos a cota de segurança que decididamente emprestou aos direitos obtidos por lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos.

4.3. Em diferentes palavras, a Constituição estaria a se proclamar lei menor, em tema de direitos adquiridos, reservando o designativo de lei maior para a lei ordinária ou complementar, em igual matéria. Linha de interpretação que nos parece rejeitável, por desconsiderar o vínculo funcional direto entre a obra do verdadeiro poder constituinte (que é Constituição originária) e a maior estabilidade das relações jurídicas nela substanciadas, quando comparadas com as relações instituídas por leis de um poder simplesmente constituído, como é o Congresso Nacional.

4.4. Com este nosso modo de ver as coisas, não estamos negando que as

emendas possam prejudicar (por modificação ou supressão) certos direitos subjetivos que não façam parte da relação dos expressamente nominados como "direitos e garantias individuais". O que estamos a afirmar é que tais direitos, uma vez adquiridos, seja qual for a respectiva natureza (direito social, político, funcional, etc), não podem mais ser lesionados por efeito de reforma constitucional. A normatividade das emendas, no caso, já nasce etiquetada com o timbre do "doravante", e jamais com o timbre do "desde sempre".

5. A justificativa lógica de cada remissão constitucional à lei e não às emendas

5.1. É enganoso pensar, assim, que a interdição da lei para ofender certos direitos ou garantias subjetivas venha sempre a significar liberação das emendas constitucionais para fazê-lo. Uma coisa não puxa a outra, necessariamente, por que há justificativa lógica para o fato em si da remissão constitucional explicada à lei.

5.2. Só para ilustrar este nosso enunciado, pense-se na regra constitucional que proíbe a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Ou no preceito de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ou, ainda, no dispositivo que veicula a norma interditante da lei quanto à possibilidade de excluir da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Por que tanto chamamento expresso à lei? Simplesmente, porque a Constituição reserva para a lei a conformação de matéria penal, assim como de matéria processual, seja esta de natureza igualmente penal, ou civil, conforme a seguinte voz de comando:

"Art. 22 Compete privativamente à União legislador sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...)".

5.3. Pois é esse mesmo fundamento racional que está na base da citação da lei, alusivamente à interdição de ofensa ao direito adquirido. É que o Texto Magno convocou expressamente a lei para criar direitos subjetivos, como, "verbi gratia", os atinentes a trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º I, X, XI, XIX...) e à isonomia entre os servidores públicos civis da Administração Direta (§ 1º do art. 39). Se não proibiu literalmente as emendas de retroagirem, foi porque também não autorizou expressamente que elas ampliassem a pauta dos direitos já constitucionalmente deferidos.

5.4. Salta à evidência, então, que não é pelo fato de haver citado a lei, e não as emendas, que a Constituição esteja a liberar estas últimas quanto àquelas proibições. Além de dever pesquisar sobre a razão específica da citação

constitucional da lei, intérprete não pode esquecer que é justamente a lei a forma usual ou cotidiana de se inovar a Ordem Jurídica (não de se fundar essa Ordem, claro). As emendas são extraordinárias, episódicas, e não é por outra causa que a "Lex Fundamentalis" deixa de indicar os assuntos por elas reguláveis.

5.5. Deveras, as emendas constitucionais se caracterizam, não pela indicação das matérias que lhes são reservadas, mas pela indicação das matérias que lhes são proibidas (cláusulas pétreas). Já as leis são numerosamente referidas pela Constituição, tanto para o efeito de poder conformar certas relações, quanto para o efeito de não poder fazê-lo, exatamente porque a Ordem Jurídica tem na lei o seu elemento próprio de dinamização, a partir da peregrina regra de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art. 5º da Carta de Outubro).

5.6. Seria até o caso de se perguntar: só porque a Constituição apenas mencionou a lei como fonte de obrigação positiva ou negativa, as emendas estariam proibidas de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? Clarissimamente que não! A Constituição calou quanto às emendas, tão somente porque em nenhum momento delas falou (a não ser por implicitude) como veículo de concessão de direitos subjetivos, ou instrumentos de imposição de deveres. E também porque delas não fez - insistir - mecanismo usual de regulação jurídica da vida coletiva, tanto que dificultou sobremodo o processo da respectiva gestação. Ao contrário do que fez com a lei, cujo processo de elaboração é comparativamente simplificado e cujo aptidão conformadora é abrangente de todas as matérias de competência da União (tal como se deduz da letra do art. 48, ao falar de "sanção" do Presidente da República, ato de controle que não faz parte do processo das emendas).

6. O direito adquirido como fato bloqueador da produção das leis e das emendas

6.1. Isto mesmo é de se entender quanto à interdição da lei para prejudicar o direito já adquirido. A omissão do vocábulo "emendas" não significa ordem diversa daquela que prevalece para a lei. "O vento que venta lá é o mesmo que venta aqui", pois o que importa preservar é a inteireza do princípio da segurança das relações jurídicas, que tem na intocabilidade do direito adquirido uma das suas mais expressivas manifestações pontuais.

6.2. Daqui resulta que defender a tese da aptidão das emendas constitucionais para a infligência de dano ao direito adquirido, ou para definir crimes ou cominar penas inexistentes à época da materialização dos atos humanos que venham a sancionar, ou ainda para agravar penalidade já fixada por sentença condenatória em fase de execução, tudo sob fundamento do silêncio da Constituição quanto à palavra "emenda", defender esse tipo de tese é descambar para o reducionismo ou a dessubstancialização do princípio da segurança jurídica,

relativizando o que a Lei Maior concedeu, a esse respeito, como princípio absoluto.

6.3. Numa frase, incorrer nessa prática relativizadora ainda não é abolir pura e simplesmente o direito individual da segurança, mas não foi apenas isto o que a Constituição proibiu. A Constituição fez muito mais, porque proibiu que se discutisse a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias daquela espécie individual (entre outras matérias intangíveis). E por tendência há-de se entender a propensão, a vocação, a inclinação, o propósito velado, ou oblíquo, ou mesmo diferido, de infligir redução de substância na originária carga protetiva da norma constitucional erigida à suprema dignidade de cláusula pétrea.

6.4. Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no "processo legislativo", sem exclusão das emendas.

7. Considerações Finais

7.1. À guisa de remate, que não se estranhe o fato de a subsistência do direito adquirido implicar ultraoperatividade tópica de uma lei que se tornou incompatível com emenda constitucional, porque esse tipo de ultraoperatividade foi antecipadamente ressalvado pela Constituição originária, no estratégico inciso XXXVI do art. 5º. Mera consequência lógica do irrefutável juízo de que a Constituição originária tudo pode, inclusive para esse efeito de não permitir o desfazimento de um direito cuja lei de concessão venha a colidir com a futura emenda constitucional.

7.2. Em rigor de interpretação, a lei cuja materialidade venha a ser abalroada por emenda constitucional já não prossegue como centro de imputação jurídica. Perde a eficácia. Mas o direito por ela outorgado sobrevive, incólume, desde que já inscrito no rol dos adquiridos. Com o que não se tem a "invenção" de uma nova cláusula pétrea, mas simplesmente a compreensão de que a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais é suficientemente lata para incorporar a ultraatividade de norma legal produtora de um direito subjetivo cujas condições de gozo já se encontrem factualmente preenchidas.

7.3. Tão dilatado é o raio de abrangência material da cláusula em apreço, que a Lei das Leis chegou a embutir no inventário dos direitos e garantia individuais "outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (§ 2º do art. 5º). E é claro que nos mencionados princípios foi encartado o da segurança das relações jurídicas, a patentear a cientificidade daquele tipo "generoso" de interpretação a que se reportava SEABRA FAGUNDES.

7.3. Enfim, é o nosso jeito pessoal de ver as coisas, sem nos deixar abater com a jurisprudência contrária que se formou à sombra de passadas Constituições.

Não, porém, da atual, exigente de formação de novos quadros mentais.

(*) Carlos Ayres Brito é jurista e professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe

(**) Valmir Pontes Filho é jurista, professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e ex-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

MEDIDAS PROVISÓRIAS ESTADOS E MUNICÍPIOS

REGINA NERY

- SUMÁRIO: 1. Oportunidade da Medida:
2. Pressupostos:
3. Medida Provisória e sua Reedição:
4. Medidas Provisórias e os Estados e Municípios:

1. OPORTUNIDADE DA MEDIDA

Antes de mais nada devemos salientar que "só a fobia pela expressão **decreto-lei** e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão de nosso constitucionalismo (**decreto-lei**) por esta outra (**Medidas Provisórias**) cujos aspectos negativos, em razão dos poderes aparentemente ilimitados, conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes piores do que aqueles permitidos pelo **Decreto-lei**. (Ivo Dantas, Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias, 2ª. Ed. Editora Consulex, Brasília, 1991, p. 55).

O prof. Clémerson Cléve observa que é pelo fato de até a Constituição de 1988 o Executivo ter legislado, nos períodos de transição política ou nos períodos de ditadura, através de decretos-lei, em que pese tal competência ter sido constitucionalizada em 1937, 1967, 1969, "Não é por outra razão que os juristas desconfiam dos decretos-lei e das medidas provisórias. Imaginam sem se perceberem que o regime democrático não é incompatível com, tais figuras". Há, segundo o Autor, um equívoco em tal raciocínio, já que, como se pode constatar "em todas as democracias ocidentais, de um modo ou de outro, o Executivo compartilha com o Legislativo a responsabilidade pela construção da ordem jurídica" (Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, RT., SP., 1993, P. 153).

A Constituição Federal de 1988, em seus arts.62 e 84,XXVI, prevê a competência do Presidente da República de manifestar seu poder normativo primário através das Medidas Provisórias.

Marco Aurélio Grego pondera que é necessário reconhecer que "O ordenamento jurídico, por definição, corresponde a um conjunto de disposições que visam regular a conduta humana, seja prevendo, de plano, as consequências de determinada ação, seja autorizando a realização de condutas que impliquem a produção de novas normas jurídicas. No entanto, toda norma, quanto editada, apóia-se nos elementos que o produto da norma (legislador lato sensu) tem à disposição ou que, razoavelmente, pode prever. Com o ordenamento definem-se padrões de comportamento, fundamentalmente para atender a situações previsíveis.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4(4): 95-113 - 1996

Porém, a realidade é sempre muito mais complexa do que pode ser predeterminado pelo ordenamento positivo, o que (a experiência assim demonstra) tem levado ao surgimento de casos em que determinadas situações de fato, ao ocorrerem, se apresentam inadequadamente disciplinadas, quando não se dê o caso de se encontrarem totalmente ignoradas pelas normas vigentes. Esta tensão factonormativa é inerente ao processo de criação do Direito e, dependendo da natureza ou do grau de relevância da situação, isto pode levar a diversas consequências ou à deflagração de distintos procedimentos jurídicos. Numa visão clássica, a tensão factonormativa tenderia a se resolver mediante um procedimento legislativo típico de produção da lei pelo órgão investido do respectivo poder. No entanto, a impossibilidade de se aguardar a conclusão desse processo (que, por sua própria natureza, se desdobra em etapas e implica um mínimo de tempo para ser concluído) ou, eventualmente, a inércia do legislador em editar as regras necessárias à solução daquela tensão, levou o Constituinte a admitir a existência de figuras de canalização da mesma e institucionalização dos seus mecanismos de composição que, em última análise, levarão à edição de uma lei em sentido estrito" (Medidas Provisórias. RT. SP, 1991, P. 10/11).

Considerando a complexidade da vida moderna e a necessidade de, em um sistema democrático, existir um instrumento normativo ágil e rápido para disciplinar matérias cuja importância, necessidade e urgência não possa admitir nenhum retardamento, nossa Lei Fundamental, seguindo o exemplo do ordenamento jurídico italiano e espanhol e outros, prevê, no seu art. 62 que em "caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias". Completando em seu parágrafo único que "as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".

Porém necessário reconhecer que as Medidas Provisórias, sendo um instrumento normativo excepcional nas mãos do Governo, como previsto no sistema constitucional brasileiro, se ajustam mais, perfeitamente, ao sistema parlamentar e assim é que existem, com diversas denominações, na Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, países que optaram pelo sistema parlamentarista de governo.

2. PRESSUPOSTOS.

Como se pode constatar, nossa constituição Federal admite que as Medidas Provisórias são instrumentos normativos excepcionais, de vida curtíssima, que o Presidente da República só poderá expedir em casos de **relevância e urgência**, observando, ainda, que é insuficiente para emissão de tais atos normativos a

existência de relevância ou urgência, "mas é imprescindível que à revelância se some a urgência", pois sem a presença destes dois requisitos, segundo nossa Lei Maior não há que se cogitar do instrumento normativo em estudo. (Roque Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário. RT. 3.ª Ed., SP., 1991.)

Ora se assim é, só podem ser expedidas quando a situação é muito grave e necessite de providências urgentes que precisem ser tomadas incontinenti, sob pena de comprometimento do interesse público.

Celso Antonio Bandeira de Mello muito bem assinala que "já que são excepcionais, ou seja, fórmulas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias, só admissíveis para atender interesses **relevantes** resulta imediatamente claro que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, ipso facto, relevante. Onde - e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis - há de se entender que a menção do art. 62 a "relevância" implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante casos graves, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é suficiente para o cabimento delas. Cumpre, ademais, que a cura de tal interesse deva ser feita sem retardamento algum, à falta do que a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista urgência a que alude o art.62" (RDP. 95/29).

Marco Aurélio Greco também comunga do mesmo pensar, quando diz que "a meu ver isto implica em as condições que autorizam a edição da medida provisória só estarem completas quando se configurar uma situação de fato, concreta, aferível, real que implique risco de grave dano ou grave prejuízo a determinados valores básicos que somente a edição imediata de novas normas legais pode solucionar". (Medidas provisórias, RT., SP., 1991, P. 22).

É necessário ressaltar, antes de mais nada, que a relevância é da matéria motivo da Medida Provisória, matéria esta que representa "valores básicos" para a sociedade, consagrados, expressa ou implicitamente, na Constituição e não prioridades momentâneas, assim consideradas pelo Governo segundo seu objetivo ou programa de ação.

Clemerson Cléve, analisando o problema da relevância e da urgência como pressupostos para a emissão de Medida Provisória, cita Javier Salas Hernandez, em "Los Decretos en la Teoría y en la Práctica Constitucional" in Estudios sobre la Constitución Española - Homenaje al Prof. Eduardo Garcia de Enterría, Madrid. Ed. Civitas, 1991, p. 274), quando o professor espanhol afirma que "Al no haver definido la Contituición en que consisten esos casos de extraordinária y urgente necesidad, estamos ante un supuesto típico de concepto jurídico interminado o, mejor, constitucionalmente indeterminado, y no ante una pretendida facultad discrecional del Gobierno para determinar si concurre o no tal hipótesis" (Atividade

Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, RT, SP, 1993, P. 162).

Não resta dúvida que quando consideramos termos como "relevância" e "urgência", estamos frente a expressões que não possuem, na linguagem jurídica, contornos determinados. É interessante a opinião de Eros Roberto Grau, quando analisando o problema da discricionariedade da Administração Pública, afirma que tais conceitos ditos indeterminados, envolvem sempre um conceito de experiência ou de valor, mas que nem por isso conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação, pois em cada caso "só permitem uma unidade de solução". (RDP. 93/42).

Nossa Constituição Federal de 1988 se espeelhando no art. 77 da Constituição Italiana de 1947, em vez de admitir a emissão das Medidas Provisórias como na Lei Maior que lhe serviu de modelo, isto é, "nos casos extraordinários de necessidade e de urgência", faz referência no art. 62, aos casos de **relevância e urgência**. Pois bem, assim como nossa Lei Fundamental, a Italiana também utiliza conceitos ou termos indeterminados, em que pese alguns de nossos estudiosos, como Clemerson Cléve e Raul Machado Horta, considerarem que o termo **casos extraordinários de necessidade e de urgência** enseja uma verificação mais rigorosa no juízo de admissibilidade.

Isto é verdade, na medida em que é forçoso admitir que o termo relevância depende sempre de uma avaliação subjetiva, não tendo portanto a evidência objetiva dos **casos extraordinários de necessidade e urgência**. (op. cit ps. 162 e 12 respectivamente).

Desta forma, não basta que a matéria seja relevante e urgente. é necessário que tais pressupostos apresentem uma qualificação especial, isto é, que a relevância que autoriza a emissão de Medida Provisória represente uma necessidade a mais, de forma a impedir que a matéria possa ser tratada por via legislativa normal, pois embora relevante toda matéria tratada por lei, a relevância que autoriza a emissão de uma Medida Provisória é aquela extraordinária, especial.

Portanto, a Constituição estabelece os pressupostos para a adoção de Medida Provisória, e se refere à relevância e à urgência, de tal forma que exige que além da impotência ou relevância da matéria em casos excepcionais, ser necessário, que tal interesse, seja atendido sem retardamento, pois que a demora em discipliná-lo pode acarretar sérios riscos ou danos para a sociedade. Assim, ao lado da relevância da matéria é necessário que seja urgentemente tratada.

O vocábulo **urgente** também é considerado como um termo indeterminado, pois como diz Celso Antonio Bandeira de Mello. "mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguarda o decurso do tempo,

caso contrário o benefício pretendido será, inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou no mínimo existirão sérios risco de que sobrevenha efeitos desastrosos em caso de demora"> (RDP 95/29).

É importante observar que tais conceitos devem ser analisados no contexto jurídico brasileiro, pois que sendo a Constituição nossa norma suprema, fundamento de validade de todo nosso ordenamento, deve ser interpretada sistematicamente, isto é, não são expressões isoladamente consideradas e interpretadas, que nos darão o seu verdadeiro alcance normativo, de tal sorte que tem razão Roque Carrazza, quando em seu Curso de Direito Constitucional Tributário, analisando o conceito de urgência, afirma que "só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos parágrafos 1º. e 2º., do art.64 da CF,aprovar-se uma lei ordinária no prazo de 45 dias contados da apresentação do projeto. Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se, realmente, não se poder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto. O Judiciário, em última análise, decidirá a respeito" (3ª. Ed., RT., 1991, P. 173).

É neste sentido a opinião de Nagib Slaibi Filho, quando diz que "a urgência é o conjunto de circunstâncias, levando à edição do ato, que não podem aguardar o processo legislativo ordinário, ou o processo legislativo no prazo previsto no art. 64. parágrafos 1º. a 4º.. Assim, se a medida pode aguardar um lapso de tempo como período provável do tempo, necessário à elaboração de lei pelo Congresso, não haverá requisito constitucional para a edição de medidas provisórias" (Anotações à Constituição de 1988: Aspectos Fundamentais, Rio de Janeiro, Forense, 1989. P. 348).

O raciocínio estaria perfeitamente correto para estabelecer o conceito de urgência, se a âmbito das Medidas Provisórias fosse adstrito às matérias de iniciativa privativa do Presidente da República, quando então versaria sobre as mesmas matérias que autorizam a apreciação dos projetos de lei em regime de urgência - art. 64. parágrafos 1º a 4º.. Porém, embora considerando que apesar de não haver referência por parte da Constituição., no art. 62. das matérias que podem motivar a edição de Medida Provisória, da análise de nossa Lei Maior se pode concluir que mesmo não havendo discriminação de matérias, o que a primeira vista nos poderia levar a aceitar que todas, desde que se verifiquem os pressupostos de relevância e urgência, podem ser tratadas por via deste instrumento normativo de competência do Chefe do Executivo, não podemos admitir tal consideração, pois que estaríamos transferindo a função legislativa para o Executivo, desnaturando a independência do Legislativo, e propiciando um desequilíbrio entre os Poderes na Federação Brasileira.

Assim nos parece, que nossa Constituição estabeleceu alguma matéria ao domínio absoluto do Legislativo, como por exemplo quando em seu art. 68. parágrafo 1º, determina as matérias vedadas à delegação legislativa, quis evitar que sobre elas pudesse haver incursão do Executivo e portanto sua disciplina é vedada ao campo das Medidas Provisórias. O mesmo se pode dizer em relação às matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, às de competência privativa de cada uma de suas casas, às reservadas ao domínio da lei complementar, a que regula matéria penal e tributária.

Sobre a vedação em relação ao campo tributário. Sacha Navarro Coelho, admite duas exceções os empréstimos compulsórios emergenciais (CF., art. 148, I e II) e os impostos extraordinários de guerra (art. 154, II). (Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário, Rio de Janeiro, Forense, 1990, P. 289).

É clara, e nos parece incontestável, a impossibilidade da Medida Provisória poder emendar e modificar a Constituição, pois, que estas não se casam o pressuposto de urgência, necessário para que seja emitida.

Considerando que a Medida Provisória tem vigência imediata, mas provisória, Eros Roberto Grau entende que "não podem ser implementadas através dela soluções que produzam efeitos que não possam ser arredados. Os seus efeitos devem necessariamente poder ser desfeitos, observado o disposto no parágrafo único do art. 62". Adverte, também que não podem consubstanciar matéria de medidas provisórias aquelas cuja eficácia é diferida. Se esse o caso, e ainda assim urgente a matéria o Presidente da República poderá solicitar urgência no projeto de lei que, dele tratando, encaminhar ao Congresso Nacional" (Medidas Provisórias na Constituição de 1988, RT 658/240).

Desta forma, decorre dos conceitos indeterminados de relevância e urgência o principal ponto de análise das Medidas Provisórias e isto considerando: o momento de sua edição, de sua apreciação e conversão em lei pelo Congresso Nacional e até mesmo a possibilidade de sua reapresentação nos casos de perda de eficácia por rejeição ou por não apreciação por parte do órgão do Legislativo.

1. MEDIDA PROVISÓRIA e sua REEDIÇÃO.

Segundo o art. 2º. da CF., "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", como se vê nossa Federação abraça como princípio, a tripartição das funções do Estado de forma que cabe, precipuamente, ao Legislativo legislar, criar o direito, ao Executivo executar a lei e ao Judiciário aplicar a lei ao caso controvertido, isto no exercício de sua função típica, pois ao lado destas se encontra o exercício de funções atípicas, que próprias dos outros órgãos que exercem o poder do Estado, são realizadas de forma excepcional pelos órgãos que não lhes emprestam o nome.

"O poder de legislar é missão precípua do Parlamento que, até mesmo etimologicamente, fala em nome do povo. Toda-via, a complexidade da organização

social levou a que o Executivo -co-legislador pela iniciativa de certas leis e pela prática da sanção ou veto -alcançasse participação maior na criação do Direito Positivo" (Caio Tácito, RDP 90/50).

Assim, quando nossa Constituição prevê, em seu art. 62, a capacidade legislativa primária do Executivo para emitir Medidas Provisórias, o faz em caráter excepcional, atípico, para atender situação de especial relevância e urgência, o que deverá ser, posteriormente, analisado pelo Congresso, que poderá aceitar ou não a ocorrência destes fatos e manifestar seu ponto de vista através: da aprovação total, quando resultará a conversão da Medida Provisória em Lei; da aprovação com modificações- projeto de Lei de Conversão; ou da rejeição da Medida Provisória.

É nesse ponto que a inovação prevista no art 62, da Constituição Federal, tem proporcionado as mais diversas inquietações, dentre as quais se deve salientar a que se refere a possibilidade de sua reedição e conseqüente reapresentação ao Congresso Nacional, para que possa ter sua eficácia transformada de temporária em permanente.

É oportuno lembrar que a Medida Provisória editada pelo Presidente da República, deixa a esfera, do Executivo e passa para a esfera do Legislativo que deverá dentro de trinta dias, analisá-la, considerando os aspectos relativos à relevância de sua matéria e da urgência de seu procedimento, bem como, sua compatibilidade com a Constituição. Isto, segundo Roque Carrazza, torna "indisputável que o Executivo não pode retirar do Legislativo uma medida provisória que lá está sendo apreciada, nem muito menos, declará-la nula (ainda que por meio da edição de nova medida provisória)" (op. cit. 174).

Péricles Pradi ressalta que enquanto "o juízo de valor para o Presidente da república adotar a medida provisória, no caso de relevância e urgência, é político-jurídico e subjetivo. No Congresso Nacional, contudo a reavaliação é jurídico-política, e objetiva" (Medidas Provisórias, RT. 660/18).

Sobre o problema da reedição da Medida Provisória se deve considerar duas situações eminentemente distintas: 1.- quando a não conversão em lei decorre da sua rejeição por parte do Congresso Nacional; 2.- quando sua não conversão em lei, no prazo de trinta dias, decorre de sua não apreciação por parte do Congresso Nacional. É isso o que se pode absorver do contido em nossa CF., em seu art. 62, parágrafo unico, quando disciplina que "As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. "Assim, a perda da eficácia pode advir de sua rejeição ou de sua não apreciação por parte do Congresso Nacional, dentro do prazo determinado de 30 dias.

Desta forma, doutrinadores como Saulo Ramos tem admitido que presentes

os pressupostos constitucionais de emanção dessa espécie normativa, pode o Presidente da República reeditá-la, e isto no caso de perda de eficácia nas duas hipóteses relacionadas, afirmando que "A rejeição parlamentar, nessa hipótese, não possui eficácia extintiva das razões de necessidade, urgência e relevância que justificaram a edição da medida provisória, sendo, por isso mesmo, insuficiente para inibir, em face da própria Constituição o exercício dessa extraordinária competência presidencial. A deliberação congressual negativa não opera, por si só, a descaracterização de um possível estado de urgência perdurante, a juízo inicial do Presidente da República".

Considerando a reedição quando da falta de pronunciamento do legislativo, Saulo Ramos salienta que "com maior razão, quando se tratar de medida provisória cujo projeto de conversão em lei, não tendo sido objeto de expressa recusa parlamentar, houver deixado de merecer apreciação no prazo constitucional. A inércia deliberandi, por envolver uma concreta ausência de decisão, não pode configurar situação análoga à da rejeição do projeto de conversão em lei de medida provisória", Concluindo que "Essa circunstância, destarte, não legitima qualquer objeção, em tese, que pudesse manifestar-se, até validamente, com fundamento num ato de explícita rejeição do projeto de conversão. Mesmo a desaprovação pelo voto da maioria simples não restringe, como vimos, a prerrogativa constitucional do Presidente da República de entender que permanecem as condições de urgência" (Parecer no. SR-92, de 21.06.68, publicado no DOU de 23.6.89).

Outros doutrinadores, apresentam posicionamento diverso, como Tércio Sampaio Ferraz, no artigo "Sobre a Reedição das Medidas Provisórias", que comentando o parecer de Saulo Ramos afirma que: "A consequência perversa deste entendimento é óbvia. Em tese, reeditando medidas provisórias, até mesmo quando explicitamente rejeitadas, o Chefe de Estado se outorga o poder discricionário de disciplinar não importa que matéria, fazendo do Congresso um mero aprovador de sua vontade ou um poder emasculado cuja competência a posteriori viraria mera frachada por ocultar a possibilidade ilimitada de o Executivo impor, intermitentemente, as suas decisões. Afinal, de provisória em provisória se iria enchendo o papo presidencial. Pode ser até mesmo que o Legislativo, mais brioso e menos relaxado em suas prerrogativas deveres, jamais deixasse escapar de suas mãos, como representante do povo, o indeclinável direito de o povo obrigar-se a si mesmo apenas e tão somente por força de sua vontade e por meio da lei. Contudo, o perfil de democracia constitucional que o entendimento formal exarado no parecer da Consultoria nos traça é, no mínimo, de um presidencialismo imperial entre absoluto e arbitrário". "A reedição de uma medida provisória rejeitada faz tábula rasa do princípio geral de que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso, cuja decisão neste ponto, tem o caráter de uma instância. Na

verdade, ao contrario do que dizia a Constituição de 1967/69, na qual o decreto-lei caracterizava uma competência legislativa do Presidente que, no silêncio do Congresso, expressamente presumia a sua aprovação, a Constituição de 1988 inverte aquela presunção, fortalecendo a discricionariedade política do Congresso sobre a do Presidente".

Roque Carrazza também afirma que a rejeição da Medida Provisória "impede o Presidente da República de editar, sobre o mesmo tema, nova medida provisória (ainda que presentes os pressupostos constitucionais para a emanção desta espécie normativa). Também excluímos esta possibilidade, na hipótese de **inercia deliberandi** (ausência de expressa recusa), por parte do Congresso Nacional.

Do contrário, estaríamos aceitando, em detrimento do princípio da tripartição das funções do Estado, que o Presidente da República, por meio da reiteração de medidas provisórias, pode, a seu critério, legislar, passando ao largo do Congresso Nacional.

Depois, os próprios requisitos da urgência e da relevância desapareceriam, na prática. Com efeito, ainda que o Congresso Nacional rejeitasse a medida provisória, por entender de modo expresso, ausente estes requisitos, o Presidente da República, renovando o ato cautelar, anularia a restrição contida no caput, do art. 62, da CF."

Observa, ainda, Roque Carrazza, que "podemos ir além: mesmo que o Judiciário declarasse inconstitucional uma medida provisória, por não preenchidos os antessupostos da urgência e da relevância, o Presidente da República contornaria a decisão judicial, editando novo ato normativo, de idêntico teor" (Curso de Direito Constitucional Tributário, RT., 3ª. Ed., SP., 1991, p. 173).

Clemerson Merlin Clève, analisando o assunto considera que não se pode tolerar a reedição de medida provisória quando tenha o Parlamento se manifestado pela sua rejeição e afirma que "a melhor posição parece ser aquela defendida, entre outros, por Raul Machado Horta. (Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, RT., SP., 1993, p. 177).

O Professor Raul Machado Horta se posiciona no sentido de que não havendo vedação expressa na Constituição para reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, dois fundamentos desaconselham a reapresentação da medida provisória. O primeiro de natureza política, presumindo que a reapresentação de medida provisória não convertida poderá adquirir a projeção de conflito entre o Presidente da República e o Congresso Nacional dado o caráter desafiador da reapresentação. O segundo fundamento é de natureza jurídica. A Constituição ofereceu a solução que se deve adotar, em caso de não conversão em lei das medidas provisórias, impondo ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes". Esclarece porém, que admite a possibilidade de reapresentação, se decorrido o prazo de trinta dias

sem deliberação final do Congresso. (Medidas Provisórias, RIL. 107/15).

O STF, em 6.6.90, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República contra a reedição da Medida Provisória 185, rejeitada pelo Congresso Nacional e reeditada sob o número 190, concedeu por unanimidade, liminar sustando seus efeitos, quando seu Relator, o Min. Mello Filho, chegou a sugerir que a insistência na reapresentação por parte do Presidente da República pode configurar um crime de responsabilidade, (ADIN 293-7/600-DF)

A todas estas nuances que envolvem o problema da reedição de Medida Provisória, acresce, ainda, o fato de que sob a alegação de relevância e urgência o Executivo, tem utilizado esta espécie normativa para tratar matérias que poderiam ser normalmente objeto de projetos de lei, pois que o atendimento aos pressupostos constitucionais é bastante questionável.

Face a esta situação, têm surgido no Congresso Nacional, diversos projetos de lei complementar e emendas à Constituição na tentativa de, impedindo sua proliferação, evitar a redução da atividade legislativa ordinária, que vem sendo prejudicada pelo grande número de medidas apresentadas.

Isto posto, se deve tecer alguns comentários sobre alguns destes projetos.

1.- A proposta de Emendas à Constituição no. 18 de 1995, do Deputado José Rocha e outros, acrescenta o parágrafo 1º. ao art. 62. renumerando o atual parágrafo único, com o seguinte teor: "O Presidente da República poderá editar, no máximo, cinco medidas provisórias de cada vez; atingindo este máximo, a edição de novas medidas só poderá ocorrer na proporção em que as anteriores forem sendo apreciadas pelo Congresso Nacional".

Como se vê a proposta do Deputado José Rocha choca com os fundamentos até então consignados para a emissão de Medidas Provisórias e mesmo com o previsto no caput do art. 62 de sua proposta, isto é, a característica de relevância e urgência da matéria tratada. Como nos referimos no decorrer do presente estudo, quando a Constituição estabelece tais pressupostos o faz no sentido de que não basta a relevância excepcional da matéria tratada mas, também, a necessidade de ser atendida sem retardamento, pois que a demora em discipliná-la pode acarretar sérios riscos ou danos para a sociedade.

Além disso, se deve lembrar que a função legislativa só é exercida pelo Executivo em casos especiais, previsto na Constituição e que, portanto, anular o pressuposto da urgência é permitir que a Medida Provisória, instrumento nas mãos do Chefe do Poder Executivo para atender casos excepcionais, passe a ser usado, conforme a proposta analisada, à mercê de seu interesse, desde que não existam cinco medidas provisórias no Congresso Nacional para serem apreciadas. Desta forma, o limite apresentado de cinco medidas provisórias vêm desvirtuar seus pressupostos essenciais.

2.- A Proposta de Emenda à Constituição No. 26, de 1995, da Deputada Rita Camata e outros, originária do parecer 15/94-RCF de autoria do Deputado Nelson Jobim, apresenta nova redação do art. 62, conservando, porém o caput do artigo já existente, incluindo no parágrafo 1º., as matérias que não poderão ser objeto de medida provisória, isto é, as : "I - reservadas ao domínio de lei complementar ou à competência exclusiva ou privativa do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas; II-relacionadas a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais; b) direito penal; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento". No parágrafo segundo altera o seu prazo de validade, que passa a ser de sessenta dias, a contar da publicação. No parágrafo 3º., disciplina que "Não editado o respectivo decreto legislativo no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas decorrentes de medida provisória conserva-se - ão por ela regidas. No parágrafo 4º., determinada que "É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória não apreciada ou rejeitada, no todo ou em parte, pelo Congresso Nacional.

A proposta de Emenda 26/95, peca quando não prevê dentre as matérias que não poderão ser objeto de medida provisória a relativa a instituição e majoração de produtos e majoração de tributos, pois que conforme demonstrou Misabel de Abreu Machado Derzi a relevância e urgência em matéria tributária têm conotação própria diferente da prevista para edição de medida provisória, "instituir tributo ou majorar os já existentes não é considerado relevante e urgente pela Constituição Federal" a ponto de justificar uma medida provisória (RDT 45/130-142).

Considerando, ainda, o teor da citada proposta 26/95, merece ser analisada a restrição prevista para a reedição de medida provisória contida no parágrafo 4º, quando tratando da vedação em duas hipóteses distintas: 1.- quando não apreciada; 2.- quando rejeitada pelo Congresso Nacional, aceita que nos dois casos, não será permitida reedições na mesma sessão legislativa. Ora, é claro que duas são as situações e portanto duas devem ser as formas de solução, e isto mesmo admitindo que a não apreciação por parte do Legislativo tem o mesmo sentido de uma rejeição tácita. Assim é necessário concluir que quando não houver a análise de matéria tratada ou admitimos que o silêncio tem sentido, o que nos parece não ser este o objetivo do legislador constituinte, ou se permite a reedição da medida provisória e conseqüentemente, se aceita todos os problemas que temos vivenciado em nossa história recente.

Uma interpretação sistemática de nossa Lei Fundamental nos fornece a solução da questão, de forma a evitar que o Presidente da República sob o argumento de relevância e urgência passe a legislar em detrimento do Legislativo. Na verdade quando nossa Constituição, tratando da elaboração de lei, no artigo 64, parágrafo 1º., admite a apreciação em caráter de urgência dos projetos de iniciativa do Presidente da República, no parágrafo 2º., do citado art. 64, determina

o prazo que considera como definidor de urgência na elaboração legislativa.

O art. 59, da CF, tratando do processo legislativo, inclui dentre suas espécies as Medidas Provisórias o que faz que o prazo de urgência definido no parágrafo 2º. do art. 64, alcance, também, às Medidas Provisórias. Desta forma, quando a proposta de emenda prevê o prazo de vigência de sessenta dias, dilata o prazo de urgência até então definido, para os casos de medida provisória, porém, mesmo assim, não soluciona o problema de sua não apreciação.

A solução, por tanto, para resolver a questão relativa à reedição de Medidas Provisórias que não tiveram a apreciação do Congresso Nacional é a que deixando de caracterizar a urgência, permite a apresentação da matéria nela tratada, na mesma sessão legislativa, em forma de projeto de lei, podendo inclusive ser solicitado regime de urgência pelo Presidente da República, nos projetos de sua iniciativa.

Havendo apreciação e rejeição da Medida Provisória por parte do Congresso Nacional, correta é a previsão da impossibilidade de sua reedição, porém, totalmente desnecessária a disciplina contida no parágrafo 4º, do art. 62, quando veda sua reedição na mesma sessão legislativa e permite possa vir a ocorrer na próxima, e isto por dois motivos: primeiro por que tendo como pressuposto a relevância e urgência na outra sessão legislativa não se pode presumir que urgente continuaria a normatização de sua matéria e segundo porque considera a rejeição de medida provisória como a de um projeto de lei, sem considerar que o motivo da rejeição pode advir da não consideração da urgência alegada, em que pese o reconhecimento da relevância da matéria tratada, o que, não impede possa vir a ser tratada, em um projeto de lei ordinária, cuja iniciativa venha corresponder à determinada na Constituição, caindo, neste caso, na mesma situação da Medida Provisória não apreciada pelo Congresso, onde admitimos, também, a caracterização da falta de urgência. Assim, só quando a rejeição estiver estribada na matéria, em si mesma considerada, é que não deverá ser reapresentada nem por via de Medida Provisória, nem por via de outra espécie normativa, na mesma sessão legislativa.

4.- MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS ESTADOS MEMBROS E MUNICÍPIOS.

1.- Conforme o artigo, 1º. de nossa atual Constituição Federal, o Brasil é uma República Federativa, e sendo a Federação uma forma complexa de organização política é, segundo o Ministro Carlos Mario Velloso, "na verdade, forma de descentralização do poder, da descentralização geográfica do poder do Estado", o que, segundo o Ministro, não basta para caracterizá-la, pois dois são os princípios básicos do federalismo, isto é, o princípio da autonomia dos entes parciais que o formam; e o da participação dessas coletividades na formação da vontade da União. (Rev. da Proc. Geral da República No. 1, Out/nov/Desz. 1992, p.22/23).

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4(4): 95-113 - 1996

É oportuno ressaltar, que por autonomia se deve entender "a capacidade ou poder de gerir os próprios negócios dentro de um círculo prefixado por entidade superior", que na Federação é a sua Constituição. (José Afonso da Silva, Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 9ª. Ed., SP., 1994, p. 545).

A autonomia das coletividades parciais, é essencial para a existência de uma Federação, a tal ponto que sem ela, afirma Juan Ferrando Badía, "as coletividades-membro perderiam seu caráter estatal e a organização federal não se distinguiria de um Estado Unitário complexo. O federalismo supõe coletividades individualizadas e distintas que conservam seu sistema legislativo, administrativo e jurisdicional". (citado por Min. Carlos Mario Velloso, op. cit. p. 23).

Assim é que nossa Constituição Federal, declara, em seu art. 1º, que nossa Federação é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e, em seu art. 18 que "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

A autonomia das entidades que formam uma Federação, pressupõe uma repartição de competência e é esta distribuição de poderes "o ponto nuclear da noção de Estado federal". A gama de competências regionais, locais e federais, depende sempre do tipo de federação adotada. Em algumas são mais amplas as dos Estados-membros, em outras, as da União é que são mais dilatadas, cabendo aos Estados-membro um campo mais limitado. No Brasil são, mais amplas as competências da União, e a área estadual fica mais reduzida, face a existência de competência municipal. (José Afonso da Silva, Direito Constitucional Positivo, Malheiros, SP., 1994, p. 417).

Integra a autonomia dos Estados- membro e Municípios na Federação Brasileira, sua capacidade de auto-organização, autolegislação, autogoverno e auto-administração.

No âmbito do Estado-membro a competência de auto-organização e de autolegislação vem prevista no caput do art. 25, quando declara que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observando os princípios desta Constituição".

Os artigos 27, 28 e 125 da Constituição Federal, disciplinam sua capacidade de auto-governo, prevendo quais os princípios que devem reger a organização dos poderes estaduais, isto é, que o Poder Legislativo deve expressar-se por meios das Assembléias Legislativas, o Poder Executivo pelo Governador do Estado e o Judiciário através de seu Tribunal de Justiça e outros juizes ou tribunais.

A sua auto-administração está contida nas normas que determinam a repartição de competência entre União, Estados e Municípios, isto é, no art. 25, parágrafos 1º, quando prevê que "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição", isto é, aquelas que não sejam

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4(4): 95-113 - 1996

próprias da União, dos Municípios e do Distrito Federal.

No campo municipal, nossa Lei Fundamental, também, assegura autonomia própria, nos arts. 18, 29, 30 e no 34 VII, "c", reconhecendo ao Município a capacidade de auto-organização, autogoverno, auto administração e capacidade normativa, dentro das áreas reservadas à sua competência exclusiva e suplementar.

Ao lado das áreas já citadas, reservadas aos Estados-membro e Municípios, merece ser salientada a autonomia financeira de tais entidades, representada pela instituição, majoração, fiscalização de tributos e a aplicação de suas rendas, o que deve estar inserida dentro sua capacidade de auto-administração.

Se a capacidade de auto-organização, reside na faculdade conferida aos Estados-membro de elaborar suas Constituições, observados, entretanto os princípios previstos na Constituição Federal (art. 25 CF), na esfera municipal, é representada por sua competência para criar sua Lei Orgânica, que nada mais é do que uma espécie de Constituição Municipal, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgara, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado, conforme o art. 29 da CF.

O Ministro Carlos Mário Velloso, depois de analisar a autonomia dos Estados-membro, afirma que "em síntese, a autonomia municipal, na Constituição de 1988, caracteriza-se pela auto-organização; os Municípios elaboram a sua lei orgânica e as suas próprias leis (CF, art. 29 e 30, I e II); pelo autogoverno; os Municípios elegem o seu Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores (CF, art. 29 e incisos); e pela auto-administração; os Municípios têm administração própria, embasada nas suas leis e organizam os seus serviços, instituem, arrecadam e fiscalizam as suas receitas (CF, art. 30, III a IX; art. 31)". (Rev. da Proc. Geral da Rep. N.º 1, 1992, p. 33).

2.- Nossa Constituição Federal de 1969, no art. 200, parágrafo único proibia a adoção dos decretos-leis por parte das Constituições dos Estados porém a atual Constituição Federal de 1988 não proíbe que os Estados e Municípios adotem as medidas provisórias, o que possibilita sua previsão em Constituições estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Entretanto, é necessário reconhecer que como instrumento legislativo excepcional, se presta mais a dispor sobre matérias de competência da União, porém, nada impede que seus poderes constituintes decorrentes, disciplinem a possibilidade de sua edição, dentro das competências que lhes são próprias, desde que sejam respeitados os princípios e limites que cercam as Medidas Provisórias Federais.

O Professor Clemerson Merlin Clève observa que a competência dos Estados-membro e Municípios, na Constituição de 1988 é ínfima. "Daí porque adotando as medidas provisórias os legislativos estaduais e municipais restariam

ainda mais esvaziados". Assim, "Cumpra lembrar, entretanto, que os Constituintes Estaduais e os Legisladores Orgânicos Municipais, ao que consta, não se deixaram seduzir pela inexistência de vedação à adoção da MP. Tanto que, salvo exceções, preferiram não contemplar nas respectivas Cartas políticas Estaduais e Municipais essa extraordinária espécie legislativa" (As Medidas Provisórias e a Constituição Federal/88. Juruá, Curitiba, 1991, p. 94/95).

José Nilo de Castro e Hely Lopes Meirelles, embora reconhecendo a não vedação constitucional, não aconselham, a adoção de Medidas Provisórias em âmbito municipal. (Direito Municipal Positivo, Del Rey, BH., 1991, p. 104 e Direito Municipal Brasileiro Malheiros, SP., 1993, p. 484, respectivamente).

José Afonso da Silva por sua vez, tratando do assunto, pergunta: "podem as Constituições estaduais instituí-las? Na edição anterior, respondemos que nada justificava sua existência no âmbito estadual, mas não víamos proibição em que o fizesse. Até onde sabemos, os Estados (e também Municípios) evitaram adotá-las. E hoje, **re melius propensa**, achamos ponderável o argumento de que sendo exceção ao princípio da divisão de poderes, só vale nos limites estritos em que foram elas previstas na Constituição Federal, ou seja, apenas no âmbito federal, não se legitimado seu acolhimento nem nos Estados nem nos Municípios", (Concurso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros. SP., 1994. p. 533).

Por sua vez, sentido contrário, Roque Carraza defende que "Nada impede, porém, que, exercitando seus poderes constituintes decorrentes, os Estados e Municípios e o Distrito Federal prevejam a edição de medidas provisórias, respectivamente, estaduais, municipais e distritais. A elas, *mutatis mutandis*, devem ser aplicados os princípios e limitações que cercam as medidas provisórias federais "(Curso de Direito Constitucional Tributário, 3ª Ed., RT., SP., 1991, p.172/173)".

Em que pese o respeito pelas opiniões acima relacionadas, considero que tem razão o Professor Roque Carraza, e o importante na previsão deste instrumento normativo na esfera estadual e municipal, repousa, primeiramente, no respeito à previsão constitucional, que admitindo campo próprio para sua atuação determinam o respeito à autonomia estadual, municipal e distrital; em segundo lugar, é forçoso reconhecer que podem existir situações imprevisíveis, que podem reclamar uma disciplina normativa excepcional, que por sua natureza urgente e emergencial deve estar incluída entre as competências do Chefe do Executivo, devendo, para perder seu caráter temporário, ter a aprovação do Legislativo,

É necessário observar que seu uso deve ser disciplinado de forma a impedir que venha a descaracterizar os pressupostos previstos constitucionalmente para sua admissão, isto é a relevância e, a urgência da matéria tratada.

Poucas, na verdade, foram as Constituições Estaduais que previram a Medida Provisória como integrante de seu processo legislativo. É o caso das

Constituições dos Estados de Santa Catarina, Tocantins, Piauí e Acre, sobre as quais passamos a fazer algumas considerações.

a. - A Constituição do Estado do Piauí prevê as Medidas Provisórias em seu art. 73, V e disciplina em seu art. 75, parágrafo 3º, que "Em caso de calamidade pública, o Governador poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las, imediatamente à Assembléia Legislativa, que se estiver em recesso, será convocada, extraordinariamente, para se reunir no prazo de cinco dias". Desta forma, o fato de estarem ligadas só aos casos de calamidade pública para serem editadas, não retira a obrigatoriedade de seguir os moldes e universos das medidas provisórias previstos na Constituição Federal. No parágrafo 4º, do art. 75, determina, como o art. 62 da CF, que "As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, caso não se transforme em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação", deixando de disciplinar, no entanto, como serão resolvidas as relações que se perfizerem durante os trinta dias de sua vigência temporária.

b. - A Constituição do Estado de Tocantins prevê no art. 25, que o "O processo legislativo compreende a elaboração de: V- medidas provisórias" e, em seu art. 27, parágrafo 3º, que "Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias". Parágrafo 4º "As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Como se vê, o Estado de Tocantins repete com todas as palavras a previsão da Constituição Federal acerca das medidas provisórias, e com isto assume, todas as deficiências já apresentadas para edição desta espécie normativa excepcional à cargo do Chefe do Executivo. c. - É interessante ressaltar que a Constituição do Estado do Acre, prevê, no art. 52, que "O Processo Legislativo compreende a elaboração de: ... V - Medidas Provisórias e em seu art. 79, que "Em caso de urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de Lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, se estiver em recesso, será convocada extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias". Parágrafo 1º "As medidas provisórias perderão a eficácia desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar, obrigatoriamente, as relações jurídicas delas decorrentes". Parágrafo 2º "As medidas provisórias não apreciadas pela Assembléia Legislativa nem convertidas em lei não podem ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

d. - A Constituição do Estado de Santa Catarina apresenta disciplina

parecida com a do Estado do Acre quando prevê no art. 48 que "O processo legislativo compreende a elaboração de: VI- medidas provisórias e, em seu art. 51 que "Em caso de relevância e urgência, o Governador do Estado poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato à Assembléia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente no prazo de cinco dias". Parágrafo 1º "As medidas provisórias perderão eficácia, desde sua edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação, devendo a Assembléia Legislativa disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes". Parágrafo 2º "É vedada a reedição na mesma sessão legislativa, de medida provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada". Parágrafo 3º É vedada a reedição na mesma sessão legislativa, de medida provisória não deliberada ou rejeitada pela Assembléia Legislativa".

Considerando o teor do disciplinamento da medida provisória por parte das Constituições do Estado do Acre e de Santa Catarina, se deve fazer as seguintes ponderações:

1. - Quando a Constituição do Acre, no art. 79, parágrafo primeiro determina que a Assembléia Legislativa deve "obrigatoriamente", disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes, o faz para que esteja bem configurado o dever da disciplina das referidas relações por parte da Assembléia, porém resta perguntar: quando nossa Constituição Federal utiliza a expressão "devendo" para determinar a obrigatoriedade de disciplinamento das relações jurídicas delas decorrentes por parte do Congresso Nacional, não haveria ordem do mesmo nível de importância? Ora, a obrigação ali disciplinada, através da expressão "devendo", representa uma ordem constitucionalmente prevista, que se não cumprida pode caracterizar uma omissão constitucional, que poderá ser alegada em um processo de inconstitucionalidade por omissão e, ainda, ser motivo de um mandado de injunção. Assim, as duas formas de prever o poder-dever do Poder Legislativo têm a mesma força e impacto, podendo acarretar a mesma consequência.

2. - Quando a Constituição do Estado do Acre, no art. 79, parágrafo 2º, e a Constituição do Estado de Santa Catarina, no art. 51, parágrafo 3º, vedam a reedição de medidas provisórias, não apreciadas ou rejeitadas pelo órgão do Legislativo, na mesma sessão legislativa, serve o mesmo argumento apresentado quando da análise da proposta de emenda constitucional n.º 26, isto é, quando rejeitada a medida provisória, por considerar, o órgão do legislativo, faltar urgência para o tratamento da matéria ou quando não apreciada a medida provisória no prazo constitucionalmente previsto, hipótese na qual, também, deixaria de haver a urgência estabelecida pelo diploma constitucional, não se pode constatar impedimento para nova apresentação da matéria, na mesma sessão legislativa, por via de projeto de lei. Assim, só quando a rejeição da medida provisória estiver

estribada na análise do mérito da matéria tratada, e que esta não poderá ser reapresentada na mesma sessão legislativa, nem mesmo como motivo de projeto legislativo.

3. - A Constituição do Estado de Santa Catarina, dispõe em seu art. 51, parágrafo 2.º, que "É vedada a edição de medida provisória sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada", e assim, apresenta, no atual sistema jurídico, disposição textual que integra a proposta de emenda à Constituição Federal de n.º 26, porém, só tal vedação é insuficiente, porque pelo simples exame e interpretação de nossa Lei Fundamental, outras matérias também devem estar vedadas à disciplina por via de medida provisória, e isso mesmo no campo do Estado - membro, como por exemplo: a relativa à instituição e majoração de tributos, as matérias de eficácia diferida, às reservadas à lei complementar, as de competência exclusiva da Assembléia Legislativa etc...

Desta forma, se deve reconhecer como oportuna a possibilidade de emissão de Medidas provisórias no seio do Estado-membro e municípios, pois que aí também pode ocorrer, excepcionalmente, alguma situação revestida de relevância e urgência que necessite ser disciplinada pelo Chefe do Executivo por não poder aguardar a realização de um processo legislativo ordinário, nem mesmo do que permite o pedido de urgência para sua apreciação. Esta é providência que integra a autonomia dos entes federados, a qual deve ser incentivada e respeitada, sob pena de proporcionar um desequilíbrio cada vez mais acentuado em nossa Federação.

No Estado do Paraná diversos Municípios previram, em suas Leis Orgânicas, a possibilidade do Chefe do Executivo emitir Medidas Provisórias, observando sempre os pressupostos de urgência e relevância e seus contornos estabelecidos na Constituição Federal. O que se verifica, é que, tanto no campo estadual como municipal, o instrumento tem sido usado comedidamente, o que, mesmo considerando o espaço diminuto para sua utilização, nos pode trazer um alento, pelo menos no sentido de que o exemplo federal não tem sido seguido.

Nosso entendimento, abraça posição favorável à inclusão, em nosso sistema jurídico, de criação ou aprimoramento da utilização de mecanismos já conhecidos, que, disciplinando a possibilidade do Executivo usar de Medidas Provisórias, criem para o Legislativo federal, estadual e municipal, a obrigação de se manifestar dentro do exíguo prazo estabelecido pela Constituição, para que se possa melhor atender as necessidades dos seus governados, pois que nossa Lei Maior estabeleceu como pressupostos da medida a relevância e a urgência. O que não se pode admitir, é que o Executivo sob o argumento da morosidade do legislativo no exercício de suas funções ordinárias, possibilite, com a emissão indiscriminada de Medidas Provisórias, a vulgarização do instrumento, a banalização de seus pressupostos e a descaracterização do conceito de urgência.

Inconteste é o caráter de excepcional necessidade de tal instrumento normativo, o que nos permite afirmar, por exemplo, que não cabe ser utilizado, por não caracterizar situação de urgência, quando da alteração do nome de uma rua, mas pode haver tal característica, quando da obtenção de empréstimo para corrigir o problema das enchentes.

Portando, se deve concluir que a problemática em torno da Medida Provisória, na Federação Brasileira como um todo, só será solucionada através de uma avaliação conjunta da atitude do Chefe do Executivo, quando da emissão indiscriminada do instrumento normativo fundado na relevância e urgência, bem como da postura dos legisladores, que através de artifícios como da obstrução ou mesmo da ausência às sessões do legislativo, impedem a decisão sobre matéria de suma importância, proporcionando o descrédito da população no governo e o desprestígio dos parlamentares.

DESAPROPRIAÇÃO: O ART. 7º DO DEC-LEI Nº 3.365/41 E A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE
Procurador de Justiça

Professor da Universidade Federal de Sergipe

1. Com a promulgação da constituição de 5 de outubro de 1988, retoma-se a questão, entre nós frequentemente renovada, na recepção de normas da ordem jurídica. De momento, interessa saber qual o atual alcance do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41, em face do direito à inviolabilidade do domicílio, que a Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País, nos seguintes termos "(art. 5º, XI)":

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

Vejamo-lo, a seguir:

2. Literatura jurídica sobre desapropriação, neste País de tantas carências, é o que não falta, felizmente. literatura farta, abundante, e, no geral, de muitíssimo boa qualidade. E os autores que escreveram sobre o tema parecem concordar que se trata de um procedimento decomposto em duas fases: a fase declaratória e a fase executória, esta última podendo ser extrajudicial ou judicial. **Extrajudicial**, quando há concordância entre expropriante e expropriado quanto ao preço, forma e condições de pagamento, nenhuma desavença os separando. **Judicial**, em caso contrário. Contudo, ainda assim, não se tolhe a possibilidade de o titular do bem comparecer a juízo e aí reconsiderar a sua recusa aceitando o preço que lhe houvera sido oferecido pelo expropriante. Acaso persista a recusa, a desapropriação assume perfil contencioso, nos termos do Decreto-lei nº 3.365/41.

3. Relativamente à fase declaratória, aquiescem os mesmos autores em que não é suficiente, só por si, para transferir a titularidade do bem sobre que recai a declaração de utilidade pública. Isso nada obstante, lhe reconhecem alguns efeitos, a saber:

- 3.1. submete o bem à força expropriatória do Estado;
 - 3.2. fixa o estado do bem;
 - 3.3. inicia a fluência do prazo de caducidade do ato declaratório, que é de 5 (cinco) anos;
 - 3.4. e, enfim, permite aos agentes da autoridade pública que penetrem no prédio, embora não lhes autorize o comportamento abusivo.
4. É o que têm escrito os autores, sem restrições, ressalvas, reservas, ou

entrelinhas, mesmo à luz da Constituição de 5 de outubro de 1988, atualmente em vigor, apesar de precocemente multilada. Confira-se, a propósito, **HELLY LOPES MEIRELLES**, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, págs. 521/522; **CELSO RIBEIRO BASTOS**, em *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1994, pág. 223; **DIÓGENES GASPARINE**, em *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 4ª edição, pág. 460; **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, em *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª edição, págs. 124/125; **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO**, em *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 3ª edição, pág. 272.

Por ora, dos efeitos da declaração de utilidade pública, o que interessa é aquele que diz com a penetração no prédio pelos agentes do Poder Público.

5. Realmente diz o art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41:

"Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial.

Aquele que for molestado por excesso ou abuso de poder cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

5.1. **Prédios**, diz o art. 7º, sem individualizá-los seja pela natureza, seja pela serventia ou destinação. Tal como redigida, a norma desse artigo alcança inclusive a casa, cuja inviolabilidade restou garantida em todas as Constituições brasileiras, desde a imperial de 1824 até a republicana de 1988. E inviolabilidade que somente admitia ser excepcionada em duas situações:

1) À noite nos casos expressamente consignados nas Constituições de 1824; 1891; 1934; 1946; 1967/1969.

2) Durante o dia, nos casos e pela forma que a lei viesse a estabelecer.

5.2. **Confira-se:**

"Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite, não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada, nos casos, e pela maneira que a Lei determinar". (art. 179, VII, da Constituição de 1824);

"A casa é o asilo inviolável do indivíduo ninguém pode ali penetrar de noite sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescritos na lei" (art. 172, § II, da Constituição de 1891);

"A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar de noite sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei" (art. 113, § 16, da Constituição de 1934);

"A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à

noite sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítima de crime ou desastre nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer" (art. 146, § 15 da Constituição de 1946);

"A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer" (art. 150, § 10 da Constituição de 1967);

A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer" (art. 153, § 10 da Constituição de 1969);

5.3. Na Constituição de 1937, garantia-se inviolabilidade do domicílio, salvas as exceções expressas em lei (art. 122, nº 6).

5.4. À sua vez, o Decreto - lei nº 3.365/41 foi editado sob a vigência da Constituição de 1937, de triste memória, porque evocativa de um tempo de daspreço às liberdades fundamentais.

E, àquela época, nenhuma área de atrito, nenhuma zona de fricção, existia entre aqueles dois textos de hierarquia normativa diferenciada. Afinal a Constituição Getulista remetia para a legislatura ordinária a tarefa de excepcionar o princípio da inviolabilidade do domicílio, quer durante a noite, que no correr do dia. Aliás foi a única Constituição a deixar livre o legislador ordinário em assunto de tamanha dignidade. Todas as outras cuidaram de indicar, **elas próprias**, em que situações se poderia violar o domicílio à noite. E o Decreto-lei nº 3.365/41, nada mais fez do que abrir uma Exceção à inviolabilidade domiciliar em proveito das autoridades administrativas e em matéria expropriatória. Posteriormente, foi recepcionado pelas Constituições de 1946 e 1967/69, pela simples razão de haverem essas Constituições convidado o legislador ordinário a dizer em que casos e sob que formas se poderia penetrar em casa alheia, **durante o dia**, sem o consentimento do morador.

5.5. Sucede, porém que, a partir de 5 de outubro de 1988, o Brasil passou a viver sob nova Constituição, não, apenas diferente, mas contrária à de 1937, porque esta refletia a feição de um Estado autoritário e, aquela e de um Estado Democrático, contraponto exato daquele.

Pois bem.

A nova Constituição dispensou à inviolabilidade do domicílio o tratamento mais generoso de que se tem notícia na história do constitucionalismo brasileiro. Deveras, contrariamente a todas as que a proeceram no tempo, a Lei Fundamental de 1988 não abriu espaço, mínimo que fosse para a atuação do legislador ordinário, na matéria. Excluiu liminar e radicalmente qualquer colaboração, no particular.

Iniciou e esgotou a formulação normativa sobre a inviolabilidade domiciliar, alcançando assim o administrador tanto quanto o legislador.

Veja-se, novamente:

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou durante o dia, por determinação judicial" (art. 5º, XI).

5.6. Aí está toda a diferença. Agora, já não é mais possível à legislação indicar os modos e forma de exceções diurnas à inviolabilidade do domicílio, como antes. À vista da atual Lei Republicana, o que se tem é o seguinte:

a) a casa é asilo inviolável;

b) somente nela se pode penetrar com o consentimento do morador, salvo;

b.1) durante à noite ou o dia, em casos de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro;

b.2.) e, durante o dia, mediante determinação judicial.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988 levou extremamente a sério a célebre frase atribuída ao Lord Chatan, conforme depoimento recolhido em João Barbalho, comentando a Constituição de 1891:

"E porque razão a casa de cada um é sua cidadella, sua fortaleza? Será por ser defendida por muralhas? Não. Seja mesmo uma choupana, em que penetrem a chuva e o vento, o rei não pode lá entrar".

A fórmula constitucional inadmitte hesitação. Sem consentimento do morador não se ingressa na casa, salvo à noite ou de dia, para acudir vítima de desastre, prestar socorro ou em caso de flagrante delito. **Fora dessas situações, somente se tolera a violabilidade domiciliar durante o dia e, ainda assim, por determinação judicial.** E determinação judicial fundamentada, sob pena de nulidade (art. 92, IX, da Constituição Federal).

5.7. Concluindo: as autoridades administrativas continuam podendo penetrar nos prédios declarados de utilidade pública. Todavia, se tiverem tais prédios a compostura jurídico - constitucional de **casa**, o ingresso nela lhes será interdito, salvo se, para tanto, munidas de prévia habilitação judicial, necessária e adequadamente fundamentada.

Esta, a nosso ver, a compreensão atual do art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41.
Nem mais, nem menos.

Aracaju, setembro de 1995.

* Professor da Universidade Federal de Sergipe
e Procurador de Justiça

GENERALIDADES SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO

Carlos Roberto Martins Rodrigues
Prof. da Faculdade de Direito da UFC

EMENTA: 1. A Atividade Jurídica da Administração Pública; 2. Distinção entre Fato, Ato e Operação Administrativos; 3. Elementos do Ato Administrativo; 4. Classificação do Ato Administrativo; 5. Processo e Procedimento Administrativo.

1 - O comportamento dinâmico da Administração Pública e projeta através de dois aspectos: o da atividade-meio e o da atividade-fim. A primeira é eminentemente jurídica e são suas manifestações a operação, o fato, o ato e o contrato administrativo. A última, de natureza material, se resume nos cometimentos públicos, de que são espécie a obra e o serviço público, tomada esta expressão em sentido estrito. A atividade jurídica gera, informa e condiciona a segunda atividade, a atividade-fim, que é uma decorrência - imediata ou não - da outra. Através da atividade jurídica, a Administração realiza o Direito, estabelecendo normas, constituindo, preservando ou extinguindo situações, ou ditando decisões, ou, ainda, esclarecendo situações de interesse administrativo. Dinamiza o estabelecido pelo aspecto programático da ordem jurídica. Exerce função concreta para aplicar a Lei. Na atividade-fim, a Administração Pública busca o bem comum por via do atendimento das necessidades e das reivindicações coletivas, na proporção e na medida com que são formuladas pela comunidade. Assim, se determinada autoridade expede portaria, designando alguém para executar certa tarefa, no exemplo a Administração realiza atividade jurídica, atividade-meio. Se, entretanto, a Administração fornece energia elétrica ou presta serviço de transporte coletivo, temos atividades - fim, um serviço público. Se constrói edifício para instalar repartição sua, também realiza atividade-meio, no caso, a obra pública, independente de a construção ser feita pela própria Administração, ou por terceiro, celebrando-se, então, aí, o contrato administrativo. Na atividade-meio, a Administração se comporta para, depois, atingir seus fins. Realiza objetos. Só com a atividade-fim é que o Estado administrador alcança seus objetivos. Essa colocação não anula a possibilidade de se dizer, com a ciência da administração, que cada órgão tem sua atividade-meio e sua atividade-fim, que não se confundem, entretanto, com as atividades que, de igual modo, assim se classificam, mas em relação ao sistema administrativo, como um todo. Alguns autores preferem outra classificação: à atividade-meio chamam só de atividade-jurídica; à atividade-fim chamam de atividade-social (ver, especialmente, Zanobini e Marcelo Caetano).

2 - Na teoria geral do direito, os acontecimentos que podem ou produzem modificações no espaço e no tempo jurídicos são catalogados segundo a interveniência ou não interveniência da vontade pessoal (vontade humana e vontade das pessoas jurídicas). Se a vontade pessoal não intervém, o evento interessante ao direito, pelos efeitos que produz no mundo deste, é denominado fato jurídico em sentido estrito (ou fato jurídico involuntário) (por exemplo, o nascimento com vida, a morte, além dos extraordinários, como os fenômenos da natureza - enchentes, seca, maremoto, tempestade, raio etc.). Se a vontade, entretanto, é geratriz do evento, temos o fato jurídico voluntário, ou ato jurídico, em sentido lato. Quando o agente não quer o efeito jurídico, mas este se produz em virtude de lei (trata-se de mera manifestação de vontade, mas não um *querer* dirigido), temos, então, o ato jurídico, em sentido estrito. Quando, entretanto, a vontade é declarada, com o sentido de obter fins jurídicos determinados, surge o ato jurídico negocial ou negócio jurídico. Os efeitos jurídicos são reconhecidos pela lei, mas o agente volitivo escolheu, entre tantas opções juridicamente apreciáveis, a que mais lhe convinha. O *querer*, aí, é determinado, dirigido a um fim jurídico, pretendido pelo agente que declarou a vontade. No negócio jurídico, se só uma vontade é declarada, o ato negocial é unilateral; se mais de uma vontade intervém para a formação negocial, temos o negócio jurídico bilateral. No primeiro caso, a promessa de recompensa, o testamento; na segunda hipótese, os contratos de uma maneira geral.

As operações, os fatos, os atos e os contratos administrativos devem ser catalogados como espécies de atos jurídicos negociais. Porque, na sua edição ou explosão, a Administração Pública quer um certo resultado, busca, deliberadamente, um certo fim (o que está fixado na regra de competência do órgão administrativo que atua). O *querer* administrativo é um *querer* jurídico, pois a Administração, na realização da operação, na produção do fato, na emissão do ato, ou na celebração do contrato, pretende determinados efeitos interessantes ao Direito. Este limita-se a ordenar os efeitos da declaração ou o *modus faciendi* da operação volitiva.

O fato administrativo não se confunde, assim, com o fato jurídico, em sentido estrito: por exemplo, a morte natural de um funcionário público (ou por causa estranha à Administração) não configura fato administrativo, em que pese às consequências dela no âmbito da Administração, como a vacância do cargo e as relações de natureza patrimonial entre o Estado empregador e os sucessores do servidor desaparecido.

A conceituação de ato administrativo não é ponto pacífico na doutrina. A primeira dificuldade está na determinação de sua fonte orgânica: que tipo de esfera de competência estatal pode gerar o ato administrativo? A grande maioria

dos autores se inclina pela afirmação de que o ato administrativo é próprio dos órgãos do Poder Executivo, não se concebendo a sua caracterização quando a vontade declarada, ainda que assemelhada, pelos efeitos, aos atos da Administração Pública, se situa nas áreas dos Poderes Legislativo e Judiciário. Há evidente demasia na colocação. Os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, quando expedem atos visando a definir situações de modo concreto, expedem, sem dúvida, atos administrativos, como, por exemplo, quando um Tribunal homologa um concurso para provimento de cargos no seu âmbito, ou expede editais para fins de procedimentos licitatórios, na sua esfera de atuação. Isso sem falar no caso dos regimentos internos dos colegiados judiciais, que são verdadeiros regulamentos. A mesma coisa acontece com determinados atos de órgãos situados no campo orgânico do Poder Legislativo. Acrescente-se a isso o fato da proliferação de órgãos personalizados na área do Poder Executivo (a denominada Administração Pública Indireta): embora, à exceção das autarquias e de certas fundações (fundações autárquicas), a empresa pública, a fundação e a sociedade de economia mista tenham regime jurídico híbrido (normas de direito público e de direito privado sobre elas incidem), muitos de seus atos, produzidos em virtude do exercício de parcela do domínio eminente do Estado ou de seus poderes instrumentais, como o de polícia, são atos administrativos, sem dúvida alguma. Por isso, não é pelo caminho da geografia orgânica do Estado que se vai conseguir a conceituação mais precisa do ato administrativo.

A expressão "ato administrativo" entra em moda após a Revolução Francesa, com o texto legislativo do 16 Fructidor, no ano III, pelo qual se vedava a apreciação de atos da administração, de qualquer espécie. A partir daí, entretanto, a expressão passa a ter uso corrente, sobretudo na literatura francesa especializada, sendo interessante referir a Lei de 2 Germinal, do ano V, que dava amplo conceito do ato administrativo, entendendo-o como "todas as operações que se realizam por ordem do Governo, de seus agentes imediatos sob a sua vigilância e com fundos proporcionados pelo Tesouro Público. Interpretação mais restrita tinha o ato administrativo como compreendendo apenas os regulamentos, as instruções, os contratos administrativos, vale dizer, os atos que se destacavam no conteúdo do chamado contencioso administrativo francês. Essa simples enunciação, aceita por alguns autores modernos, demonstra a vacilação doutrinária, que persiste. A integração do contrato administrativo no leque dos atos administrativos, por exemplo: feita, sobretudo, por autores franceses e muitos da América Latina, especialmente os chilenos, retira do ato administrativo o seu caráter de declaração unilateral da vontade administrativa, pois, no contrato, um dos dois pólos volitivos é de vontade estranha à Administração o que desfiguraria o conceito mais aceito de ato administrativo.

Por outro lado, a afirmação de que o ato administrativo só existe como

manifestação de vontade de órgão do Poder Executivo, se válida, do ponto de vista formal, materialmente, desconhece as várias declarações de vontade do Estado, em outros Poderes (o Legislativo e o Judiciário), que têm a mesma natureza do ato emitido pelo Poder Executivo (o ato de remoção de um juiz, por exemplo; o ato que tem por objeto a concessão de licença a deputado para tratar de sua saúde).

Vejamos os conceitos de alguns autores, para chegarmos a uma síntese do pensamento doutrinário vigente acerca do ato administrativo: "decisão geral ou especial, de uma autoridade administrativa, no exercício de suas próprias funções, sobre direitos, deveres e interesses das entidades administrativas ou dos particulares em relação àquelas" (Rafael Bielsa); "ato jurídico não contencioso, praticado pelo Estado para a realização de seus fins" (Masagão); "toda manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, que tenham por fim imediato criar, reconhecer, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa" (Cretella Jr.); qualquer declaração de vontade, de desejo, de conhecimento, ou de juízo, realizada por um sujeito da Administração Pública no exercício de um poder administrativo (Falla e Zanobini); "conduta voluntária de um órgão da Administração Pública no exercício de um poder público, de que resulte a aplicação de normas jurídicas a um caso concreto" (Marcello Caetano); "declaração especial da vontade de um órgão público, preferencialmente de um órgão administrativo, encaminhada a produzir, por via de autoridade, um efeito de direito para satisfação de um interesse administrativo" (Garcia Oviedo); "manifestação da vontade de uma autoridade administrativa frente ao súdito, determinadora de uma situação jurídica individualizada" (Gascón y Marin); "é o ditado pelo agente administrativo no cumprimento de suas funções" (Diez); "manifestação unilateral da vontade de um órgão do Estado, detentor de poder público, produzindo efeitos jurídicos num caso concreto no domínio da Administração" (André Grisel).

Os conceitos enunciados dão bem uma idéia da confusão doutrinária reinante na matéria. Muitos utilizam expressões, no conceito de ato administrativo, que estão a exigir explicação prévia, como, por exemplo, quando se diz "agente administrativo", "administração", no "exercício de suas funções", mas não se define, previamente, os elementos vocabulares de cada uma delas. Por outro lado, de um modo geral, parece certo que os autores sempre colocam, como idéia central do ato administrativo, um seu possível caráter de "decisão", no sentido de comando emanado de autoridade, quando se sabe que atos administrativos existem tendo por objeto apenas o esclarecimento de situações (por exemplo, as certidões) ou a manifestação de opinião técnica sobre certa matéria (pareceres, laudos), sem que deles resulte quaisquer alterações em situações concretas, do interesse direto ou indireto da Administração Pública. Preferimos, assim, dizer, em relação ao ato

administrativo, que ele encerra toda declaração unilateral da vontade do Estado, quando tal declaração tiver por objeto a constituição, a preservação, a alteração, ou a extinção de situações jurídicas concretas, do interesse direto ou indireto do Poder que emite a vontade. Tanto faz que a declaração seja emanada do Poder Legislativo, do Poder Executivo e suas entidades ou do Poder Judiciário. Se se trata da declaração unilateral da vontade do Estado, visando a situações jurídicas concretas (de caráter não contencioso), temos o ato administrativo.

O fato administrativo, por sua vez, é o evento decorrente de ato administrativo ou de operação administrativa, configurando situação do interesse do Estado administrador (como a posse de alguém em cargo público; a apreensão de bem por suspeita de contrabando; a prisão de um delinquente etc.), enquanto a operação administrativa é a atividade material que o Estado desenvolve para deflagrar o fato; decorre, mediata ou imediatamente, de ato administrativo: uma parada militar; uma missão policial que se desloca e desfaz uma arruaça; o movimento de inspetores aduaneiros para apreender mercadorias; a atividade de apreensão, etc. Já o contrato administrativo é o acordo obrigacional de vontades, celebrado entre o Estado administrador e terceiro (pode ser particular ou não; pode se dar entre órgãos estatais ou entre órgão estatal e pessoa privada; entre entidades estatais), sob um regime jurídico especial de direito público, tendo por objeto bem, interesse ou serviço público. No contrato administrativo, o interesse público é predominante donde seu caráter ao mesmo tempo convencional e regulamentar, sujeitando-se às seguintes regras, que extrapolam o sistema do contrato privado em geral: a) supremacia do interesse público na interpretação de suas normas, salvo no contrato de afetação ou atribuição (como nas concessões de uso de bem público dominical, em que a interpretação se faz mais benéfica em favor do concessionário); b) possibilidade de alteração unilateral, pelo Estado que contrata, das cláusulas da avença (exceto quanto aos pontos que ornamentam a chamada equação econômica do contrato, dados dois princípios básicos: o da comutatividade e o que proíbe o enriquecimento ilícito ou sem causa); c) poder de polícia do Estado contratante, mas, em caso de apenação, o asseguração do direito de defesa do contratado; d) reversão de bens em favor do Estado; e) afetação de bens do contratado com a inclusão dos bens afetos no regime do domínio público; f) desfazimento do contrato pelo Estado contratante, independentemente do prazo de vigência, mas, neste caso, interrompida a avença, antes, sem culpa do contratado, a este se assegura a indenização correspondente. Em todo caso, para que se mantenha a continuidade da realização do objeto do contrato, que é sempre de natureza pública, não se admite, em favor do contratado pelo Estado a arguição da exceção do contrato não cumprido, salvo os apelos ao Poder Judiciário. Mas se aplica, no contrato administrativo, para que se mantenha a equação econômica, a teoria da força maior e a da imprevisão.

Os contratos administrativos podem ser de atribuição (quando o beneficiário direto é o contratado, por exemplo, a concessão de uso de bem público) e de colaboração (quando se trata de realizar o interesse público de modo direto, como, por exemplo, na concessão de serviço público).

3 - O ato administrativo, como espécie de ato negocial, tem pressupostos de existência e condições de validade, além de características que o distinguem de outros atos de vontade.

Os pressupostos existenciais são aquelas condições que, previamente, devem coexistir para que o ato se produza como ato administrativo: vontade administrativa, sua declaração, ou seja, a forma, uma causa pública, publicação. Assim, para que exista, o ato administrativo deve emanar de uma vontade qualificada como estatal, deve ter uma forma; deve ser levado ao conhecimento de seus destinatários; deve estar motivado por causas que digam com a coisa pública. A não ser assim, teremos um ato negocial qualquer, mas nunca o ato administrativo. Os efeitos do ato inexistente são mais rígidos do que os do ato nulo, pois, em alguns casos, as conseqüências deste permanecem, por força do princípio da segurança jurídica, mas, no caso do ato inexistente, ele não se forma com ato administrativo, não sendo possível, por isso, os efeitos que seriam normais no ato tido como tal.

Os pressupostos ou condições de existência do ato administrativo são, na verdade, condições de eficácia, que não se confunde com validade, como se sabe, pois o ato pode ser inválido, mas eficaz, que é o ato existente, capaz de gerar efeitos práticos, ainda que colidentes com a ordem jurídica.

São condições de validade do ato administrativo: a) a competência genérica e específica do agente volitivo; b) forma da lei; c) causa e motivo legais; d) objeto público lícito; e) finalidade descrita na regra de competência do agente que emitiu o ato; f) publicação em órgão oficial (quando a lei determinar).

A competência é o conjunto de aptidões do órgão emissor da vontade, e sempre decorre de lei. Não pode ser inventada, mas deve estar na ordem jurídica, fonte do agir administrativo. Por isso, diz-se que, ao contrário do particular, que pode fazer tudo quanto a lei não proíbe, o administrador só pode fazer o que a lei manda. O princípio da competência é conseqüência do princípio da legalidade. Por isso, diz muito bem Caio Tácito: não é competente quem quer, mas quem pode. Ensina, a propósito, Hely Lopes Meirelles que "para a prática do ato administrativo a COMPETÊNCIA é condição primeira de sua validade. Nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado, validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo. Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade

incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração" (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 12.ª edição atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 111).

Por "forma da lei" entende-se o requisito sem o qual o ato administrativo é imprestável, do ponto de vista da ordem jurídica, pertinente ao seu regime, por não possuir o revestimento formal da regra correspondente.

E quando a lei não estabelecer forma determinada para certo ato?

Então, o emissor do ato deve adequar a sua declaração de vontade à forma mais condizente com a natureza do ato que vai ser expedido. De qualquer modo, devem ser evitados os atos verbais, salvo os absolutamente necessários, como certas ordens na rotina diária das atividades administrativas. Mas a forma escrita contribui para um maior e mais eficiente controle do comportamento administrativo por parte da comunidade e dos órgãos que, por lei, devem fazer tal controle.

Toda declaração de vontade administrativa tem sua razão de ser. O *porquê* de sua emissão. São a causa (ou motivo, ou pressuposto de fato) e o motivo jurídico (ou pressuposto legal). É indispensável que a causa seja pública e pertinente à regra de competência do agente que vai emitir a vontade administrativa. Assim, o motivo legal do agir administrativo. Por exemplo, há um cargo vago que deve ser provido: eis a causa ou motivo de fato. Há o concurso realizado, homologado, eis outro motivo. Mas de ordem jurídica. Sem a coexistência de ambos não pode haver ato válido de provimento. Frequentes vezes, o órgão administrativo pode selecionar, livremente, os motivos de sua atuação. Isso acontece na atividade chamada discricionária. Mas, ainda assim, os motivos (de fato e de direito) não de estar contidos na ordem jurídica: o primeiro, motivo de fato, dizendo com uma causa de interesse público; o segundo, a razão legal de agir administrativo.

Além da razão para agir, o Estado administrador se vincula, na sua atuação, a fins públicos determinados, embutidos nas regras de competência de seus agentes: não basta que o fim buscado seja público; é indispensável, para que não ocorra o desvio de finalidade (que a doutrina francesa, menos precisa, chamou de desvio de poder), que o objetivo seja aquele objetivo público determinado na forma que estabeleceu a aptidão para a ação do agente estatal.

O objeto do ato administrativo deve ser lícito, envolvendo a licitude não só a legalidade como a possibilidade jurídica de sua realização, além de ter a qualidade de público.

Com relação, ainda, aos motivos do ato, esclareça-se que o ideal seria cogitar-se de um dever, para o órgão administrativo, de explicitar, em cada ato, a razão de seu agir, ou, noutras palavras, explicitar os motivos de fato e de direito em

que se baseasse para expedir o ato de vontade.

Finalmente, o ato, embora publicado (isto é, levado ao conhecimento geral, deve ser publicado, via de regra, nos jornais oficiais, mas pode a publicação, quando a lei não estabelecer coisa diferente, se dar em qualquer órgão ou veículo de divulgação, flanelógrafos, quadros de aviso de repartições etc. A publicação deve ser encarada como um meio para garantir o controle da legalidade administrativa.

São características do ato administrativo a excequibilidade, a auto-executoriedade, a presunção de legitimidade e de legalidade.

A excequibilidade diz com as condições intrínsecas de operacionalidade do ato administrativo. Diz respeito, portanto, à eficácia (condições de ser cumprido); a auto-executoriedade diz com os efeitos que o ato administrativo pode produzir, sem a interferência de qualquer outro ato estatal - por exemplo, é declarada a caducidade - extinção por inadimplência do contratado - de contrato administrativo; este se desfaz, sem necessidade de nenhum outro ato constitutivo a respeito -; a presunção de legitimidade e de legalidade, que é *iuris tantum* (cede diante de prova em contrário) significa que o ato administrativo é praticado ao sabor do interesse público e de acordo com a lei que rege a sua edição.

4 - Cada grupo doutrinário ou cada autor, em particular, procura classificar os atos administrativos, segundo suas próprias convicções.

Em síntese, poderíamos dizer, num resumo do que pensa a maioria dos doutos, que os atos administrativos classificam-se segundo a vontade do agente volitivo (tendo em vista a maior ou menor liberdade de ação, em vinculados, regrados ou predeterminados e discricionários) (tendo em vista o número de declarações de vontade, num só órgão ou sistema de órgãos (simples e compostos); (ou em órgãos diferenciados do Estado (simples e complexos); segundo o objeto (enunciativos ou declaratórios, constitutivos ou negociais, normativos, ordinatórios, de polícia, etc.); segundo os efeitos (precários, definitivos).

Os atos vinculados são aqueles que têm seus motivos já indicados na lei própria, ao passo que os discricionários caracterizam-se por terem seus motivos (ainda que contidos em lei, pois não são arbitrários) selecionados pelo agente que vai declarar a vontade administrativa. Na verdade, não existe ato total e absolutamente vinculado ou discricionário; em qualquer deles, existe uma dose de vincularidade e uma dose de discricionariedade: num ato de provimento de cargo público, efetivo, o agente não é obrigado a nomear, mesmo em face de concurso homologado e acabado. Mas, se resolver nomear, os requisitos da nomeação têm que ser obedecidos. O agente não nomeia quem quer, mas quem poder ser nomeado, o que ocorre, mesmo nos casos de provimento em comissão (cargos de confiança).

O ato administrativo simples decorre de uma única declaração de vontade administrativa (portaria designando servidores para determinadas tarefas); o ato composto é aquele cuja eficácia depende de uma outra declaração de vontade que passa a integrá-lo: certos atos que dependem de *visto* ou *aprovo* (certidões em geral; certificados). O ato complexo é integrado por duas ou mais declarações de vontade de órgãos estatais diferenciados (nomeação de Reitor de Universidade oficial; nomeação de Procuradores-Gerais ou de Embaixadores). A peculiaridade do ato complexo é a de que ele só pode ser desfeito, via de regra, pelos agentes que expediram as vontades. E, ao ser atacado, para fins de desfazimento ou nulificação, por eles respondem, igualmente, os agentes que declararam as vontades que os constituem.

Do ponto de vista qualitativo, os atos administrativos mais importantes são os constitutivos. Porque, embora não criem eles direitos (os direitos decorrem da lei), é por seu intermédio que se forma uma situação jurídica favorecedora da Administração, o que ocorre de modo direto, ou indireto. Compõem eles situação jurídica subjetiva ou objetiva. Modificam a já existente. Ou extinguem. Entre eles: a *permissão* (outorga discricionária a terceiro de fruição ou uso de bem público ou serviço público, mas os seus efeitos são precários; pode ser revogada a qualquer tempo sem que do ato de revogação resulte qualquer direito para o permissionário atingido); *autorização* (outorga a terceiro de faculdade para desenvolver atividade ou assumir postura normalmente proibidas: autorização para sortear brindes entre os clientes de uma empresa; autorização de porte de arma, vulgarmente denominada licença; a autorização, como a permissão, tem efeitos precários); *admissão* (outorga a terceiro de faculdade para se beneficiar com certos serviços públicos: matrícula em estabelecimento de ensino; pode ser temporária ou definitiva; gera situações jurídicas subjetivas consolidadas); *concessão* (de uso e de bem público e de serviço público; não contratual; ato vinculado, como a admissão, implica em outorgar ou reconhecer a alguém o direito de explorar bem público ou serviço público); *licença* (ato vinculado através do qual o Poder Público reconhece o direito de alguém realizar atividade sob o seu poder de polícia; temporário ou definitivo; gera situação jurídica subjetiva consolidada: exemplo, licença para advogar, dada pela Ordem dos Advogados do Brasil; licença para construir); *caducidade* (ato de natureza penal, que implica em desfazimento de contrato administrativo ou ato de concessão por inadimplência do contrato ou culpa do concessionário, assegurado, em qualquer caso, o exercício do direito de defesa; pena de nulidade do desfazimento do contrato ou do ato); *nulificação* (desfazimento do ato administrativo inválido; os efeitos da nulificação são *extunc*: retroagem à gênese do ato, desaparecendo as conseqüências já produzidas. Isso em tese. Porque atos nulos há que produzem efeitos a serem mantidos: os

praticados pelos chamados funcionários de fato, os que não tiveram seu provimento de acordo com a lei. Neste caso, duas situações: os efeitos do ato nulo são eficazes e assim continuam para os destinatários de boa fé; os efeitos persistem em virtude da ação do tempo, por força do princípio da segurança do direito); a *nulificação* (é ato de autocontrole da sede administrativa, mas pode ser declarada pelo Poder Judiciário); *revogação* (só o órgão administrativo pode revogar o ato administrativo; trata-se da retirada do espaço jurídico de ato administrativo válido, mas cuja permanência no mundo jurídico se tornou inconveniente ou inoportuna por força de interesse público superveniente); *cassação* (desfazimento de ato administrativo válido, mas que não pode permanecer por culpa do seu beneficiário ou destinatário direto).

5 - Ao conjunto de atos, fatos e operações administrativos harmônicos, mas autônomos, provocados por declarações de vontade situadas num mesmo sistema administrativo, visando a um ato ou a uma situação (fato) final, dá-se o nome de procedimento administrativo (é o caso, por exemplo, das licitações, dos concursos para provimento de cargos ou contratação de projetos de arquitetura ou desenhos de marcas ou logotipos). A forma dos procedimentos é o processo, que alguma legislação, no Brasil (como o Estatuto dos Funcionários do Poder Executivo Federal) confunde com inquérito, espécie de procedimento disciplinar.

Aplica-se ao procedimento administrativo o conjunto de regras do regime dos atos administrativos. Advirta-se, entretanto, que, no procedimento, cada ato, cada operação, cada fato deve ser examinado e controlado de *per si*; de modo que o desfazimento de um, seja pela Administração, seja pelo Poder Judiciário, não acarreta, necessariamente, o dos demais.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETÓRICA POLÍTICA

Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

- Esta é a lei. Onde haveria erros?
- Essa lei eu não conheço - disse K.
- Tanto pior para o senhor - disse o guarda.

Franz Kafka, O Processo.²

I- INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sido objeto dos mais variados estudos na cultura jurídico-política moderna, especialmente por parte de todos quantos se ocupam da Sociedade, do Direito e do Estado.

É fácil constatar que a compreensão adequada acerca da natureza de tais direitos não se reveste de cunho meramente teórico, mas possui grande relevo prático, especialmente se voltarmos os olhos para sua função de elementos aferidores da legitimidade dos sistemas político e jurídico.

A tais fatores, acrescenta-se a convicção que possuem os cidadãos de que estes direitos constituem não apenas uma garantia para a afirmação de sua dignidade, mas também um referencial para a busca de sua igualdade e liberdade.

Embora se possa considerar o fato de que os direitos fundamentais traduzem determinados valores e posturas filosófico-jurídicas que passaram a revestir-se de uma dimensão constitucional somente a partir do trânsito para a modernidade oitocentista e atualmente sejam entendidos como elementos estruturais do Estado Democrático e Social de Direito, a carga emocional de que eles se revestem freqüentemente conduz à tentação de manipulá-los, por parte daqueles que detém o poder político, com o objetivo de iludir a opinião pública e manter estruturas de poder antidemocráticas.³

Basta atentarmos para vários termos aos quais constantemente recorrem as elites dirigentes - os "donos do poder", na feliz expressão de Faoro -, de que

¹. Procurador do Município de Fortaleza. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Especialização em Direito Público da Universidade de Fortaleza. Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Advogado.

². Tradução de Modesto Carone, São Paulo: Editora Brasiliense, 5.ª Edição, p. 12.

³. Sobre o significado e motivo das palavras, cf.: Carrió, 1986:22ss.

são exemplos "liberdade", "democracia", "justiça social", etc.; termos esses que, divulgados generalizadamente pelos meios de comunicação de massa, revelam uma dimensão retórica dos direitos fundamentais que se caracteriza tanto pelo distanciamento, por parte dos segmentos política e economicamente dominantes, dos seus conceitos e fundamentos mais básicos, como por sua utilização revestida de um caráter meramente semântico, voltada para a justificação e legitimação alienantes de estruturas de poder aparentemente democráticas mas que, na verdade, pelo contrário, encobrem posturas francamente contrárias.⁴

É diante dessa perspectiva que se desenvolve a presente monografia.

A partir de uma breve análise da teoria dos direitos fundamentais e de sua relação com as teorias modernas acerca da constitucionalização simbólica, brilhantemente expostas pelo prof. Marcelo Neves, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pretende o autor analisar as declarações constitucionais de direitos fundamentais como discursos políticos constitucionalmente positivados, cujo objetivo principal é possibilitar a manutenção de estruturas de poder em determinados países, com destaque para aqueles que compõem o Terceiro Mundo.

O tema não foi escolhido por acaso. É fruto de uma constante preocupação do autor em aprofundar um exame mais detalhado acerca da natureza e do papel dos direitos fundamentais na atualidade, sempre tendo em mente que neles se encontram mescladas as principais dimensões da Política e do Direito, em constante relação dialética nos textos constitucionais, o que os eleva à categoria de núcleo de legitimidade do exercício do poder nas sociedades democráticas.

As conclusões desta monografia não têm a pretensão de ser ponto de partida ou de chegada. Satisfatório seria se conseguissem propiciar e animar um debate mais profundo acerca de tão fascinante tema.

⁴ Cf., a respeito, Peces-Barba Martinez, 1991:19ss.

II - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Sociedade, Estado e Direitos Fundamentais

A convivência humana, assim o demonstram estudos sócio-antropológicos, é inevitavelmente conflituosa.

Desde os pequenos núcleos familiares até dimensões maiores, quais sejam as dos grupos sociais, as relações entre os indivíduos só poderão ser harmônicas se a vontade comum de viver juntos puder dirigir as condutas individuais e direcionar os esforços de cooperação mútua frente aos problemas e dificuldades do dia-a-dia.

É natural, portanto, que a inserção do Homem em grupos coletivos de cada vez mais crescente amplitude e complexidade, revele uma tensão entre a natural inclinação de cada um a afirmar sua individualidade e a necessidade de se atender aos reclamos da sociedade (ou, como queira, da sociabilidade).

A consideração da sociedade como um conjunto de relações entre diversas pessoas, fruto da necessidade de comunicação inerente à natureza humana, a articulação dessas relações a partir de um prisma institucional e a ordenação das diversas formas de afirmação e contenção do poder, norteiam o processo de integração social e de organização política.

De tal sorte que, num determinado grupo social organizado sob a forma de Estado - forma de organização jurídico-política das sociedades civilizadas -, o Homem, considerado tanto em sua individualidade como em sua projeção social, constitui-se no ponto central para onde devem convergir as ações que revelem o exercício do poder político.

O respeito equilibrado para com o individual e o coletivo dá origem a um sistema de convivência que tende para a estabilidade e para a legitimação do exercício do poder político.

A intensa relação entre Sociedade e Estado é um tema cuja discussão foi colocada na ordem do dia nos tempos hodiernos. Embora não se possa vislumbrar propriamente uma identificação completa entre ambos, a democracia, tal como hoje é concebida, se transforma no elemento de tensão dialética entre eles, preservada naturalmente a autonomia de cada um.

Precisamente nesse particular, pode-se afirmar que os direitos fundamentais se constituem no instrumento através do qual se preservam as esferas de autonomia da Sociedade e do Estado e, ao mesmo tempo, se procede à vinculação entre eles no processo de desenvolvimento social e concretização da "fórmula política" (Pablo Lucas Verdú) plasmada na Constituição.

2.2. Direitos Fundamentais. Síntese Histórica.

O surgimento da noção de direitos fundamentais é historicamente determinado a partir de início da Idade Moderna.

Embora seja possível identificar, na Antiguidade e na Idade Média, diversas manifestações que traduzem a idéia central que norteia a teoria dos direitos fundamentais⁵, as noções de igualdade, liberdade e dignidade apenas viriam a ser positivadas sob a forma de normas constitucionais a partir da entrada em vigor das Constituições liberais do Século XVIII.⁶

Tal evolução não se verificou historicamente num piscar de olhos. No período que vai da Idade Média à Idade Moderna, o Homem passaria, na tentativa de compatibilizar autoridade e liberdade, a reclamar gradativamente sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica.

A própria sociedade, antes dotada de uma caráter teocêntrico e comunitário, passaria a organizar-se sob uma forma antropocêntrica e individualista. Nesse período, as estruturas medievais foram sendo progressivamente substituídas por outras, até a afirmação definitiva da sociedade burguesa-liberal, com o advento da Revolução de 1789.

Naquele época, a completa modificação da economia, com o surgimento e evolução do modo de produção capitalista e o aparecimento da burguesia como classe social dominante, favoreceram a institucionalização dos direitos, liberdades e garantias individuais.

O Homem, agora livre da dominação dos monarcas e dos senhores feudais, afastou-se dos grêmios e corporações medievais e passou a integrar-se no corpo social como indivíduo livre frente a todos os demais.

Tal postura iria no Século seguinte influenciar o maior filósofo do liberalismo, Immanuel Kant⁷, para quem o Direito possibilita a compatibilização do arbítrio de um com o arbítrio do outro, de acordo com uma lei geral de liberdade.

⁵ A idéia de *dignidade humana*, a qual embora tenha se desenvolvido de conformidade com as condições sócio-econômicas, políticas e culturais de cada época, só a partir do Século XVIII pôde identificar-se com os direitos fundamentais.

⁶ Poder-se-ia objetar que nas declarações de direitos da Inglaterra - principalmente a *Charta Magna*, de 1215, à qual se atribui a origem do devido processo legal - e demais documentos estamentais, já fosse possível identificar manifestações positivadas das idéias de igualdade, liberdade e dignidade. Todavia, é de se reconhecer que tais declarações de direitos se destinavam a uma pequena parcela ou segmento daquelas sociedades: aos barões feudais, que detinham o poder econômico e cada mais pretendiam afirmar-se frente aos Reis. Foi apenas após o advento das Constituições liberais do século XVIII que os direitos, liberdades e garantias individuais proclamar-se-iam com caráter generalizado e universal. As críticas a tal processo de universalização, guiado por interesses da burguesia, escapam ao objetivo desta monografia.

⁷ Cf. Kant, 1993:46.

Na esfera política, as estruturas feudais foram substituídas pelo Estado, forma de poder racionalmente concebida, dotada de caráter centralizador e burocrático.

De conformidade com o aparato teórico criado por Bodin, o Estado seria soberano, isto é, não reconheceria qualquer outro poder superior e teria, apenas ele, o monopólio do uso legítimo da força.

Os direitos fundamentais, tal como à época concebidos, constituiriam um limite ao poder estatal e possuíam a função de garantir um âmbito de autonomia e liberdade do indivíduo burguês frente ao grande Leviatã.

Naquele momento histórico, as reflexões acerca da origem do poder, efetuadas pelos teóricos do contratualismo e da separação dos poderes (Locke, Rousseau, Montesquieu), aliadas ao jusnaturalismo racionalista, serviriam de base filosófica para o processo de positivação, nos textos constitucionais, dos direitos e garantias do Homem e do Cidadão; direitos esses que, pelo menos em tese destinaram-se-iam a todos e possuíam um caráter negativo frente ao Estado.⁸

A partir do Século XIX, principalmente por influência da Igreja, dos movimentos operários e da expansão do socialismo, passou-se a ter consciência de que era necessária uma grande reformulação das teorias acerca dos direitos e garantias individuais, especialmente no que toava à sua proteção judicial, como forma de superar a grande distância entre as declarações constitucionais de dignidade, igualdade e liberdade e a realidade social que as negava.

Surgiria, destarte, naquele momento histórico, uma nova geração de direitos fundamentais - os direitos econômicos, sociais e culturais -, período que ficou conhecido como o trânsito do Estado Liberal para o Estado Social.⁹

Tal processo de desenvolvimento material do conceito de direitos fundamentais, possibilitou a correção dos equívocos (propositados) e distorções (conscientes) que geravam mútua exclusão das esferas da liberdade e da igualdade.

O componente axiológico, assim, possibilitou a superação do formalismo das constituições liberais e o surgimento de uma liberdade com igualdade, mediante a concepção de direitos relativos ao desenvolvimento da pessoa humana, de proteção não apenas formal, mas sobretudo material, à sua existência digna (v.g., sufrágio universal, proteção à família, direitos da classe trabalhadora, inclusive de associação, etc.).

Foi, todavia, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial que a teoria dos direitos fundamentais procurou abandonar o formalismo de outrora e

⁸ "Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não estiver assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não possui Constituição" - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, artigo 16.

⁹ Por todos: Bonavides, 1993.

¹⁰ Cf. Garcia de Enterria, 1991; Virga, 1979:513ss.

desenvolver uma teoria material da constituição, o que propiciou a afirmação da importância das Cortes Constitucionais no espaço político-jurídico.¹⁰

Atualmente, a dimensão que se procura desenvolver, no tocante aos direitos fundamentais, diz respeito à sua internacionalização (direitos fundamentais de terceira geração: direito à paz e à segurança mundiais, direito ao desenvolvimento dos povos, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade), vale dizer à superação do restrito âmbito dos Estados nacionais e o seu reconhecimento e proteção na esfera do Direito das Gentes.¹¹

Os problemas e dificuldades de tal processo, no entanto, fogem do objetivo central desta monografia, até mesmo, dentre outros temas cujo debate é necessário, em virtude da complexidade que envolve a entrega, pelos membros da comunidade internacional, de uma parcela de sua soberania a um órgão comum, de natureza supranacional.¹²

¹⁰ Cf. Bonavides, 1994:514ss.

¹² Cf., a respeito da evolução histórica dos direitos fundamentais: Peces-Barba Martinez, 1993; Prieto Sanchis, 1990; Bonavides, 1994; Barile, 1984; Pérez Luño, 1984; Rivero, 1991.

2.3. Os Direitos Fundamentais na Moderna Teoria Constitucional

O fim da Segunda Grande Guerra Mundial marcou não apenas a derrota dos ideais dos Estados Nacional-Socialista e Fascista, mas também, no campo do Direito, das concepções do positivismo-jurídico, em especial das posturas formalistas da teoria constitucional até então dominante.

Das cinzas, como uma fênix, renascia novamente o jusnaturalismo, acompanhado, no Direito Público, pelo aparecimento das teorias materiais da Constituição.¹³

No leito desse movimento de renovação, navegou a moderna teoria dos direitos fundamentais que, elevando-os ao nível de elementos estruturais do Estado Democrático e Social de Direito, os concebeu como limites materiais que a dignidade humana impõe ao Poder Público, (pré)determinando, inclusive, os fins de sua atividade.

O próprio adjetivo "fundamentais", que qualifica esses direitos, aponta para sua importância no seio do sistema social global, vez que são elementos básicos para a estruturação dos sistemas jurídico e político.¹⁴

Nessa perspectiva, a constituição, segundo a mais moderna teoria, deixou de ser analisada a partir de critérios puramente lógico-formais. Num salto qualitativo, passou-se a entendê-la como a materialização de concepções axiológicas acerca da vida em sociedade, a partir da positivação de princípios de ordem meta-jurídica, de tal sorte que foi possível dotar conceitos como os de justiça, igualdade, liberdade e dignidade de um âmbito denotativo que transcende a sua mera literalidade normativa.¹⁵

Diante de tão sensível preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana numa sociedade pluralista, afirma-se que os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de que as decisões políticas e jurídicas num Estado Democrático e Social de Direito, orientar-se-ão no sentido de respeitar, proteger e promover a pessoa humana, tanto em sua dimensão individual, como em sua inserção num grupo social.¹⁶

Ademais disso, reconhece-se que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, que dá a exata medida de sua importância: uma *axiológica*,

¹³ Cf. Bonavides, 1994:147ss.

¹⁴ Cf. Haberle, 1993:39ss; Alexy, 1993:488ss.

¹⁵ Tal concepção acerca do conteúdo material da Constituição foi amplamente analisada já no ano de 1928, por R. Smend, na monografia "*Constituição e Direito Constitucional*" (há tradução espanhola: 1985:166-167).

¹⁶ Cf. Pérez-Luño, 1984:20. Sobre a concepção *axiológico-procedimental* dos Direitos Fundamentais, cf. Alexy, 1993:488, 503-506.

segundo a qual materializam os valores fundamentais e essenciais inerentes ao espaço existencial do Homem, individual ou socialmente considerado; e outra *objetiva*, de acordo com a qual consistem em direitos assegurados nas Constituições, que modulam a atividade do Poder Público, garantindo o *status* jurídico dos cidadãos.¹⁷

É dentro desse contexto que Gustavo Zagrebelsky¹⁸ afirma que os direitos fundamentais definem a relação essencial que existe entre o exercício do poder público e os indivíduos. Argumenta, ainda, o constitucionalista peninsular, que tais direitos são dotados de tamanha relevância que qualquer tentativa de sua violação - inclusive através de reforma constitucional - importaria em alteração dos princípios éticos e políticos nos quais se fundamenta a legitimidade das instituições políticas.

Essas precisas palavras demonstram, claramente, a íntima relação entre direitos fundamentais e Estado Democrático e Social de Direito, o que logicamente explica a sede constitucional daqueles primeiros e lhes proporciona o efeito de inspirar toda a produção normativa infraconstitucional. Aliás, a inclusão das normas de direitos fundamentais numa estrutura normativa do poder de uma constituição faz com que eles teoricamente se imponham frente aos abusos dos "donos do poder".¹⁹

A relação entre direitos fundamentais e constituição - ou, numa macroperspectiva, entre Direito e Poder - será analisada a partir de agora, sob o prisma da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

2.4. Direitos Fundamentais e Constituição. Direito e Poder. A Constituição como "Vínculo Estrutural" entre Direito e Poder.

Niklas Luhmann, a exemplo de Talcott Parsons, concebe a evolução social como um processo de diferenciação (ou seletividade) social permanente, que é feita a partir de articulações e estratégias entre um complexo formado por papéis, normas, instituições sociais, etc.

Na sociedade moderna, afirma o autor, predomina um princípio de diferenciação social funcional²⁰. Os diferentes sistemas sociais se organizam a partir da atribuição de distintas funções a cada um deles: por exemplo, à Economia

¹⁷. Cf. Pérez-Luño, 1984:20ss; Cossio Diaz, 1989:58ss; López-Guerra, Espín, García-Morillo, Pérez-Tremps e Sañudo, 1991:104ss; Stern, 1987:274-275; Häberle, 1991; 1993:39ss; Grimm, 1994:39ss. Sobre a relação entre direitos fundamentais e *status*, cf. Alexy, 1993:247ss-461ss; Häberle, 1993:198ss.

¹⁸. Cf. Zagrebelsky, 1984:418.

¹⁹. Cf. Robles, 1992:20-21; Prieto Sanchis, 1990: 99.

cabe a função de conseguir satisfazer as necessidades vitais dos membros da sociedade, à Política, propiciar decisões coletivamente vinculantes e ao Direito, a generalização de expectativas normativas de conduta, de forma congruente, seletiva e contrafática.

Traço característico desta diferenciação funcional é que qualquer função atribuída aos diversos sistemas sociais é imprescindível para o funcionamento da sociedade ("sistema social global").

Cada um destes sistemas serve para possibilitar uma redução de complexidade; em outras palavras, cada sistema social é o resultado de um processamento seletivo da multiplicidade de possibilidades, fatos e circunstâncias que existem na realidade.

Na teoria sistêmica luhmanniana, os conceitos de complexidade e contingência são revestidos de fundamental importância.

Por "complexidade" se entende a existência de um conjunto de possibilidades superior às que de fato podem vir a ser realizadas, o que exige e implica uma necessidade de seleção entre as várias opções que se abrem para a ação.

Por "contingência" deve ser entendida a existência de outras possibilidades, de outras alternativas equivalentes de lidar com a realidade social complexa. Em outras palavras, "as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas".²¹

O conceito de "complexidade", como conjunto de todos os eventos possíveis e imagináveis, leva a uma situação originária dentro da qual há uma multiplicidade de "mundos possíveis", isto é, de mundos que não podem ser concebidos como reais. Neste sentido, a "complexidade" envolve a necessidade de atualização de suas várias possibilidades, o que desborda na questão da contingência.

Somente quando se passa a instituir uma certa ordem em um desses mundos e transformá-lo em real a partir da redução da "complexidade" (entendida como "processo social permanente") e operacionalização da "dupla contingência" originada das interações sociais, constitui-se-á um sistema social.²²

A partir daí, cada sistema social começa a se estruturar quando, por obra do estabelecimento de sua própria função, ele passa a limitar um segmento particular da complexidade do seu meio ambiente (o sistema social global), com a qual irá trabalhar e reduzi-la com base em um processo seletivo próprio e específico.²³

Para Luhmann, a superioridade evolutiva dos sistemas sociais

²⁰. Ao contrário das sociedades anteriores, nas quais predominavam dois tipos básicos: segmentário e estratificado.

²¹. Cf. Luhmann, 1983a:45.

funcionalmente diferenciados se deve à natureza auto-referente de cada um deles, isto é, à capacidade que eles desenvolvem para ter consciência de si próprios, reproduzir-se autonomamente e delimitar-se em torno de um meio ambiente.

Um sistema só pode determinar a si mesmo - fixar seus próprios limites - se for efetuada uma distinção entre ele e o meio, vale dizer, entre o que está dentro e o que está fora dele. Somente dessa forma poderá haver uma auto-observação, que é de fundamental importância para assegurar sua seletividade e reproduzir seus elementos.

No que se refere ao sistema jurídico, Patrick Nerhot²⁴, ao discorrer sobre o pensamento de Luhmann, exemplifica a questão de sua auto-referência, afirmando que tudo aquilo que deve ser considerado como Direito deve ser aferido a partir do interior do próprio sistema jurídico e não mediante determinações do meio.

Os sistemas constituem espécies de filtros seletivos cuja função é estabelecer uma certa ordem, na multiplicidade de acontecimentos contingentes; todavia, nunca haverá uma completa ordem ou uma redução total da complexidade e sim uma relativa estabilidade desta a partir do desenvolvimento de estratégias para o estabelecimento de relações seletivas entre os diversos sistemas sociais.

De tal sorte que, para alcançar a (re)produção de seus próprios elementos, os diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados precisam fechar-se sobre eles próprios ("fechamento-operacional"), possuindo código diferenciador e funções próprios e específicos.

Esse "fechamento operacional", no entanto, não significa a impossibilidade total de manter contatos com o meio ambiente; em verdade, eles se abrem ao meio ("abertura cognitiva"), de maneira tal que as informações recebidas são selecionadas (ou decodificadas), através de mecanismos próprios ao sistema ("códigos binários").

Dessas idéias exsurge a noção de autopoiese, isto é, a capacidade dos sistemas sociais para definir, eles próprios, os seus códigos binários, para processar com meios próprios as informações recebidas e as suas próprias informações, bem como as conexões que irão estabelecer com o meio ambiente.

Os sistemas sociais, na qualidade de sistemas autopoieticos, não apenas se produzem e reproduzem de acordo com as operações formuladas segundo os

²³. Sobre o conceito de "dupla contingência": cf. Luhmann, 1983a:46ss.

²⁴. Para uma melhor compreensão da obra de Niklas Luhmann, vide, dentre outros livros e monografias dele próprio: Luhmann, 1980, 1983, 1983a, 1986, 1989, 1992. Para uma visão global da obra de Luhmann, vide: Neves, 1994:113-124. Vide, ainda, quanto as idéias de Luhmann acerca do sistema jurídico e sua aproximação com a teoria pura de Kelsen, cf.: Ost, 1986.

²⁵. Cf. Nerhot, 1986:262.

seus próprios códigos e estruturadas de acordo com os seus programas internos ("fechamento operacional"), como também elaboram uma reflexividade própria que, além de dirigir as operações intrasistêmicas, permite observar, descrever e relacionar-se com o seu meio ("abertura cognitiva").

Para Luhmann, os elementos que se produzem e reproduzem no interior dos sistemas sociais são as comunicações - modos particulares de desenvolver a autopoiese, responsáveis pelas interpenetrações recíprocas.²⁵

A comunicação entre os diversos sistemas funcionalmente diferenciados se dá por meio de códigos binários, peculiares a cada um deles, em torno dos quais gravita uma alternativa entre um "sim" e um "não": o sistema político, o sistema jurídico e o sistema econômico, por exemplo, utilizam-se em suas comunicações com o meio, dos códigos "poder/ não poder", "lícito/ ilícito" e "ter/ não ter", respectivamente.

Diante de tais considerações, é fácil constatar que, numa relação sistema/meio, ao sistema jurídico é possível, de acordo com seus próprios recursos e sempre voltado para sua função específica, observar e comunicar-se com o sistema político, o qual poderá comportar-se de idêntica forma, sem que isso importe em quebra de suas respectivas autonomias.

A comunicação e mútua relação entre os diversos sistemas autopoieticos é possibilitada pela existência de estruturas comuns a eles, denominadas por Luhmann de "acoplamentos" ou vínculos "estruturais" (*Strukturelle Kopplung*).

Estes "vínculos estruturais" relacionam-se com a dupla função que uma mesma estrutura pode desempenhar em dois sistemas sociais funcionalmente diferenciados e autônomos: possibilitam a abertura de uma dupla via de intercâmbio entre eles, sem que cada uma perca sua autonomia, vez que as relações mútuas continuam a ser reguladas por critérios que lhes são próprios.²⁶

Exemplo marcante do que o autor denomina "vínculo estrutural" é a Constituição, que estabelece e possibilita a relação entre os sistemas político e jurídico. Nas relações entre estes sistemas há uma interpenetração de tal forma que tanto o sistema jurídico oferece algo ao sistema político e vice-versa; ambos se utilizam de informações de cada um deles, rompendo sua circularidade auto-referencial sem perder as respectivas autonomias.

O sistema político proporciona ao sistema jurídico premissas de decisão (o Direito positivo) e o sistema jurídico, a seu turno, proporciona ao sistema político o instrumental necessário ao exercício do poder.

²⁶. O termo "interpenetração" significa o momento em que cada sistema põe à disposição do outro a sua complexidade, o que dará origem a um complexo sistema de seleções.

²⁷. Cf. Luhmann/Di Giorgi, 1992:30ss.

²⁸. Cf. Neves, 1994:62.

²⁹. Sobre a função social dos direitos fundamentais, cf.: Häberle, 1993:42ss.

A esse respeito, pontifica Marcelo Neves, citando Luhmann, que a constituição apresenta-se como "uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a Política e o Direito, na medida em que ela"²⁷, possibilita uma solução jurídica para o problema de auto-referência do sistema político e, o mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico".

Até aqui viu-se que aos direitos fundamentais a ordem jurídica confere uma posição privilegiada, uma sede constitucional, até mesmo porque o tratamento jurídico a eles dispensado, o seu marcante significado político e sua forte funcionalidade social justificam a sua inserção num texto normativo constitucional que, antes de tudo, possibilita a convivência política e mantém, em constante tensão dialética, Direito e Poder.²⁸

Qualquer reflexão acerca da relação entre direitos fundamentais e constituição seria incompleta se não fosse destacado o relevante papel dos Tribunais Constitucionais na concretização das normas que consagram aqueles primeiros e na afirmação prática das regras e princípios consagrados por aquela última.

Dai porque, como bem afirma Konrad Hesse²⁹, é missão dos Tribunais Constitucionais, dentre outras funções institucionais, proteger os direitos fundamentais. Onde quer que se possam ver ameaçados ou afetados, será necessária a sua intervenção.³⁰

III - DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETÓRICA POLÍTICA

3.1. (I) Ausência de concretização nas normas que consagram direitos fundamentais. Alopoiese do sistema jurídico por quebra de sua autonomia e perda de sua auto-referência. (II) Estado de bem estar e inclusão política. As declarações de direitos fundamentais nos países periféricos como discursos políticos destinados à manutenção de estruturas de poder.

I

Viu-se que à complexidade do "mundo da vida" ("horizontes de possibilidades não atualizadas")³¹, segue-se uma determinada pressão para a efetivação dos procedimentos seletivos e, a partir da dupla contingência, institui-se o problema de se estabelecerem mecanismos próprios a cada sistema funcionalmente diferenciado, capazes de assegurar as expectativas originadas das relações entre "ego" e "alter".³²

Na prática, isto é, no dia-a-dia das interações sociais, este quadro demanda um controle da própria seletividade, mediante a afirmação de expectativas de garantia de outras garantias. Estas expectativas, de caráter normativo, permitem esse controle da seletividade, bem como a estabilização da relação complexidade/contingência e propiciam, além disso, o estabelecimento de um certo sentido, vale dizer, uma seletividade assegurada contra decepções.³³

O sentido ao procedimento de seletividade, na forma definida no parágrafo anterior, pode ser fornecido, segundo Luhmann, pelas normas jurídicas, expectativas normativas de comportamento congruentemente estabilizadas, que atuam de modo contrafático.

De maneira que, ao garantir as expectativas de comportamento contra as mais variadas decepções, as normas jurídicas permitem que os prejudicados, apesar dos fatos contrários àqueles por eles esperados ou desejados, possam manter, sob protesto, o seu ponto de vista.

É por tais razões que o Direito, na teoria sistêmica de Luhmann, é compreendido como um sistema social de natureza institucional, responsável pela garantia generalizada e congruente das expectativas de comportamento

³¹. Cf. Neves, 1994:85

³². Cf. Luhmann, 1983:46ss.

³³. Por "expectativas normativas de comportamento", na teoria de Luhmann, entenda-se o fato de que cada ser humano ("ego") espera que o outro ("alter") adote um determinado comportamento previamente convencionado; tais expectativas, aliás, originam-se da problemática da dupla contingência.

²⁹. Cf. Hesse, 1987:128

³⁰. Cf., ainda: García de Enterría, 1991:121ss.

originadas no seio das interações sociais, o qual funcionalmente possui um caráter contrafático, vale dizer, neutraliza a contingência das ações individuais, possibilitando que cada uma possa esperar, com um mínimo de certeza e garantia, o comportamento do outro.

Sua congruência seletiva, neste particular, aponta para sua funcionalidade social, criando meios institucionais para que os conflitos possam ser decididos com um mínimo de perturbação social e seja possível estabilizar-se a relação complexidade/ contingência.

Como sistema social funcionalmente diferenciado, o Direito tanto é auto-referente como autopoietico. Sistema autônomo, pois, frente aos demais. A autonomia do sistema jurídico frente aos demais sistemas induz à conclusão de que a positividade de suas normas implica, nas palavras de Marcelo Neves³⁴, "o controle do código-diferença 'licito-ilícito' exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira o seu fechamento operativo".

A exemplo dos demais sistemas sociais autopoieticos, o fechamento operacional do sistema jurídico não importa em isolamento ou privação de seu meio ambiente. Embora disponha do seu próprio código diferenciador, a opção pelo que será "jurídico" será produto da comunicação com o meio ambiente, cujos estímulos ("irritações") são decodificados e influenciarão a própria reprodução do Direito Positivo.³⁵

Sob esse prisma, a positividade pode ser conceituada como "auto-determinação operacional do Direito"³⁶, de tal maneira que ele vem a ser definido como um sistema normativamente fechado (fechamento operacional), mas cognitivamente aberto (abertura cognitiva).

A produção das normas jurídicas é realizada mediante a assimilação dos fatores do meio ambiente (econômicos, políticos, científicos, religiosos, etc.) a partir do código diferenciador específico, sem que isso implique em influência direta e condicionante desses mesmos fatores.

Contudo, a partir do momento em que a autonomia operacional do sistema é quebrada pelo desaparecimento da diferenciação funcional entre sistema e meio, isto é, a partir de quando "o respectivo sistema é determinado então por injunções do mundo exterior"³⁷, o que acarretará a quebra de sua auto-referência, ter-se-á não mais um sistema autopoietico mas, pelo contrário, um sistema alopoietico.

No caso do sistema jurídico, a alopoiese se verifica pela falta de autonomia

³⁴. Cf. Neves, 1994:119-120

³⁵. Cf. Neves, 1994:120

³⁶. Cf. Neves, 1994:120

³⁷. Cf. Neves, 1994:125

³⁸. Cf. Neves, 1994:128

operacional do Direito positivo estatal, mediante "a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/ não ter) e do político (poder/ não poder), sobre o código 'licito/ilícito', em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito", o que se verifica, com frequência, nos países periféricos.³⁸

II

Os direitos fundamentais, sob a perspectiva da teoria sistêmico-funcional, podem ser concebidos como uma exigência axiológica de reconhecimento, satisfação e garantia de determinadas expectativas normativas emergentes na sociedade, as quais são valoradas como imprescindíveis à integração social e sistêmica dos indivíduos e grupos.³⁹

Essas expectativas normativas passam a ser, então, reconhecidas e tuteladas pelo Estado na forma de direitos fundamentais e disciplinadas por normas de natureza constitucional.

Instrumentos para a afirmação da cidadania e da dignidade humana, os direitos fundamentais relacionam-se, no moderno Estado Social e Democrático de Direito com o conceito de "inclusão política proposto por Luhmann:⁴⁰ incorporação da população às prestações dos diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados.⁴¹

Sob uma perspectiva moderna, não basta às elites dirigentes eleger um elenco de direitos fundamentais e colocá-los numa constituição para que, só por isso, se tenha como garantido um "salto para a modernidade" - como recentemente se tem afirmado - ou ampliação da cidadania.

Principalmente a partir da evolução da teoria dos direitos fundamentais de segunda geração, passou-se a entender que a afirmação e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui-se em condição para que se possa conquistar a cidadania e para a própria afirmação dos direitos, liberdades e garantias individuais⁴² e tais avanços, hodiernamente, são obtidos a partir da concretização máxima do princípio sociológico da inclusão.⁴³

Tais fatores apontam, inexoravelmente, para uma função social das constituições modernas, ou melhor, do processo de concretização das regras e princípios nela contidos, tendentes à afirmação prática dos direitos fundamentais já positivados, bem como para a conformação coerente do princípios do Estado Democrático e Social de Direito.

³⁹. Cf. Neves, 1993:10

⁴⁰. Cf. Luhmann, 1993:47.

⁴¹. Consultar, ainda, a respeito, Cossio Diaz, 1989:31-33

⁴². Cf. Neves, 1994:70ss; Luhmann, 1993:125ss.

⁴³. Sob o prisma contrário, poder-se-ia designar como "exclusão" a persistente manutenção da

Isto seria possível mediante o aumento e decréscimo respectivos das inclusões e exclusões políticas dos cidadãos nas ações de natureza prestacional, por parte daqueles que detêm e exercem o poder no sistema sócio-jurídico e que podem tomar decisões vinculantes acerca das matérias relevantes para o convívio social^{44 45}.

Como já foi dito, da mera positivação das declarações de direitos fundamentais nas constituições não resulta a conquista da cidadania. Esta, para que possa ser digna de assim ser chamada, requer uma atividade concretizadora nas normas de direitos fundamentais, sem a qual o texto normativo restará ineficiente, sem correspondência à realidade, o que originará a impossibilidade de dirigir normativamente as condutas e de assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas que tais normas traduzem.⁴⁶

Precisa, nesse sentido, a observação de Peter Häberle⁴⁷, para quem os direitos fundamentais não são efetivos por si sós. Será por via de interpretação que adquirirão uma realidade palpável.

Acrescenta, ainda, o autor, que a efetividade desses direitos não é consequência automática de sua mera previsão normativa, mas reflete um resultado complexo de processos pluriarticulados de interpretação, realizados por numerosos participantes da esfera pública. Dessa forma, sua eficácia tanto será jurídica como cultural.

Após a entrada em vigor do Texto Constitucional é necessária uma atividade por parte dos "donos do poder" no sentido de realizar, na prática, a sua função social, tal como acima definida.

O que se verifica, contudo, em determinados países periféricos, com relação a estes detentores do poder político, é a existência de tendências interpretativas bloqueantes da concretização do princípio sociológico da inclusão.

Comumente recorre-se a expressões e mensagens estereotipadas que provocam uma alienação coletiva da população (uma "cortina de fumaça", que encobre suas verdadeiras intenções); população esta que, incapaz de entrar ou penetrar nas reais estruturas de poder que se pretende consolidar, fica sem meios de contrapor-se ou até mesmo rebelar-se contra os elementos persuasivos dotados de conteúdos retoricamente significativos veiculados pela mídia, sempre prestativa e parcial.

Assim, está-se na presença de casos típicos de constitucionalização simbólica, nos quais não se segue, como seria de se esperar, uma abrangente e

marginalidade, de maneira que amplos segmentos da população global necessitam e dependem das diversas prestações dos mais variados sistemas sociais, mas a eles não têm acesso - cf. Neves, 1994:71.

⁴⁴. Cf. Neves, 1994:69ss

congruente concretização normativa do texto constitucional após sua entrada em vigor.⁴⁸

O que se verifica, nestes casos, é uma sensível redução da eficácia normativa do texto constitucional e o aumento de sua função simbólica⁴⁹. Sob outra perspectiva, ao aumento da função simbólica (retórica) das declarações de direitos fundamentais, corresponde diretamente o decréscimo do grau de concretização normativa do texto constituicional.⁵⁰

Instituem-se, por exemplo, programas de natureza social, cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas, o que gera a impossibilidade fática de sua efetivação.⁵¹

É possível observar, neste processo patológico de involução constitucional, que é marcante a presença de interpretações bloqueantes de desenvolvimento por parte das estruturas de poder existentes (cf. supra). As declarações de direitos fundamentais, normativamente disciplinadas, são repelidas por uma realidade fática que insiste em negar-lhes condições de eficácia.

É freqüente a utilização de recursos que impedem a concretização das normas de direitos fundamentais, a exemplo da teoria das normas constitucionais programáticas e da teoria das normas constitucionais de eficácia contida, ou ainda mediante a justificação do alto grau de exclusão política a partir da edição de normas cuja concretização é impossível, culpando-se a própria sociedade pela deformação do processo concretizador.⁵²

É possível identificar, outrossim, uma quebra da autonomia operacional do sistema jurídico, em função do fenômeno da alopoiese, determinada por freqüentes injunções dos códigos dos sistemas econômico e político, os quais se sobrepõem ao do sistema jurídico no momento da (re)produção das normas de Direito Positivo.⁵³

Consequência inexorável de todo esse processo de ausência de congruente generalização de expectativas normativas, em nível constitucional, é o grande distanciamento, no espaço político, entre representantes e representados, o que origina grande descrença nas instituições políticas e jurídicas.

Aqueles que exercem o poder tendem a perder gradativamente sua legitimidade, havendo inclusive riscos de ruptura da ordem institucional, os quais ficam contidos apenas graças aos mecanismos alienantes e manipuladores de que dispõe o Estado.

⁴⁵. Sobre o conceito luhmanniano de "poder", cf.: Luhmann, 1992a.

⁴⁶. Cf. a respeito, inclusive analisando a questão sob o prisma da "força normativa da constituição" - K. Hesse: Neves, 1993:10ss.

⁴⁷. Cf. Häberle, 1991:269.

⁴⁸. Cf. Neves, 1993:19ss; 1994:129ss; 1994a:6ss.

⁴⁹. Cf. Neves, 1993:20; 1994:129ss

A busca de soluções para tão relevante problema poderia ter início a partir de um consenso entre cidadãos e "donos do poder", a afirmação de uma esfera pública mais pluralista e a utilização mais frequente dos mecanismos de controle, postos à disposição da coletividade. Todavia, este é um processo nunca acabado. Pelo contrário, deve renovar-se dia a dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXI, Robert (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales, trad. de Ernesto Galzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BARILE, Paolo (1984). Diritti dell'Uomo e Libertà Fondamentale. Bologna: Società Editrice Il Mulino.
- BONAVIDES, Paulo (1993). Do Estado Liberal ao Estado Social. 5.ª ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora.
- BONAVIDES, Paulo (1994). Curso de Direito Constitucional. 5.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- CARRIÓ, Genaro R. (1986). Notas sobre Drecho y Language. Tercera Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- COSSIO DIAZ, José Ramón (1989). Estado Social y Derechos de Prestación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (1990). A Trivialização dos Direitos Humanos. *Novos Estudos*, CEBRAP, n.º 28, outubro.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991). La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- GRIMM, Dieter (1994). Interpretação da Lei Maior Alemã pela sua Corte Constitucional, in *Anais do III Congresso Jurídico Brasil - Alemanha*, Recife.
- HÄBERLE, Peter (1991). Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional, in *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales - Alemania, España, Francia e Italia*, coord. de Antio López Pina, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- HÄBERLE, Peter (1993). Le Libertà Fondamentale nello Stato Costituzionale, trad. de Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi, Roma: La Nuova Italia Scientifica.
- HESSE, Konrad (1987). Constitucionalidad, Derecho Común y Jurisdicción

³⁰. Cf., especificamente: Neves, 1994a:8

³¹. Cf. Neves, 1994a:6-7

³². Cf. Ferraz Junior, 1990:99-115. A respeito da legislação álibi, como espécie de legislação simbólica: cf. Neves, 1994:37-41.

³³. Cf. Neves, 1994:129ss; 1994a:7

Ordinária, in *Division de Poderes y Interpretación - Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, coord. de Antonio López Pina, Madrid: Editorial Tecnos S.A.

KANT, Immanuel (1993). Doutrina do Direito, trad. de Edson Bini, São Paulo: Ícone Editora Ltda.

LÓPEZ-GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMP, Pablo; SATRÚSTEGUI, Miguel (1991). Derecho Constitucional, Vol. I, Valencia: Tirant lo Branch.

NIKLAS, Luhmann (1980). Legitimação pelo Procedimento, trad. de Maria da Conceição Corte-Real, Brasília: Ed. UNB.

LUHMANN, Niklas (1983). Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LUHMANN, Niklas (1983a). Sociologia do Direito, Vol. I, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro S.A.

LUHMANN, Niklas (1986). L'Unité du Système Juridique, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, Paris: Sirey.

LUHMANN, Niklas (1989). Le Droit comme Système Social, in *Droit et Société*, n.ºs 11-12, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence - LGDJ.

LUHMANN, Niklas (1992). The Coding of Legal System, in *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, coord. de Gunther Teubner e Albrecht Febraggio, Milano: Giuffrè Editore.

LUHMANN, Niklas (1992a). Poder, 2.ª ed., trad. de Martine Creusot de Rezende Martins, Brasília: Ed. UNB.

LUHMANN, Niklas (1993). Teoría Política en el Estado de Bienestar, trad. de Fernando Vallespín, Madrid: Editorial Alianza S.A.

LUHMANN, Niklas; Di Giorgi, Raffaele (1992). Teoría della Società, Milano: Franco Angeli S.R.L.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1993). Entre Sub-integração e Sobre-integração: A Cidadania Inexistente, Recife, mimeo.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994). A Constitucionalização Simbólica, São Paulo: Editora Acadêmica.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994a). Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder, Recife, mimeo.

OST, François (1986). Entre Ordre et Désordre: Le Jeu du Droit - Discussion du Paradigme Autopoïétique Appliquée au Droit, in *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, Paris: Sirey.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (1991). Curso de Derechos Fundamentales, Vol. I, Teoría General, Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense.

- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio** (1993). Derecho y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique** (1984). Los Derechos Fundamentales, 3.ª ed., Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- PRIETO SANCHIS, Luis** (1990). Estudios sobre Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Debate.
- RIVERO, Jean** (1991). Les Libertés Publiques. Vol. I, Paris: Presses Universitaires de France.
- ROBLES, Gregorio** (1992). Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- SMEND, Rudolf** (1985). Constitución y Derecho Constitucional, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- STERN, Klaus** (1987). Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- VIRGA, Pietro** (1979). Diritto Costituzionale, Nona Edizione, Milano: Giuffrè Editore.
- ZAGREBELSKY, Gustavo** (1984). El Tribunal Constitucional, in *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, coord. de Louis Favoreu, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DA OMISSÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR: POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL.

JOSÉ VIDAL SILVA NETO

Procurador do Município de Fortaleza

SUMÁRIO: I INTRODUÇÃO; II - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; III - DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO; IV - PODER REGULAMENTAR: NATUREZA; V - CASO CONCRETO; VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se em breve digressão estabelecer a natureza do ato administrativo de exercício do poder regulamentar-se discricionária ou vinculada- e daí retirar as conseqüências jurídicas atinentes à possibilidade de incidência do controle jurisdicional sobre a omissão injustificada de seu exercício pela autoridade a tanto incumbida, seja a título de responsabilidade patrimonial ou criminal, seja através de sentença que remedie a própria não regulamentação do comando legal. Nesse intuito, parte-se inicialmente do estudo do princípio da legalidade, para, ao depois, esclarecer os conceitos de atribuição regulamentar e discricionariedade e se o segundo caracteriza o desempenho da primeira, analisando-se, ao final, um caso concreto, à luz das conclusões teóricas antes obtidas.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Imbrica-se estreitamente tal noção com o surgimento histórico do Estado-de-Direito. Diga-se como advertência essencial que Estado-de-Direito não é apenas um ente regulado pelo direito ou por um determinado ordenamento. Seria tautologia de todo descabida e inútil, assente que toda organização política se funda em determinada concepção de Direito, desde o regime de força à democracia. Sob esse ângulo, não se diferenciam. Na medida em que o poder, qualquer que ele seja, almeja à legitimação, inexistindo aquele que *a priori* se funde na falta de razão, usurpação ou arbítrio, todo poder se arroga o direito de mandar e, assim, os Estados historicamente dados são, sem exceção, Estados-de-Direito. Ou, na expressão kelseniana, Estado e Direito são uma e a mesma coisa.

Em outra acepção, distinguem-se os Estados pelo ideal de Direito que inspirou seus ordenamentos, i.é., pelos princípios axiológicos de direito natural

que se localizam no cerne de seus sistemas jurídicos. Exemplificando, o direito absolutista-feudal tem como sua pedra basilar o princípio da autoridade incontestável do monarca, justificada na chancela divina de uma soberania sem limites; o direito liberal-burguês, base das instituições modernas, sustenta-se no princípio democrático, segundo o qual a origem do poder e do direito é a vontade geral da coletividade a cuja regulação se volta.

O Direito Administrativo hodierno nasce como manifestação direta das teorias jurídicas da Revolução Francesa, que firmaram o conceito valioso de Estado-de-Direito. Em linhas concisas, trata-se o mesmo de que o Estado se assujeita, na gama múltipla de sua atividade, aos parâmetros da lei (já abrangidos a Constituição, a lei e os atos normativos inferiores), gozando a asserção de igual validade para a execução de competência vinculada ou discricionária.

Isso deriva do axioma da igualdade dos seres humanos: se é dessa forma, impossível que a uns pertença todo o poder ou maior dose dele, e a outros nada ou menor quantidade. A Potestade Estatal é a resultante da reunião das ínfimas parcelas de poder dos indivíduos, idênticas entre si. A CF o expressa nos seguintes termos: "todo o poder emana do povo..." (art. 2.º) e "todos são iguais perante a lei..." (art. 5.º caput).

Advém, outrossim, o perfil do Estado-de-Direito, da constatação de que quem tem poder tende a dele abusar, sendo o melhor antídoto dessa inevitável propensão a divisão do poder ou de suas funções (legislativa, executiva e judiciária) entre vários detentores, de modo a que uns controlem os outros, num sistema de freios e contrapesos, limitando-se o poder pelo próprio poder. Com a conjunção dos consecrários da soberania popular e da tripartição do exercício do poder, a atividade administrativa centralizada no Poder Executivo se cingirá estritamente a cumprir a vontade normativa, expressão da vontade geral, fixada na Constituição e leis (emanadas do órgão criado na CF para legislar e de acordo com rito aí definido para sua criação).

Ainda mais: a lei não vincula a Administração apenas negativamente, como acontece ao particular, que tudo pode fazer se não proibido pela norma legal. Vincula-a positivamente: os atos do Poder Público devem ser por ela permitidos ou autorizados.

Não há espaço em branco na lei que a Administração possa livremente preencher, em atuação livre de conformação jurídica. A consequência irrogada ao comportamento administrativo *contra legem* ou *praeter legem* é semelhante, cifrando-se na nulidade plena de que o ato se macula, ao contrário da conduta do particular, que só comporta essa solução em caso de contradição com a lei.

Dessa peculiaridade de aplicadora de ofício de dispositivos legais, de plano representativos de interesses públicos ou coletivos relevantes, revela-se

claramente o papel precípua da Administração: o de curadora de interesses alheios, que não são dela nem definidos por ela, mas da sociedade e estipulados mediante seus representantes no Poder Legislativo.

Há para os agentes estatais uma finalidade a ser buscada - a legal - cujo cumprimento classifica-se de função, pois deve ser obrigatoriamente atingida (dever), em benefício de outrem, os administrados. No fito de desincumbir-se de seus misteres, defere-se àqueles competências e poderes, de que não podem dispor a seu alvedrio, porque o exercício delas se vota completamente à implementação do dever legal de satisfazer necessidades da comunidade, não dos instrumentalizadores do poder.

Por conseguinte, o poder, não importando se discricionário ou vinculado, é sempre o instrumento secundário, isto sim, do dever de alcançar um escopo legal e dessa baliza não se afasta. A discricionariedade ou a vinculação do ato não divergem na submissão ou não à lei, já que ambas lhes são firmemente obedientes, mas se separam em relação ao modo peculiar pelo qual a lei regula o exercício das duas.

3. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

A atuação do ente administrativo é vinculada quando a norma a ser aplicada predetermine em abstrato o único comportamento a ser tomado nos casos concretos, estando o fato típico condicionador da incidência da regra e o mandamento que a ele se associa de antemão descritos integralmente, sem dar azo a dúvida quanto a seu reconhecimento.

Ao reverso, é discricionária em face da maneira como a regra legal regeu o ato administrativo, permitindo ao agente apreciação subjetiva sobre o que fazer, gerando pelo menos mais de uma opção de como agir na espécie, não havendo critério puramente objetivo a apontar a providência ou providências corretas a tomar, ou deixando que escolha alguma mediante juízos de conveniência ou oportunidade.

A discricionariedade é ensejada em um dos momentos de produção do fenômeno jurídico, desde a elaboração da norma até sua efetivação no mundo prático. Basta que a hipótese de incidência não seja desenhada com detalhes ou os conceitos que a definam sejam fluidos para facultar a multivocidade de aplicações razoáveis. Produz-se discricionariedade também no núcleo do mandamento, abrindo ensanchas a que, embora delineada objetivamente a *fattispécie*, o administrador decida se aplica ou não a norma, ou escolha o instante certo de aplicá-la, ou lhe confira margem de escolha na forma sob que se revestirá o ato, além de autorizá-lo a selecionar entre duas ou mais alternativas de atos a

que melhor amoldar o caso concreto. Acabam-se aqui as variantes elencáveis de discricionariedade.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, cabível o despontamento de discricionariedade, ao lado das cogitações acima, na finalidade da norma, inteligência esta em descompasso com a hegemonia doutrinária. Na verdade, a imprecisão de expressões vagas como "moralidade pública" interfere na percepção do momento da ocorrência do pressuposto fático. Exemplifique-se com a seguinte norma. "Será expulso da praia o banhista que usar roupas indecorosas". A incerteza quanto ao fato reside efetivamente na qualificação valorativa que o envolve: a indecorosidade é sinônimo de imoralidade, protegendo a norma e a moralidade pública de uma dada época. Antes de saber o que é indecoroso, o administrador se debruçará sobre a noção da finalidade albergada na norma: o conceito de moralidade pública.

4. PODER REGULAMENTAR: NATUREZA

Poder regulamentar, para os fins estreitos desse estudo, é a competência da Administração de emanar atos normativos, ou seja, de caráter genérico e abstrato, para que uma lei possa ser executada e surta eficácia concreta. Na nossa opinião, só o regulamento estritamente necessário a preencher as condições de plena aplicabilidade da lei é que merece esse nome. Lei que não demande complementação normativa e contenha em si todos os requisitos de produção dos efeitos que lhe são inerentes dispensa regulamentação, acarretando a inocuidade do regulamento porventura feito ou a sua anulação, se em algo pretender, mesmo indiretamente, alterá-la.

Há uma escola que faz repousar o fundamento jurídico do poder regulamentar na atribuição originária e discricionária de que são portadores os órgãos da Administração. Dimanaria a prerrogativa da natureza ínsita da administração como aplicadora dinâmica da lei, prescindindo-se de delegação legislativa.

A que lhe é oposta, contrariamente, compreende a atribuição regulamentar como uma competência derivada e concebida como autêntica legislação, que seria, em princípio da órbita do Legislativo, não fosse a delegação deferida em sede constitucional ou legal ao Executivo, a primeira, genérica, a segunda, específica, restrita à matéria versada em cada lei e prevista expressamente.

A doutrina da competência originária é a que visamos essencialmente criticar, devido aos inúmeros abusos administrativos perpetráveis licitamente, se o exegeta a adotar, como veremos adiante. Com efeito, ela retroage aos princípios do direito administrativo monárquico, incinerando o dogma da rígida separação de poderes

bem assim o da subordinação completa da Administração ao quadro normativo, da lei. Ora, competência administrativa não oriunda de fundamento legal ou constitucional expresso, com o oferecimento ao agente público, apenas por exercer poder de liberdade em tudo que a lei não proibir, equivale a retirar-lhe todas as peias garantidas pelo regime democrático, pois ao legislador eleito pelo povo ficaria impraticável gastar tempo integral em editar normas constritoras e proibitivas dos exageros do Leviathan. De fácil simulação a realidade nesse cenário jurídico kafkiano; duas ordens normativas contraditórias duelariam pela interferência na vida privada, uma baseada no princípio da autoridade, outra, a do legislador eleito, externaria os últimos suspiros da representatividade popular.

A nosso ver, o fundamento da atribuição regulamentar fixa-se em pedestal superior ao legal, na Constituição Federal, em um de seus corolários primordiais: o da própria tripartição de poderes, dele se podendo deduzir para a generalidade dos órgãos administrativos encarregados de fazer cumprir as leis atinentes ao exercício de suas competências. Se ao Executivo ficou reservada a tarefa precípua de executar os mandamentos legais, a que não cabe se furtar e o legislador, em sua faina, elabora lei inexecutável sem complementação normativa, a possibilidade de regulamentação provocaria dupla violação à CF, a uma, pela negação de vigência e aplicabilidade de lei regulamente promulgada, a duas, pela castração da finalidade-mor da Administração, a concretização do interesse público, tão somente localizado na lei ineficaz. Infere-se, portanto, que o preceito da tripartição de poderes coloca claramente a competência regulamentar a serviço dos órgãos administrativos no cumprimento de suas peculiares funções. Além dessa competência genérica, estatui a Carta Magna duas específicas: a do Presidente da República, no tocante à regulamentação para a fiel execução de qualquer lei saída do Congresso Nacional e a dos Ministros de Estado, no que tange à expedição de instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos (respectivamente, art. 84, inc. IV e art. 87, inc. II).

Bem vê-se que inexiste margem de discricionariedade estendida ao administrador encarregado de exercer competência regulamentar. Esta delinea seus contornos exaustivamente no Estatuto Político. Diga-se, de passagem, que certa e determinada lei está também apta a criar em seu bojo competência regulamentar e deferi-la a um órgão individualizado em detrimento dos demais, se não desbordar do âmbito legal de suas competências.

Resumindo: no ordenamento brasileiro, há três fontes que autorizam o exercício de poder regulamentar:

a) uma, constitucional genérica (art. 2.º CF), que se materializa no órgão a que o ordenamento incumbiu a aplicação da lei sob mira, independente de autorização nela ou em outra expressa;

b) a segunda, desdobrável em duas específicas, também constitucionais, a do Presidente, englobadora de quaisquer leis e a dos Ministros de Estado, relativa unicamente às leis que tragam assunto próprio de suas pastas;

c) a terceira, legal, em cada lei que pugnar expressamente por sua regulamentação, se o órgão escolhido não repugnar ao quadro geral de competências antes demarcado.

Note-se, então, que o exercício de função regulamentar não comporta discricionariedade. À hipótese objetiva de existência de brechas na lei, que inviabilizem sua aplicação ao caso concreto pela Administração, e só aí, a Constituição ou a lei ordenam taxativamente ao agente estatal que desempenhe atividade normativa e a complemente, nos exatos termos e limites permissivos da eficácia dos fins inspiradores de sua criação. Nada mais e nada menos, sob pena de poda dos excessos ou complementação obrigatória do que falta. Não se venha argumentar com a obscuridade ou ignorância da autoridade responsável no respeitante a saber quais dispositivos merecem complementação e quais não e como será ela. Mesmo que falte critério objetivo para estipulá-los, impedindo delimitar a específica regulação ideal, em conteúdo e extensão, o que é difícil de conceber em se tratando do cotejamento de normas positiva e objetivamente cristalizadas, é cediço que esse resto de discricção (ver n.º 1 e 2) terá de ser objeto do dever discricionário de colmatação, que cumpra a função da Administração de atingir fins alheios a ela em si considerada (como organização composta de indivíduos funcionários), mediante o adimplemento à lei, supostamente arraigada de interesses da comunidade. Ou melhor: há vinculação, em qualquer caso, na decisão de exercer ou não competência regulamentar, não restando margem à vontade do administrador quanto a pô-la ou não em prática. Retiradas essas asserções da investigação teórica, impende vertê-las na vida.

5. CASO CONCRETO

A Lei 6.874, de 3.12.80 determinou, em inovação à ordem legislativa, que as empresas exploradoras de serviços de telecomunicações editassem catálogos telefônicos através de contratos com empresas especializadas, mediante processo licitatório a ser descrito em regulamentação do Ministério encarregado.

Depois de prazo razoável, nada tinha sido providenciado, criando sérias dificuldades para as concessionárias de serviços telefônicos, que necessitam da atualização periódica da lista de assinantes no sentido de prestarem eficientemente o serviço.

Escorado no estudo feito acima, fica evidente que a Administração não goza de um tico de liberdade ou discricionariedade para revestir de licitude a

omissão da regulamentação determinada em sede legal. *In casu*, não é propriamente a ordem legislativa e o seu descumprimento continuado que caracterizam o abuso e desvio de poder, mas a constatação de que a real falta de regulamentação do procedimento licitatório vem pondo em xeque parte da eficácia da lei, cuja execução é tarefa constitucional da Administração, e a sua finalidade legal, a continuidade de prestação eficiente do serviço público, pela qual impõe-se, no exercício de função, pugnar. O seu poder de emanar ou não o regulamento adere, não à vontade de quem o exerce, e sim, ao atendimento do interesse dos usuários do serviço. Se, para tanto, urge que seja editado o regulamento, a omissão desborda dos lindes da legalidade e é remediável através de mandado de segurança, a desembocar em sentença mandamental que ordene a imediata feitura do ato abusivamente sonegado em face da Constituição. Não aceitar tal interpretação seria condenar, em despropósito flagrante, a eficácia dos comandos legislativos à chancela do Executivo, em contrariedade absurda ao princípio democrático e ao da separação de poderes. Isso não exclui o processamento da autoridade por crime de responsabilidade e a cobrança de danos patrimoniais em sede hábil.

6. BIBLIOGRAFIA:

1. Gasparini, Diógenes - "Poder Regulamentar", RT, SP, 1982.
2. Meirelles, Hely Lopes - "Estudos e Pareceres de Direito Público", vol. VII, RT, SP, 1983.
3. Mello, Celso Antônio Bandeira de - "Discricionariedade e Controle Jurisdicional", Malheiros, SP, 1992.
4. Enterria, Eduardo Garcia de e Fernandez, Tomás-Ramón - "Curso de Direito Administrativo", RT, SP, 1991.
5. Cléve, Clémerson Merlin - "Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.

DO DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO POR INTERESSE EXCLUSIVO DO PARTICULAR

ANDRÉA PONTE BARBOSA

Procuradora do Município de Fortaleza

SUMÁRIO; I - Introdução; II - Anulação do Ato Administrativo; III - Revogação do Ato Administrativo; IV - Conclusão; V - Referências Bibliográficas.

I- INTRODUÇÃO:

Nossa exposição objetiva, substancialmente, averiguar a possibilidade de a Administração Pública revogar, a pedido do particular, um ato administrativo por ela emanado a requerimento daquele e em seu benefício, inobstante ter o ato reunido os elementos suficientes à sua validade, tornando-se perfeito e eficaz.

Cumprido esclarecer que estes questionamentos nos interessaram a partir da análise de um processo administrativo no qual um servidor aposentado solicitou a anulação ou revogação da averbação, por ele requerida e levada a efeito pela Administração, de um tempo de serviço prestado a outro órgão. Alegou, para tanto, que o período laboral averbado findou revelando-se desnecessário para sua aposentação por haver ele, após, implementando o tempo exigido em lei.

Revogação e anulação são modos de desfazimento do ato administrativo que não se confundem, nem podem ser empregados indistintamente. A esse respeito é a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Como vemos, é comum a preocupação dos juristas em que a Administração, no afã de defender os interesses da coletividade, não despreze os direitos adquiridos pelo particular. É nesse sentido que, usualmente, são analisadas as hipóteses de revogação de um ato administrativo, impondo freios à atuação do poder público. A matéria aqui desenvolvida distingue-se por não ser usual que o interesse na revogação do ato administrativo transfira-se ao particular por ele beneficiado.

II-ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Anulação é o desfazimento de um ato administrativo ilegal ou ilegítimo pela Administração ou pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o ato só pode ser declarado nulo se lhe faltar em requisitos substanciais ou se ferir princípios de direito, porque é com base neles que se pratica o ato. Sendo, entretanto, o ato administrativo perfeitamente acabado e plenamente eficaz não cabe a aplicação de sua nulidade. Um ato que reúne todos os elementos necessários à sua executibilidade e que produziu seus regulares efeitos, torna-se um ato perfeito, legal, insusceptível, portanto, de ter decretada a sua anulação.

Oportuno invocar o autorizado juízo de Henrique Carvalho Simas, in Manual Elementar de Direito Administrativo, 3.ª ed. Liber Juris, ps. 137 e 138.

“O ato administrativo pode ser encarado tanto sob o aspecto da legalidade ou legitimidade, como sob o aspecto do mérito ou merecimento. Assim, ele se extingue, se desfaz, é eliminado, tendo em vista esses dois aspectos. Daí também existirem duas formas diferentes de desfazimento dos atos administrativo, quanto à legalidade e quanto ao mérito: a anulação e a revogação.

A anulação consiste no desfazimento, na extinção, na eliminação do ato administrativo, atendendo-se a considerações relacionadas como a sua legalidade. Se o ato administrativo, que gravita em torno da lei quanto aos seus elementos constitutivos, dela discrepa, este ato será nulo, destituído de validade jurídica e, conseqüentemente, ineficaz”.

De tudo isto, concluímos que não se há de falar em anulação de um ato perfeitamente legal e legítimo. Analisaremos a seguir a possibilidade de revogação a pedido do particular de um ato administrativo emanado em seu favor.

III-REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Conforme os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 16.ª ed., RT, p. 179, “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração - e somente por ela - por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mais inconveniente ao interesse público”.

Assim, a Administração Pública não deve fazer uso de sua faculdade de extinguir um ato administrativo, senão quando o interesse público o exige. A inconveniência do ato, neste caso, deve necessariamente atingir a própria Administração. Um ato administrativo inoportuno e inadequado somente ao particular e que em nada aflige o ente público não há que ser revogado.

Por outro lado, consoante o artigo do insigne Carlos Ari Sundfeld, “Discriminabilidade e Revogação do Ato Administrativo”, in Revista de Direito Público n.º 79, p. 132 e ss, sendo o ato administrativo válido, perfeito e eficaz, torna-se ele irrevogável, desde que mantidas as condições que o produziram ou se os motivos alegados para retirar uma autorização já eram conhecidos quando concedida esta. Se o ato for válido, terá alcançado a finalidade pública. A revogação que dispõe contrariamente a este ato, não pode atender à mesma finalidade. Tal revogação, portanto, atentaria contra o interesse público.

Disciplinando igualmente a espécie, Manuel Maria Diez, em seu “El Acto Administrativo”, 1956, ps. 242 e 243, preconiza:

“A mudança no estado material das coisas justifica a revogação do ato apenas quando se produz mutação na valoração concreta do interesse público que se fazia no momento do ato. A divergência superveniente será juridicamente relevante em função exclusiva do interesse público. A simples alteração do estado de fato, imperante no momento de editar-se o ato, não tem influência de espécie alguma se não se modifica a avaliação do interesse público”.

O *modus procedendi* da Administração face ao administrado mudou consideravelmente depois da superação do Estado Autocrático por um Estado de Direito. A experiência histórica ensinou que uma larga margem de poder autônomo, limitado unicamente pelos critérios de justiça do detentor, favorecia antes o esmagamento e impotência do subordinado face à vontade egoísta do mandante, do que o atendimento desinteressado do pleito justo do cidadão. Para o homem comum, é preferível um órgão administrativo de que se conheça mais ou menos antecipadamente a atuação, com base em um critério objetivo, que não desça à equidade de cada caso concreto, do que um poderio ilimitado e pleno de surpresa e insegurança, que ora se sensibiliza com o direito de uns, ora despreza o direito de outros, isto muito mais do que aquilo.

As idéias liberais partiram do fundamento de que é melhor um Estado menos imponente, supostamente de todos e de ninguém, do que um Estado de um só ou de um grupo e de ninguém mais. Surgiu aí a teoria de um aparelho de poder controlado pelos Próprios destinatários de seus comandos, consubstanciados na lei como presumível emanção do querer coletivo, gerada na realidade por uma assembléia dos mais diversos e fragmentários estratos sociais, nem sempre representativos dos anseios do grupo. Com efeito, um Estado manietado pela ficção invertebrada da lei perde a liberdade de fazer justiça em um caso especial. Mas os administrados ganham a segurança de que nenhuma injustiça será praticada a não ser que prevista em lei. Um Executivo servo da mediocridade do legislador, acarreta, na média, bem menores malefícios do que a magnanimidade de um rei todo poderoso, sujeita à volubilidade da natureza humana e não à voz de

anjos do céu, muito longínqua para ser escutada na Terra.

Na espécie em comento, os princípios de atuação do administrador num Estado de Direito que o obrigam a fazer o que está na lei e nada além dela impedem que ele revogue ato válido em atenção a interesse justo de particular, mesmo que a revogação não atinja o interesse público. Isso porque a Administração, no Estado de Direito, por prudência histórica, deve se ater à inércia, quando nenhum interesse público está em jogo. Motivo sólido de tanta precaução é evitar abrir qualquer margem de liberdade para que o detentor da competência fique estimulado a proteger tantos interesses particulares, que esqueça dos públicos. Ou pior: que passe a confundir os seus interesses particulares, as suas metas individuais de justiça, ou de seus apaniguados, com os da sociedade inteira, favorecendo aqueles em detrimento destes. Conclui-se que é melhor preservar o rigor igualitário da lei em todas as situações, inobstante a injustiça perpetrada isoladamente, do que afrouxar os mecanismos legais devotados a afastar a injustiça constante que adviria de um poder amplamente discricionário, incitador do arbítrio do agente usuário.

Acresce que, sendo incabível anular-se ato plenamente válido e eficaz, a revogação, única figura que sobra para desfazer atos administrativos, não seria capaz de satisfazer aos reclamos do particular, posto que sua eficácia seria *ex nunc*, não retroagindo à época da averbação para, como em passe de mágica, fazer de conta que os anos excedentes do prazo mínimo de aposentadoria não foram empregados na formação e concessão do ato de afastamento do servidor. Assim preleciona Seabra Fagundes:

“A revogação opera da data em diante (*ex nunc*). Os efeitos que a precederam, esses permanecem de pé. O ato revogado, havendo revestido todos os requisitos legais, nada justificaria negar-lhe efeitos operados ao tempo de sua vigência” (*Apud* Hely Lopes Meirelles, *op. cit.* (Bibliografia), p. 180).

Ressalte-se, por fim, a lição de Paula da Costa Manso, em “Revogação dos Atos Administrativos”. Revista de Direito Público n.º 31, 1974, RT;

“São ainda, insusceptíveis de revogação atos cujos efeitos já se extinguiram; atos exercidos em tempo certo, preparatórios de um provimento já emanado ou os que se exaurem de um só vez, transformados seus efeitos jurídicos em operações materiais” (grifado).

Procedendo a um parâmetro entre o texto acima reproduzido e a matéria em baila, temos que o ato de averbação, além de ser um ato meramente preparatório de um provimento já emanado (concessão da aposentadoria ao servidor), teve seus efeitos extintos pela aposentação definitivamente deferida. A partir deste momento, o instrumento, ao atingir sua finalidade, esgotou toda e qualquer potencialidade de atuação, integrando, sem volta, o ato principal da aposentadoria e perdendo o caráter subsidiário que tinha de simples averbação.

IV - CONCLUSÃO

No caso concreto por nós ventilado, ao solicitar a averbação de seu período laboral, o servidor estava ciente de quais efeitos iria este ato produzir, conhecia, por certo, quando e porque estes efeitos se concretizariam. A averbação por ele solicitada só se tornou desnecessária por ter ele continuado a desempenhar suas funções, mesmo já tendo implementado o tempo suficiente à sua aposentadoria. Não houve mudanças nas condições que produziram o ato. Ocorre que o servidor poderia ter utilizado um direito subjetivo seu e, por motivo de foro íntimo, não o utilizou.

A Administração Pública estava inerte e foi movimentada pelo particular a fim de lhe reconhecer um direito previsto em lei. Para tanto, o ente público investigou se todos os requisitos para a feitura do ato de averbação estavam presentes e julgou ser de interesse público proceder a este ato. Levando em consideração que a revogação é a exclusão de um ato inconveniente ao interesse público, proceder à revogação desta averbação, sem que tenham se modificado as condições que a produziram, equivale a reconhecer que, à época da feitura do ato, era inconveniente ao interesse público, o que não seria verdade. Impossível, portanto, esta revogação.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. SIMAS, Henrique de Carvalho. Manual Elementar de Direito Administrativo. 3.ª ed. Liber Juris.
2. MEIRELLES Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 16.ª ed. RT.
3. SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionabilidade e Revogação do Ato Administrativo. Revista de Direito Público n.º 79. p. 132 e ss.
4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4.ª ed. Malheiros Editores.
5. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. FERNANDEZ, Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. RT. 1.ª ed.
6. DIEZ, Manuel Maria El Acto Administrativo, 1956.
7. MALACHINI, Edson Ribas. Ato Administrativo, Juruá Editora Ltda.
8. MANSO, Paulo da Costa. Revogação dos Atos Administrativos. Revista de Direito Público n.º 31, 1974, RT.

INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA FACE A EXISTÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Maria Lindáuria de Lima Nascimento
Procuradora do Município e Mestranda em direito pela UFC

I-INTRODUÇÃO

Contribuição de melhoria é uma espécie de tributo que tem como fato gerador a valorização do imóvel do contribuinte, decorrente da realização de uma obra pública.

Desapropriação por zona, para Maria Sylvia Zanella de Pietro, é modalidade de desapropriação por utilidade pública prevista no artigo 4.º do Decreto-lei n.º 3.365, caracterizando-se por abranger: a) a área contígua necessária ao desenvolvimento posterior da obra a que se destine ou; b) as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço. (grifo nosso)

Muitos doutrinadores entendem que o artigo 4.º do decreto supra mencionado é parcialmente inconstitucional, pois no que tange à desapropriação das zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização de serviços públicos, entram em choque com o disposto no artigo 145, III da Constituição Federal que trata da contribuição de melhoria e tem por fim exatamente coibir que particulares tenham seus imóveis excessivamente elevados à custa da realização de obras públicas.

Dada a importância da questão teceremos algumas considerações acerca do assunto.

II- TRIBUTOS

2.1 - CONCEITO DE TRIBUTO

Embora o conteúdo essencial das normas jurídicas seja regular o comportamento humano, o Código Tributário Nacional traz em seu artigo 3.º a conceituação de tributo. Isto, porque existia grande divergência doutrinária em relação ao conceito de tributo.

Conforme o artigo 3.º do CTN "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela possa se exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Sendo o tributo uma das fontes de recursos financeiros

para o Estado realizar o bem-comum haveria de ser realmente uma prestação pecuniária e em moeda para facilitar a consecução de seus objetivos.

A compulsoriedade decorre do fato de o tributo nascer da vontade da lei e não das partes, o que constitui elemento essencial do tributo, e o diferencia de outros tipos de receitas.

Quanto à admissibilidade da prestação em moeda ou cujo valor nela possa se exprimir, a regra é que a prestação tributária será satisfeita em dinheiro não se admitindo prestação *in natura*. Contudo em "circunstâncias especiais, é possível a satisfação da obrigação tributária mediante a entrega de bens outros cujo valor possa ser expresso em moeda". (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 6.ª ed., Forense, pág. 24)

A expressão "que não constitui sanção de ato ilícito" é de fundamental importância na conceituação de tributo. Muitos autores fazem um paralelismo entre tipicidade e hipótese de incidência, porque a figura legal do crime é mera descrição hipotética, assim como a hipótese de incidência tributária. Quanto a isto, não há dúvida. Entretanto, vale salientar que "tributo se distingue da penalidade exatamente porque esta tem como fato gerador um ato ilícito, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito". (1)

Baseado na assertiva de que o tributo é sempre algo lícito, muitos entendem que não se deve tributar os rendimentos provenientes de atividades ilícitas. O que não é correto nem tam pouco justo. Não é correto porque neste caso a hipótese de incidência prevê como fato gerador a renda, logo existindo disponibilidade econômica a hipótese de incidência se concretiza.

O que não pode ocorrer é a hipótese de incidência prever como fato gerador do imposto de renda uma atividade ilícita. Assim, pondera o mestre Hugo de Brito Machado, "é necessário que ocorra aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos de qualquer natureza. E isto é suficiente. Nada mais há se de indagar para que se tenha como configurado o fato gerador do tributo em questão". (2)

Instituída em lei, significa que a prestação só poderá ser exigida mediante lei, constituindo assim outro aspecto do tributo que é a questão da legalidade, princípio constitucional segundo o qual a Constitucional Federal garante ao contribuinte a cobrança do tributo só por lei.

"O princípio da legalidade, outrossim, é a forma da preservação da segurança. Ainda que a lei não represente a vontade do povo, ... ainda assim, tem-se que o ser instituído em lei garante maior grau de segurança nas relações jurídicas". (3)

Celebrada em atividade plenamente vinculada significa dizer que a autoridade administrativa tem que se atrelar às disposições legais, não podendo,

portanto, ao seu juízo pessoal, preencher aquilo que a lei deixar indeterminado.

2.2- NATUREZA DA RELAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO

Tendo o Estado por escopo a realização do bem comum, desenvolve diversas atividades, entre as quais uma tendente a buscar meios financeiros para custear o exercício das demais, identificada por atividade financeira. Nesta, destaca-se a figura do tributo como receita pública cujo vulto é expressivamente notório frente às outras receitas. Sua aquisição deriva do poder estatal sobre a vontade dos particulares.

Note-se que a exigência do tributo decorre da faculdade de que dispõe o Estado de usar "o monopólio da coação física legítima" sobre os particulares que não participam em primeiro plano, para a concreção impositiva do estado. A soberania estatal no campo financeiro retrata o próprio poder fiscal do Estado e atribui-lhe força para colher do meio social o *quantum* tributário, mensurado pelo Estado, necessário ao implemento do bem comum.

É evidente que o poder de tributar do Estado é projeção do "jus imperi" no campo tributário, conferindo-lhe força para exigir o tributo. Contudo, não se pode olvidar, na efetivação do fenômeno financeiro do Estado, que essa exigência impositiva, por outro lado é produto de uma conduta regrada, isto é, de um procedimento previsto em normas que regulam tanto o comportamento do Estado como o do particular. O Estado, ao tributar, recebe o limite da legalidade, imprescindível à própria existência do ente tributário. Conseqüentemente, a relação estabelecida entre Estado e particular não se desenvolve somente sobre o influxo do poder cogente absoluto do Estado, mas também é visivelmente produto de uma relação cuja origem advém do comando normativo editado pelo Estado para seguimento obrigatório por todos, inclusive por si próprio.

Serve-se, assim, o Estado da lei para exigir o tributo, evidenciando o caráter jurídico da relação então estabelecida entre este e o particular. Dívida não há, desta feita, do caráter normativo do poder de tributar, favorecendo a ilação de que a tese que sustentou ser atividade impositiva do Estado produto apenas do "jus imperi", cede lugar à natureza visivelmente jurídica da relação que envolve Estado e particular no mister tributário. Impõe-se ao Estado e particular a orientação normativa quanto ao fenômeno da tributação, existindo, portanto direitos e deveres acatáveis por ambos. Ao particular, cabe obediência às normas tributárias que albergam a prescrição do dever jurídico tributário, vinculando-o ao adimplemento do objeto da relação tributária ao Estado, que, por sua vez está impedido de exigir o tributo e a praticar demais atos instituídos no interesse da arrecadação e fiscalização tributária em compasso com o comando normativo emanado do legislativo.

2.3 - CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS

A Constituição Federal, no artigo 145 e seus incisos, classifica os tributos em impostos, taxas e contribuição de melhoria, mas, doutrinariamente, o entendimento é no sentido de que o artigo referido é apenas exemplificativo, pois a própria Constituição Federal traz outras espécies de tributos, tais como as contribuições sociais e empréstimos compulsórios.

IMPOSTO - é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. (CTN, artigo 16)

Diz a Constituição Federal:

"Artigo 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - Imposto;"

Os impostos da competência das entidades tributantes supramencionadas estão arrolados nos artigos 153 ao 156 da Constituição Federal.

Ressalte-se, que a competência da União nesta matéria é explícita e residual, pois o artigo 153/CF especifica os impostos da União e o artigo 154, CF diz que "a União poderá instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios do discriminados nesta Constituição".

TAXA - é um tributo arrecado "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e indivisíveis, prestados ao contribuinte ou posto a sua disposição". (artigo 145, II/CF).

Bernardo Ribeiro de Moraes aduz que "taxa é a prestação pecuniária compulsória que, no uso de seu poder fiscal e na forma da lei, o poder público exige em razão de atividade especial dirigida ao contribuinte.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Giannini para quem "taxa é a prestação pecuniária exigida compulsivamente pelo Estado e relacionada com prestação efetiva ou potencial de uma atividade de interesse público relativamente ao obrigado". (4)

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - "é um tributo vinculado, cujo fato gerador é a valorização do imóvel do contribuinte, decorrente de obra pública". (5)

Conforme o artigo 145, inciso III da Constituição Federal, a contribuição de melhoria decorre de obras públicas, logo é um tributo vinculado, porque o que dá ensejo ao Estado cobrá-lo é a realização de uma atividade estatal.

Tributo que se integra na competência cumulativa da União, dos Estados,

do Distrito Federal e Municípios, tendo em vista que qualquer uma destas entidades tributantes poderá cobrá-lo.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - para Zelmo Denari "são espécies tributárias sui generis, distintas dos impostos, taxas e da contribuição de melhoria". (6)

EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS - prescrevem Vittorio Cassone e Dejalma de Campos:

"Os empréstimos compulsórios dos incisos I e II do artigo 148 da CF/88, são de natureza tributária, não se aplicando, quanto ao inciso I, o princípio da anterioridade". (7)

III - BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DESAPROPRIAÇÃO

3.1 - CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO

A Constituição Federal garante o direito de propriedade, mas estabelece também como um dos direitos fundamentais que a propriedade deverá atender a sua função social. Assim, entendia o saudoso **HELIO LOPES MEIRELLES** que a "desapropriação é a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis como o bem-estar da coletividade". (8)

Para **MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO** "desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por uma indenização". (9)

No mesmo sentido é o conceito dado por **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO** segundo o qual "desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundada em um interesse público". (10)

3.2 - CLASSIFICAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 diz que:

ARTIGO 5.º, XXIV "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;"

ARTIGO 184 "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 20 anos, a partir do segundo ano de emissão, e cuja utilização será definida em lei."

Em face do exposto nos dois artigos supracitados, o professor **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO** diz que existem dois tipos de desapropriação. Uma que se chama ordinária, fundamentada no artigo 5.º, XXIV e a outra extraordinária, que tem por fundamento o artigo 184 da Constituição Federal.

Desapropriação ordinária é aquela que é feita por necessidade pública, utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Já a 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.

Em virtude da desapropriação ordinária abranger situações que se fundamentam em leis distintas, muito embora o regime jurídico seja o mesmo, **ADILSON DE ABREU DALARI** complementou a classificação subdividindo a desapropriação ordinária em três espécies: desapropriação por utilidade pública, que abrange os casos previstos no artigo 5.º do Decreto-Lei N.º 3.365, desapropriação por zona, artigo 4.º do retrocitado Decreto-Lei e a desapropriação por interesse social, que abrange os casos previstos no artigo 2.º da Lei N.º 4.132.

3-3 - DESAPROPRIAÇÃO POR ZONA

"Desapropriação por zona é a desapropriação de uma área maior que necessária à realização de uma área ou serviço por abranger uma zona contígua a ela, tendo em vista ou conservá-la para ulterior desenvolvimento da obra ou revendê-la, a fim de absorver a valorização extraordinária que receberá em decorrência da própria execução do projeto". (Celso Antônio B. de Melo, Elementos da Direito Administrativo, pág. 277, 2.ª Edição).

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, desapropriação por zona é modalidade de desapropriação por utilidade pública prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 3.365, caracterizando-se por abranger: a) a área contígua necessária ao desenvolvimento posterior da obra a que se destine ou; b) as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço.

Conforme se pode observar, há dissonância quanto à classificação da desapropriação por zona entre o entendimento de **ADILSON DE ABREU DALARI** e **MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO**. Para o primeiro, a desapropriação por zona é uma espécie de desapropriação, assim como a desapropriação por utilidade pública; para a segunda, a desapropriação por zona é modalidade de desapropriação

por utilidade pública.

IV - INCONSTITUCIONALIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REVENDA FACE A EXISTÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - "é um tributo vinculado, cujo fato gerador é a valorização do imóvel do contribuinte, decorrente de obra pública".

O citado tributo tem como fundamento evitar o enriquecimento injusto auferido pelo proprietário do imóvel em razão de uma obra pública custeada por toda coletividade.

"Ressalte-se que, como leciona Pontes de Miranda, o adjetivo injusto ou injustificado é empregado no sentido moral e não de direito". (11)

Eis a razão porque se reconhece como legítima a arrecadação de recursos financeiros, limitada, obviamente, aos proprietários de imóveis beneficiados com a realização da obra pública.

Vale salientar que a cobrança de tal tributo deve ater-se aos requisitos legais prescritos no artigo 82, parágrafos 1.º e 2.º do CTN.

Assim, as entidades tributantes não têm competência plena para cobrar o aludido tributo, pois, de conformidade com o parágrafo primeiro do artigo 82 do CTN para a cobrança de tal tributo devem ser atendidas duas limitações: a) o custo da obra que deverá ser rateado pelos que foram beneficiados com a realização da obra pública; b) a proporcionalidade do rateio deve ser feita em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

Em face do mencionado dispositivo legal, o critério da simples repartição do custo da obra pela testada dos imóveis beneficiados constitui uma ilegalidade e também uma injustiça, vez que o pequeno proprietário pagaria o mesmo valor que o proprietário de um imóvel suntuoso e assim a contribuição de melhoria estaria em desacordo com o seu fundamento. Dessarte, ao tempo em que o Estado se desincumbir desse ônus, estará perpetrando uma injustiça para com os pequenos proprietários em prol dos ricos.

Nesse sentido, estão em consonância a doutrina e a jurisprudência.

Entendimento jurisprudencial:

"Contribuição de Melhoria - critério da simples repartição do custo da obra pela testada dos imóveis beneficiados - Inadmissibilidade - Inobservância dos preceitos legais atinentes à espécie-Sentença confirmada em grau de reexame necessário. Tratando-se de contribuição de melhoria, a adoção de critério da simples repartição do custo da obra pela testada dos imóveis beneficiados e a inobservância dos preceitos legais atinentes à espécie sentença confirmada em grau de reexame necessário. Tratando-se de contribuição de melhoria a adoção de

critério da simples repartição do custo da obra pela testada dos imóveis beneficis e a inobservância dos preceitos legais atinentes à espécie tornam ilegal o lançamento do tributo e conseqüentemente inviável a sua exigência". (Ac un da 3.ª C. civ. do TA PR-RN 0/860 Rel. Juiz Tadeu Costa).

Dada a dificuldade que se tem para determinar o quantum da valorização do imóvel em decorrência da obra pública, Luiz Emydio F. da Rosa Júnior acha que a contribuição de melhoria é de pouca utilização entre nós. Assim, também entendia Geraldo Ataliba, pois para ele "o princípio não tem conhecido aplicação entre nós. Dificuldades técnicas, ignorância, preceitos, interesses subalternos e outros fatores têm impedido a concretização do princípio no Brasil. Parte destes motivos se reflete e se traduz na própria legislação existente, que torna impossível a correta aplicação da contribuição de melhoria". (12)

Em vista da dificuldade enfrentada para a aplicação da contribuição de melhoria, o poder público tem utilizado a lei de desapropriação vigente para atingir o objetivo que não se tem conseguido com o aludido tributo.

ARTIGO 4.º DO DEC. LEI N.º 3.365:

"A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em conseqüência da realização do serviço. Em qualquer caso, a desapropriação de utilidade pública deverá compreendê-la, mencionando-se quais as indispensáveis a 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 conseqüência da realização do serviço, é inconstitucional, porque entra em choque com o artigo 145, III da Constituição Federal. Dado o princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei terá validade quando contrariar dispositivo constitucional.

Seabra Fagundes não nega a importância do Instituto da desapropriação por zona, mas, no tocante à desapropriação de "zonas que se valorizam extraordinariamente em conseqüência da realização do serviço", acha que seja inconstitucional pelo fato de ser inconciliável com o artigo 5.º, XXIV da Constituição Federal. Embora haja utilidade pública não se concilia com aquilo que autoriza o poder expropriatório. Segundo Seabra Fagundes, "o enunciado de cláusula constitucional não se relaciona com o custeio de obras ou serviço, que para tal os fundos hão de provir de tributação. Nem se relaciona também com o combate de especulação imobiliária, que a esse propósito atende o Poder de polícia, inclusive através da jurisdição impositiva manipulada no interesse de reprimir abusos com o gravame das atividades ou operações abusivas".

Pontes de Miranda também aderiu à corrente daqueles que acham inconstitucional a desapropriação para revenda pelo poder público, de zonas que

ficaram extremamente valorizadas em virtude do serviço público.

"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 permite que se incluam as zonas que se valorizarem extraordinariamente em conseqüência 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 melhoria". (13)

CONCLUSÃO

Entendemos que a aplicação da lei de desapropriação constitui um instrumento que coíbe o enriquecimento sem causa, tendo em vista as dificuldades existentes para a efetivação da contribuição de melhoria. Achamos até que a desapropriação para revenda atenderia melhor ao fundamento do aludido tributo, mas por outro lado não podemos esquecer que a Constituição Federal é a Lei Maior e a aplicação da lei de desapropriação retira o significado da existência da contribuição de melhoria no Sistema Tributário Nacional.

A solução não seria usar instrumentos não tributários, mas facilitar a aplicação do tributo existente para atender o objetivo em mira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 - MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, Forense, RJ, pág. 24.
- 02 - MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, Forense, RJ, pág. 25.
- 03 - MACHADO, Hugo de Brito. Os Princípios Jurídicos de Tributação na Constituição de 1988, RJ, 1989, pág. 15.
- 04 - BOBBIO, Noberto, Estado-Governo-Sociedade-Para uma Teoria Geral da Política, pág. 94.
- 05 - MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, Forense, RJ, pág. 340.
- 06 - DENARI, Zelmo. Curso de Direito Tributário, Forense, RJ, pág. 131.
- 07 - CASSONE, Vittorio. Direito Tributário, Atlas, SP, pág. 56.
- 08 - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo, Brasileiro, Melheiro, pág. 509.
- 09 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, Atlas, SP, pág. 134.
- 10 - DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo, RT, pág. 258.
- 11 - PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda

n.º 4 de 1969, Tomo V, Forense, RJ, 1987, págs. 449 e 450.
12 - JÚNIOR, Luiz Emydio F. de Rosa, ob. cit. pág. 228.
13 - MACHADO, Hugo de Brito, ob. cit. págs. 255/256.

URBANIZAÇÃO E REURBANIZAÇÃO

Antonia Lima Sousa

1. INTRODUÇÃO

O Processo Urbano nasce com o desenvolvimento econômico, principalmente com o aperfeiçoamento da agricultura e do pastoreio. O excedente da produção atingiu um estado tal, que o homem sentiu necessidade de transpor fronteiras e juntar-se a outros povos na busca da troca de mercado.

As cidades surgem, portanto, para atender as necessidades econômicas e posteriormente tornando-se centro do poder político.

O processo de urbanização ao longo da história foi se desenvolvendo lentamente, tomando novo impulso, de maior significação, com a Revolução Industrial do século passado. É a partir de 1850 que veio sofrer uma transformação radical, pois "foi a Revolução Industrial que ocasionou mudanças substanciais na vida das cidades. Com ela deu-se a passagem de uma economia doméstica para uma economia de manufatura que gerou, concomitantemente, a concentração de mão-de-obra e a criação de um mercado. Portanto, são exatamente esses elementos - mão-de-obra e mercado - que atingem a indústria para a cidade, enquanto a indústria, por sua vez, atrai nova mão-de-obra e novos serviços" (Maria Magnólia Lima Guerra, Aspectos Jurídicos do Uso do solo Urbano", p. 36).

No Brasil é o avanço tecnológico e o surgimento acelerado da industrialização a partir de 1930, que marcam o desenvolvimento do processo de urbanização. Ainda da população que habitava o campo para a cidade aguçou ainda mais a questão urbana, de tal forma que, dois-terços da população que vivia no campo, hoje habita a cidade.

Essa explosão demográfica foi tão expressiva, preleciona Artur Marques da Silva, "que surpreendeu o poder público. E, não houve tempo hábil para prepararem-se no sentido de um planejamento eficiente no uso e ocupação do solo". (RT - 661/44).

É imperioso, portanto, que o Estado planeje o uso e ocupação do solo, estabelecendo políticas a fim de que a cidade, de fato, cumpra as funções de moradia, lazer, educação e circulação de forma a atender ao bem estar de todos os seus habitantes.

Pois bem, toda atividade urbanística prescinde de planejamento urbano. Este compreendido como "a atividade da Administração dirigida à ordenação de um território através de determinação prévia do uso do solo urbano por entidades

públicas ou particulares, de localização das áreas residenciais, industriais, comerciais, de lazer, de determinação das áreas públicas, de delimitação do exercício do direito de propriedade, e, ainda, através do estabelecimento das formas de desenvolvimento da cidade" (Maria Magnólia L. Guerra, op. cit. p. 41).

Antonio Carceller Fernandez concebe o Plano Urbanístico, em sentido amplo, como um "ato do Poder Público que ordena o território, estabelecendo previsões sobre a situação dos centros de produção e de residência, regula a ordenação e utilização do solo urbano para seu destino público e, ao fazê-lo, define o conteúdo do direito de propriedade, e programa o desenvolvimento da questão urbanística" (Instituciones de derecho urbanístico, Madrid, Ed. Montecorvo S.A., 1977, p. 97).

A importância do planejamento, segundo o mestre, é ser o mesmo a base necessária e fundamental de toda ordenação urbana, uma vez que é o meio para ordenar a cidade (ob. cit., p. 97).

A concentração urbana vai crescendo intensamente e o assentamento humano nas cidades se faz de maneira desordenada e iníqua. Diante dessa realidade "o assentamento se faz sob o domínio do fenômeno da SEGREGAÇÃO RESIDENCIAL, em que às famílias carentes e de baixa renda são destinadas às periferias do espaço urbano, recebendo as áreas de rendimento mais alto a concentração de maiores benefícios líquidos das ações do Estado" (Vetter e Massena, in: SOLO URBANO, TÓPICOS SOBRE O USO DA TERRA, Rio de Janeiro, Zahar, 1991, p. 49, citado por Ricardo Pereira Lira, RDA, Rio, 154.3).

"Acrescenta-se a essa iniquidade, como sendo causa e efeito, o fato geral de que o assentamento humano realizado iníqua e desordenadamente gera a deficiência do equipamento urbano, a sub-habitação, a poluição, a criminalidade, o vício, a debilitação da família já entorpecida pela droga pesada e pela crise de afetividade, gera, enfim, a instabilidade social, a violência institucionalizada, com todo o seu séquito de problemas, que seguramente encontrariam parcela de solução se adotada uma política de controle do uso do solo urbano e a implementação de uma política de assentamento racional e justo do homem na cidade". (Ricardo Pereira Lira, RDA, 154-3).

Por essa razão se torna imprescindível a organização das cidades, mediante um planejamento eficiente como atividade precursora do projeto de urbanização ou reurbanização.

Mas para uma perfeita organização das cidades, através da urbanização ou reurbanização, não é necessário somente um bom planejamento, urge que este plano se execute, ou seja, se materialize por meio de uma eficaz gestão administrativa, "porque a Administração é essencialmente uma arte de execuções (PEREZ BOTIJA citado por Antonio Carceller Fernandez, op. cit., p. 250).

A Administração Pública é por assim dizer a responsável número um pela execução do planejamento urbanístico. No entanto, são vários os sistemas de urbanização, com ou sem a participação direta da Administração. Porém, a Administração Pública estará sempre presente no processo de urbanização, através do seu poder de polícia.

2. URBANIZAÇÃO E REURBANIZAÇÃO

2.1. CONCEITO

O estudo técnico-jurídico do uso do solo urbano far-se-á por meio da urbanização e da reurbanização.

Com muita propriedade a Professora Magnólia Guerra conceitua URBANIZAÇÃO como o "processo através do qual se transforma o solo rústico e urbanizável em solo urbano, por intermédio de construção nele de determinadas estruturas - ruas, praças, espaços verdes, áreas de lazer, edifícios de uso coletivo e de serviços públicos - água, energia elétrica, saneamento, fone, gás - indispensáveis à sua habitação" (ob. cit., p. 94).

A REURBANIZAÇÃO, por outro lado, como o próprio nome já sugere, urbaniza novamente o solo já considerado urbano, mas envelhecido, ou seja o desenvolvimento daquela zona juntando-se ao crescimento demográfico da mesma, torna-se insatisfatória à habitação, ao trabalho, à circulação e ou à recreação de seus habitantes. Novamente usando as palavras da Professora Magnólia Guerra "a reurbanização consiste na atividade de conservação, remodelação e reordenação de uma área já urbanizada" (ob. cit. p. 95).

A reurbanização tem por fim um maior conforto populacional, que compreende:

- a) melhorar as condições de habitação dos núcleos urbanos de baixo nível. Como exemplo podemos lembrar as favelas;
- b) preservar os monumentos históricos e as zonas que rodeiam tais monumentos;
- c) melhorar o tráfego nas zonas consideradas centro histórico, impedindo, por exemplo, o trânsito de carros em determinadas áreas, como ocorre com algumas ruas de Olinda, Pernambuco;
- d) introduzir modernos implementos urbanísticos, para garantir a melhor circulação da população, como a implantação de terminais rodoviários em diversos bairros;
- e) demolir casebres com fins de alargar ruas, construir áreas de lazer e conservar a arquitetura histórica.

Por fim, a reurbanização é um processo dinâmico pelo qual se visa manter

o conjunto urbano em condições saudáveis ao exercício das funções urbanísticas elementares (habitar, circular, recrear e trabalhar), recuperando-se a qualidade do meio ambiente e adaptando-se aos padrões que o desenvolvimento impõe.

2.2. COMPETÊNCIA

“A atividade urbanística é uma função do poder público que se realiza por meio de procedimentos e normas que importam em transformar a realidade urbana, conformando-a ao interesse da coletividade.” (José Afonso da Silva, RDA-V. 142, Rio, 1980, p. 1).

Com efeito, a atividade urbanística que é fundamentalmente uma função pública, poderá contar ainda com a participação do particular, que para tal deverá a Administração Pública avaliar a conveniência e oportunidade desta participação.

A urbanização exige, de imediato, a realização de obras públicas, executadas por meio de serviços públicos. “É uma atividade pública que tem por finalidade a oferta de bens ao uso público e estabelecimento de serviços públicos e a colocação de terrenos no mercado, para serem edificados, o que significa a criação e mobilização de terrenos e, implicitamente, o cumprimento da função social da propriedade urbana” (Magnólia Guerra, op. cit., p. 97/98).

Essa atividade de uso e ocupação do solo urbano é matéria específica de competência do Município, por encontrar-se dentro do interesse predominantemente local.

A Constituição confere competência privativa geral à União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX). Por outro lado, no art. 182 estabeleceu que a política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. No parágrafo 1.º temos, “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”.

E, coerentemente com tais dispositivos, o art. 24-I, da Constituição, atribui à União, Estados e Distrito Federal, competência legislativa concorrente em matéria de Direito Urbanístico. Assim, pode-se concluir que as normas federais são gerais, pois podem ser complementadas por normas estaduais, ou, conforme o caso, por elas supridas, para atender às peculiaridades próprias dos municípios. A competência municipal, portanto, é complementar em tudo que diga respeito aos assuntos de interesse local (art. 30, I e II da CF/88). E, nesse mesmo art. 30, VIII,

atribuiu-se ao município a competência para promover, no que couber, “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Pode-se, portanto, inferir que a competência para urbanizar e/ou reurbanizar é do Município, respeitadas as normas dispostas em leis federal e estadual.

2.3. MODALIDADES DE URBANIZAÇÃO

Sabemos que a urbanização é uma atividade eminentemente pública, no entanto, a Administração avaliando a conveniência e oportunidade poderá admitir a participação do particular.

Nos países mais desenvolvidos, a urbanização planejada é grandemente impulsionada pela atividade do particular, de modo que a Administração tem uma urbanização a baixo custo para o Erário Público. No entanto, nos países menos desenvolvidos é a Administração Pública que se ocupa da atividade urbanística, e como dispõe sempre de poucos recursos, a urbanização planejada não atende toda a área urbana, ocorrendo na periferia uma expansão desordenada.

Nas diversas modalidades de urbanização adotadas nos países europeus, as que se destacam por serem mais eficientes são: a) Urbanização pelo Sistema de Execução particular; b) Urbanização Pública em Sistema de Cooperação; e c) Urbanização Pública em Sistema de Desapropriação.

A seguir veremos o estudo particularizado destas modalidades de urbanização por entendermos “serem atividades destinadas a satisfazer a necessidade de crescimento organizado e racional das cidades, observando os interesses precípuos da coletividade e procurando controlar, portanto, a especulação imobiliária”. (Magnólia Guerra, op. cit. p. 99)

A) URBANIZAÇÃO PELO SISTEMA DE EXECUÇÃO PARTICULAR

Nos primeiros estágios do urbanismo, foi a urbanização privada a única a existir. As primeiras cidades nasceram sob a égide da urbanização do Sistema de execução particular, que consiste em atribuir ao particular o ônus de executar obras de urbanização.

Em nossos dias, em muitos países, esse sistema permanece em vigor como modalidade eficiente de execução da atividade urbanística, desde que receba o aval da Administração, de forma a não permitir seja descurado o interesse coletivo em proveito dos responsáveis pela urbanização.

O plano de urbanização a ser executado pela participação particular, pode ser de sua autoria ou da Administração, contanto que sendo este de autoria da

iniciativa privada, há de estar em harmonia com o Plano Diretor ou com as normas impostas pela municipalidade, visando, sempre, os interesses da comunidade.

“Por isso mesmo o plano urbanístico a ser executado por particular deve, naturalmente, submeter-se a certas e determinadas regras postas em prática pelo Poder Público, exigindo que juntamente com este sejam apresentados para exame:

- um memorial com a justificativa da necessidade ou conveniência da urbanização;
- identificação do proprietário ou proprietários da área para a qual se propõe a urbanização;
- modo de exercício das obras de urbanização;
- previsão sobre a conservação das mesmas obras até a sua finalização e entrega à municipalidade;
- destinação de áreas livres para manutenção de zonas verdes, praças públicas, zonas esportivas e de diversão pública;
- reservas de terrenos para serviços públicos, centros culturais, escolas públicas e particulares, áreas para estabelecimento e comércio;
- obrigações que o urbanizador assumirá para com a municipalidade e para com os futuros adquirentes dos lotes urbanizados;
- garantias do exato cumprimento de tais compromissos;
- um sistema de compensação para a distribuição justa, entre os proprietários da área a ser urbanizada, dos encargos e benefícios dela decorrentes;
- um prazo a finalização da urbanização.” (Magnólia Guerra, op. cit. p. 101)

No Brasil, a urbanização pelo Sistema de Execução Particular somente ocorrerá nos moldes da Lei 6.766, de 19.12.79 que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanísticos. O diploma legal é um avanço na legislação urbanística do parcelamento do solo para loteamento e desmembramentos urbanos, fornecendo orientação técnica para a sua efetivação e meios capazes para se impedir a conduta abusiva dos loteadores.

A atuação do Particular na atividade urbanística ocorre também pelo Sistema de Urbanismo Contratado e pelas Urbanizações particulares.

a) Sistema de Urbanização Contratado

O Urbanismo Contratado é mais um sistema de urbanização que conta com a participação do particular de modo mais amplo, pois se destina a urbanizar grandes áreas, onde o solo ainda é rústico ou urbanizável, mas não planejado.

Trata-se, portanto, da “forma mais ampla de urbanização em sistema de execução particular, na qual a Administração, sem abdicar de suas funções nem renunciar às suas prerrogativas, pretende conseguir o concurso voluntário, a adesão livremente prestada pelos particulares, a partir da convicção de que só

deste modo poder-se-ão alcançar os objetivos previamente fixados” (Magnólia Guerra, op. cit. p. 103/4).

Como já fora anteriormente comentado, a atividade urbanística é essencialmente pública, no entanto, há momentos em que a Administração não se encontra em condições de dar execução ao plano de urbanização, então recorre à colaboração do particular, o qual desempenhará essa função pública com “o objetivo de resolver de modo mais rápido e eficaz as necessidades inadiáveis de fixação de excedentes de população nas cidades que atravessam um processo rápido de crescimento demográfico” (Maria Magnólia Guerra, op. cit. p. 104).

É o caso da construção de conjuntos habitacionais em que o planejamento, execução e custos ficam a cargo do particular, que, de acordo com o ajustado, terá, para se ressarcir, as mais valias dos terrenos urbanizados.

b) Urbanizações Particulares

São assim designadas de urbanização particulares aquelas destinadas a criarem núcleos habitacionais de uso privativo, conforme a vontade de seus proprietários.

MARTIN BLANCO melhor conceitua dizendo que “a urbanização particular constitui uma hipótese específica concreta de um planejamento particular AB INITIO e de uma execução privada do plano, com modalidades e condições propostas pela iniciativa privada. Nasce e dirige-se à criação de um núcleo urbanizado próprio, com finalidade especial e praticamente única” (in FERNANDEZ, Antonio Carceller, op. cit. p. 182).

As urbanizações particulares vêm surgindo principalmente nos arredores das grandes cidades visando descongestionar as metrópoles. Tais urbanizações objetivam criar núcleos habitacionais de uso privado, denominados por José Afonso da Silva de “loteamentos fechados, considerando-os como uma “modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço para fins de construção de casas residenciais térreas ou assombradas ou edifícios” (Direito Urbanístico Brasileiro, SP, RT, 1981, p. 401).

Hely Lopes Meirelles denomina-as de “loteamentos fechados”, “loteamentos integrados”, “loteamentos em condomínio”, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade” (Direito de Construir, 5.ª, SP, ed., Ed. RT, 1987, p. 116).

As vias internas não são consideradas bens públicos de uso comum do povo, pois hoje os loteamentos fechados estão sujeitos ao regime de direito

privado, embora esteja possível a fiscalização do Poder Público, através do Poder de Polícia.

As vantagens apresentadas por esta forma de urbanização com participação do particular se dá tanto de ordem financeira, pois é um modo de Administração Pública ter uma urbanização de baixo custo, quanto de ordem social, pois atende aos interesses de uma coletividade em curto prazo de tempo.

B) URBANIZAÇÃO PÚBLICA EM SISTEMA DE COOPERAÇÃO

Nessa modalidade de urbanização a gestão direta da atividade urbanística é do Poder Público, uma vez que planeja e executa as obras e o particular participa, cedendo sua propriedade para execução das obras, custeando todas as despesas realizadas com a urbanização.

Temos um sistema de urbanização intermediária entre o sistema de execução particular e o Sistema de Desapropriação.

A Legislação Espanhola, Lei do Solo, aponta as características próprias deste Sistema:

- a) cessão obrigatória do solo pelos proprietários;
- b) execução das obras de urbanização pela Administração;
- c) encargos da urbanização suportado pelos proprietários;
- d) reparcelamento dos terrenos compreendidos no polígono ou unidade de atuação, salvo que este não seja necessário por resultar suficientemente equitativa a distribuição dos benefícios e encargos.

Segundo o mestre espanhol Antonio Carceller Fernandez, a urbanização pública pelo Sistema de cooperação é uma técnica que tem dado bons resultados, quando, por circunstâncias econômicas de outra natureza, não se pode utilizar a urbanização particular ou a urbanização pelo sistema de desapropriação. A sua grande aplicação vem do fato de o sistema de cooperação ser muito simples e pouco alterar a estrutura imobiliária da Unidade de Urbanização" (ob. cit. ps. 269/270).

O Poder Público, responsável pelo planejamento e execução da atividade urbanística, por mais cuidadoso que seja na distribuição quer dos benefícios, quer dos encargos, poderá beneficiar determinadas áreas em detrimento de outras. É o caso dos terrenos que ficarão de frente para as praças e avenidas em relação àqueles afastados desses logradouros, os primeiros serão mais valorizados em relação aos últimos. Outro exemplo: os encargos suportados pelos proprietários dos terrenos destinados às áreas afetadas ao domínio público serão inegavelmente de maior proporção.

Dá a preocupação: como compensar estas desigualdades.

O Direito Alienígena (Alemanha e Espanha) recomenda como procedimento mais adequado para solução do problema o REPARCELAMENTO.

"O reparcelamento implica, portanto, uma nova divisão de terrenos, realizada em diferentes etapas, com a finalidade, em primeiro lugar, de agrupar todos os terrenos da área a ser urbanizada e pertencente a proprietários diversos, para, afinal, proceder a posterior separação com observância do equilíbrio de interesses e da mesma proporção entre os proprietários de terrenos havida antes da urbanização", luciona a professora Magnólia Guerra (ob. cit. p. 108/109).

Continua a mestra cearense, agora citando MATIN BLANCO, que conceitua o instituto alienígena como "o procedimento técnico ou conjunto de operações técnicas utilizadas com o objetivo de realizar-se uma nova divisão do terreno, com vistas a distribuir, com justiça, os benefícios e encargos que resultam do planejamento urbano e sua conseqüente execução, entre os proprietários de área a ser urbanizada" (ob. cit. p. 108).

"Com efeito, o conjunto de terrenos incluídos no perímetro afetado pelo reparcelamento é considerado como um todo, sem se estabelecer qualquer distinção de propriedade. Após executado completamente o traçado das redes de comunicação e vias públicas, praças, espaços verdes, áreas públicas, o que restar do terreno já urbanizado deverá, então, ser redistribuído pelos proprietários das parcelas antigas, observando-se a proporção que cada uma delas tinha do total do solo utilizado na unidade de urbanização" (Magnólia Guerra, op. cit. 109).

A Urbanização Pública em Sistema de Cooperação, ora estudado sob a égide do Direito Urbanístico Espanhol, mais precisamente através da Lei do Solo; Real Decreto n.º 1.346, publicado em 09.04.1976 não tem fiel aplicabilidade em nosso país, primeiro porque os encargos com a atividade urbanística estão a cargo da administração municipal e não do particular, e segundo porque inexistente em nossa legislação a figura do instituto do reparcelamento.

C) URBANIZAÇÃO PÚBLICA EM SISTEMA DE DESAPROPRIAÇÃO

Na urbanização pública pelo Sistema de Desapropriação cabe ao Poder Público o planejamento e execução do plano urbanístico, sem contar com a participação do particular, porque este não concorda com o sistema de cooperação, seja porque não dispõe de recursos técnicos e/ou financeiros para tal. Ou ainda, é este "Sistema empregado pela Administração, quando se dispõe urbanizar determinada zona da cidade, da qual resultará mais valorização extraordinária para os imóveis ali localizados" (Magnólia Guerra, op. cit., p. 110).

Antes de adentrarmos na análise do tema a que nos propomos, urge tecermos alguns comentários acerca do instituto da desapropriação utilizado pelo

Direito Urbanístico.

A desapropriação aqui tratada há de ser concebida nos aspectos mais amplos da Ciência Urbanística "onde se encontra a abrangência, dentro de suas finalidades primordiais, do ASPECTO SOCIAL, que assegura o ambiente de bem estar coletivo no espaço habitável." (NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz, in 'Desapropriação e Urbanismo, Ed. RT, SP, 1981, p. 32).

Assim não possui a mesma conotação do Direito Administrativo, que concisamente nos oferece o mestre HELY LOPES MEIRELLES "a desapropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade e utilidade pública, ou ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (Direito Administrativo, 14.º ed., SP, Ed. RT, 1989, p. 501).

Com efeito, a desapropriação para o Direito Urbanístico tem outra feição, mais nova, ou seja, a Administração Pública ao se utilizar de ato compulsório para transferir a propriedade do particular para o seu Poder o faz com fins a "tornar exequível as propostas de planejamento urbano atinentes à urbanização de novas áreas necessárias ao crescimento das cidades, bem como à reurbanização de áreas envelhecidas ou de uso inadequado às necessidades dos habitantes da cidade", (Magnólia Guerra, ob. cit. p. 112).

"As desapropriações para fins urbanísticos podem ser divididas em dois grupos: a) desapropriações urbanísticas em geral; e b) desapropriações para urbanização, ou reurbanização, com alienação posterior."

"As primeiras, de uma forma geral, são aquelas destinadas a toda obra urbanística, onde o poder público adquire o bem, transforma-o e utiliza-o em proveito coletivo. Desapropria-se, assim, para utilização direta, ou para suplementar ou complementar obra urbanística.

"Nas desapropriações propriamente urbanísticas, de urbanização, ou reurbanização, do uso do solo, são aquelas onde se observam a seqüência "AQUISIÇÃO, URBANIZAÇÃO E ALIENAÇÃO. Nestas a administração, segundo a doutrina alienígena, tem sempre o dever de PLANIFICAR e REPRIVATIZAR o imóvel desapropriado para fins urbanístico." (NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz, ob. cita. p. 30).

O fundamento, portanto, de tal desapropriação é a urbanização ou reurbanização do solo e se encontra na amplíssima faculdade discricionária de aquisição forçada, a fim de que se execute plano urbanístico.

Na nossa legislação, as desapropriações para urbanizações, ou reurbanizações, com alienação de áreas ou edifícios excedentes das necessidades públicas ou particulares, só podem se enquadrar nas hipóteses da letra "A", do Art. 5.º do Decreto-Lei 3.365/41: "a execução de planos de urbanização; loteamento

de terreno, edificados ou não, para melhor utilização econômica, vigência e estética; a construção ou ampliação de distritos industriais."

Na legislação brasileira não há leis especificamente urbanísticas de modo a permitir a imposição aos particulares de obras de urbanização ou de edificação, segundo planos urbanísticos, embora já estipule a CF/88 (no art. 182, § 4.º "caput") que nos termos da lei federal, poderá o Município exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:

- a) parcelamento ou edificação compulsórios;
- b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Além das hipóteses acima citadas, outras existem, de necessidade e utilidade pública (art. 5.º, h, i (em parte) e, j, k, m e n, do Decreto-Lei 3.365/41) e mesmo de interesse social (Lei 4.132/62, art. 2.º, IV, V, VI, VII e VIII), todas com finalidade também urbanística, mas não propriamente com as características da urbanização planificada e com alienação posterior.

Vejam as vantagens que este sistema apresenta:

- 01) O Sistema de Desapropriação com fins urbanísticos tem revelado um excelente instrumento para impedir a incorporação de mais valia ao patrimônio dos particulares, após a realização do plano urbanístico;
- 02) Poderá usufruir a Administração dos benefícios decorrentes da urbanização, uma vez que poderá torná-la autocusteada;
- 03) Dar funcionalidade a área a ser urbanizada ou envelhecida ou de uso inadequado às necessidades dos habitantes da cidade, dotando-a dos equipamentos indispensáveis à infra-estrutura e ao bem estar da comunidade;
- 04) A desapropriação para fins urbanísticos quando bem utilizada é um instrumento célere na realização do projeto de urbanização;
- 05) Quando destinado, o Sistema de Desapropriação, à construção de habitações econômicas populares, urbanizando nova área da cidade, impede a especulação do particular como intermediário na venda dos imóveis depois de urbanizados.

3. CONCLUSÃO

Ao término desse estudo, em que se procurou analisar a questão da Urbanização e Reurbanização e seus diversos Sistemas, sintetizando alguns elementos, é possível enunciar, objetivamente, algumas conclusões, que sintetizam

as idéias desenvolvidas.

1. As cidades surgiram para atender necessidades econômicas (troca de produtos) e, posteriormente, tornaram-se centro do poder político.
2. A urbanização e reurbanização são atividades urbanísticas eminentemente públicas, que, no entanto, podem perfeitamente contar com a participação do particular.
3. Urge que a União, através do Congresso Nacional elabore lei regulamentando o art. 182 da Constituição para que o Município possa estabelecer (planejando e executando) sua política de desenvolvimento urbano com base nas diretrizes da Lei Federal.
4. O Poder Público deve dar a atenção necessária e incentivar a urbanização pelo particular através dos Sistemas de Execução particular, de Urbanização Contratada e Urbanizações Particulares (loteamento fechado), exigindo, com rigor, o cumprimento da Lei N.º 6.766/79, uma vez que as vantagens são em dose dupla: baixo custo da urbanização para a municipalidade e realização da atividade urbanística em pouco tempo.
5. Sendo o planejamento do uso e ocupação do solo urbano competência do Município, imprescindível se torna a reurbanização das favelas como fator determinante do cumprimento das funções da urbe de morar, circular e recrear, bem como atender ao princípio constitucional do direito à moradia digna.
6. Urbanização a cargo da Administração Pública a ser executada pela Prefeitura municipal dar-se-á de duas maneiras: primeiro, se possuir domínio sobre o imóvel, age como o particular no processo de urbanização; segundo, se o terreno não é seu, se utilizará, pois, do instituto da desapropriação.
7. Dentre os diversos tipos de desapropriação que o Município pode se utilizar para implementar a política urbana, destacamos a desapropriação por zona, por ser de grande valia para o Poder Público pois permite ao mesmo a aquisição da mais valia do imóvel auferida após urbanização ou reurbanização da zona. Evitando, assim, que meia dúzia de especuladores ganhe fortuna à custa dos contribuintes.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. COSTA, José Rubens. A regularização fundiária das favelas. RDP. São Paulo. 99: 210-218, 1990.
2. FERNANDEZ, Antonio Carceller. Instituciones de derecho urbanístico. Madrid. Editorial Montecorvo, S.A. 1977.
3. FILHO, Artur Marques da Silva. Breves considerações sobre zoneamento. Revista dos Tribunais. 661: 44-60, nov. 1990.
4. GUERRA, Maria Magnólia Lima. Aspectos Jurídicos do uso do solo urbano.

Fortaleza, Imprensa Universitária da UFC, 1981.

5. LAGOA, Paulo F. Rocha. Natureza e conceito do direito urbano. RDA. Rio de Janeiro. 140: 173-179, abr./jun. 1980.
6. LIRA, Ricardo Pereira. O uso do solo urbano e o seu controle (alguns aspectos do projeto de Lei Federal n.º 775/83). RDA. Rio de Janeiro. 154: 1-28. Out./Dez. 1983.
7. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 5.ª Ed., São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1987.
8. _____. Direitos Administrativo Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
9. _____. Desapropriação para Urbanização. RDA. Rio de Janeiro. 116: 1-15, abr./jun. 1974.
10. NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Desapropriação e Urbanismo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1981.
11. PESSOA, Álvaro. Desenvolvimento urbano no Brasil (aspectos jurídicos). RDA. Rio de Janeiro. 137: 351-397. Jul./set. 1979.
12. REALE, Miguel. Zoneamento. RDP. São Paulo, 85: 96-99. Jan./Mar. 1988.
13. SILVA, José Afonso da. Disciplina Jurídico - urbanístico da propriedade urbana. RDA. Rio de Janeiro. 142: 1-10. Out./Dez. 1980.
14. _____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1981.

EMPREGO DE AÇÃO CAUTELAR QUANDO O PROCESSO PRINCIPAL SE ENCONTRA EM GRAU DE RECURSO ORDINÁRIO

LILIAN BEZERRA PAZ

Procuradora do Município de Fortaleza
Pós-Graduada em Direito do Trabalho

Sumário: 1. Introdução. 2. Ação Cautelar e Processo Trabalhista. 3. Competência cautelar face ao preconizado no parágrafo único do art. 800 do CPC. 4. Competência em função da distribuição no TRT. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema que iremos tratar no presente trabalho pretende atender à exigência curricular da disciplina "Direito Processual do Trabalho II", do Professor Francisco Gerson Marques de Lima, em Curso de Especialização Trabalhista, bem como prestar uma modesta colaboração ao estudo da Ação Cautelar enquanto pretensão à tutela jurídica do Estado.

A questão do emprego da Ação Cautelar no processo do Trabalho é tema efervescente, posto que sua aplicação vem sendo mais largamente utilizada, numa tentativa de abrandar os efeitos da lentidão da Justiça, e como meio impeditivo de ações ou omissões que venham a frustrar o direito, enquanto apreciado, ou sua concretização.

Desta forma, a Cautelar em sede de Recurso Ordinário, nos TRT'S, surge como providência cabível para que o fim do processo, após longo tempo, não encontre uma situação de fato tão alterada a ponto de baldar seu resultado.

Entre as questões que podem ser suscitadas em torno do ajuizamento da Ação Cautelar, enquanto pendente o Recurso Ordinário, das mais relevantes é a que pertine à competência dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT'S), face ao preconizado no parágrafo único do artigo 800 do CPC, utilizado subsidiariamente no Processo do Trabalho, e que sofreu recente modificação através da Lei n.º 8.952, de 13.12.94.

A questão de saber se a referida norma legal contém somente uma exceção à regra geral de que a competência cautelar é do Juiz a quo, bem como a questão da competência para apreciar a cautelar, antes de havido o sorteio do Relator no Tribunal, serão expostas na presente monografia, utilizando a análise doutrinária, coletada através de pesquisa bibliográfica por nós realizada.

2. AÇÃO CAUTELAR E PROCESSO TRABALHISTA

Com o provimento jurisdicional efetivado através da sentença, o magistrado cumpre e termina o ofício jurisdicional.

No entanto, isto não significa que o direito ali postulado esteja incólume à ação daqueles que o pretendem subtrair de seu verdadeiro titular.

Isso porque o tempo pode funcionar como fator maléfico à pretensão perseguida pela parte em um processo.

Desta forma, a figura do Processo Cautelar, consagrado como tutela jurisdicional, ao lado do Processo de Execução e do Processo de Conhecimento, funciona como instrumento de realização de uma das funções que compõem o Poder Jurisdicional do Estado, que é a segurança.

Dai se dizer ser o Processo Cautelas nitidamente preventivo, seja ele antecedente ou incidente, posto que tem por escopo evitar a ocorrência de danos sobre coisas, fatos ou pessoas, atinentes ao processo.

E sendo a tutela cautelar invocável por meio de ação, sua admissibilidade é condicionada aos mesmos requisitos gerais das demais ações, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

Mas além disso, condiciona-se a ação cautelar à coexistência de pressupostos específicos já bastantes conhecidos, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

No processo trabalhista, a ação cautelar tem sido deveras utilizada, inobstante ser totalmente regida pelo CPC, excepcionada somente a regra do inciso IX do art. 659, da CLT, que prevê a concessão de medida liminar em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito a transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 daquele diploma.

As demais espécies de ações cautelares aplicáveis ao processo do trabalho, como já antedito, encontram-se elencadas no CPC, o que, a nosso ver, contrapõe-se às exigências do problema específico a que se destinariam.

São elas, segundo leciona Manoel Antônio Teixeira Filho: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, justificação, protestos notificações e interpelações, atentado, posse em nome do nascituro e arrolamento de bens. (1).

3. COMPETÊNCIA CAUTELAR FACE AO PRECONIZADO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 800 DO CPC.

Das recentes alterações trazidas à Lei Adjetiva Civil, duas foram implantadas no sistema de tutela cautelar, pela Lei n.º 8.952, de 13.12.94, mas

somente a referente à definição da competência, para o conhecimento de cautelares deduzidas após a interposição de recurso, será pertinente ao objeto do presente trabalho.

Tal inovação reside na nova versão ao parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, que assim passou a figurar:

“Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

A redação anterior dispunha que, estando a causa no tribunal, a competência seria do relator para os casos urgentes.

Sem maiores dificuldades, portanto, chega-se à conclusão de que a competência para conhecer de cautelares, cujo processo principal está em grau de Recurso Ordinário, continua sendo do Tribunal *ad quem*, por intermédio do relator ou do presidente, conforme haja sido ou não distribuído o feito no Tribunal. A questão da competência em razão da distribuição será discutida em item próprio.

Dissonante da maioria dos doutrinadores, e com certa razão, o ilustre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, argumenta que a normal legal mencionada somente contém uma exceção à regra geral de que a competência cautelar cabe ao juiz de primeiro grau de jurisdição; 2) sua opinião, conforme ele confessa, prende-se “ao raciocínio de que a cautela concedida à parte se refere à eficácia da sentença, eficácia que se faz atuar não no processo de conhecimento onde foi proferida a sentença, mas no posterior processo de execução que será movido não perante o Tribunal *ad quem*, mas sim perante o juízo a quo”. (3)

Afirma, ainda, THEODORO JÚNIOR, que “o processo principal que se visa garantir com a cautela não é o processo em que a decisão foi proferida, visto que este já alcançou em boa parte sua finalidade. Se mesmo após a sentença ainda subsiste a possibilidade de dano ao interesse da parte, é porque a sentença desafiará execução, e assim o risco de dano passa a ser enfrentado pelo processo executivo, e não mais pelo processo de conhecimento”. (4)

Contrariando esse entendimento, WILLARD DE CASTRO VILLAR, argumenta, com fulcro no art. 463 do CPC, que “ao proferir a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: a) para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou retificar-lhe erros de cálculos; b) por meio de embargos de declaração”. (5)

Com a devida vênia, discordamos com a opinião de que reside no art. 463, do CPC, o impedimento legal a que essa competência seja exercida pelo Juiz de primeiro grau.

Pois a proibição contida no art. 463 diz respeito à alteração da sentença de mérito, após sua publicação. E como não parece lógico admitir que a concessão de providência cautelar possa alterar a sentença, e nem interferir no mérito, não

463, do CPC, o impedimento legal a que essa competência seja exercida pelo Juiz de primeiro grau.

Pois a proibição contida no art. 463 diz respeito à alteração da sentença de mérito, após sua publicação. E como não parece lógico admitir que a concessão de providência cautelar possa alterar a sentença, e nem interferir no mérito, não encontramos subsídios na tese acima exposta.

Possibilitar a competência, ao juiz de primeiro grau, nas ações cautelares em sede de Recurso Ordinário, também não nos parece satisfatório, posto que entendemos que isso equivaleria a permitir que ele (o juiz *a quo*), interferisse em um processo que pertence à alçada privativa do órgão superior da jurisdição, qual seja, o TRT.

No entanto, nas ações cautelares REFERENTES À EXECUÇÃO PROPRIAMENTE DITA, concordamos com THEODORO JÚNIOR, na opinião de que o juiz *a quo* seria competente, mesmo tendo nós a consciência de que quando a Lei Adjetiva Civil quis excepcionar o mandamento contido no parágrafo único do art. 800, o fez de forma explícita, como demonstra, exemplificadamente, o parágrafo único do art. 880, in verbis:

"A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no Tribunal".

Desta forma, concordamos com a tese da competência do tribunal para apreciar ações cautelares. Contudo, sendo a providência cautelar solicitada em processo de execução, e intimamente relacionada com este, a competência permanece com o juiz *a quo*.

4. COMPETÊNCIA EM FUNÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO NO TRT

Em função da inovação advinda com a Lei n.º 8.952/94, que como já antedito, modificou a redação do parágrafo único do art. 800 do CPC, para atribuir ao tribunal a competência para conhecer das medidas cautelares quando já interposto o recurso, criou-se certa dúvida a respeito da competência interna no tribunal, se do presidente, se do relator.

Aproveitamos aqui, a lição de OVÍDIO BATISTA DA SILVA, que inspirado no art. 673 do Código Italiano, leciona que:

"Não havendo norma regimental para a espécie, a competência há de ser do Presidente da corte, até que se tenha sorteado o relator". (6)

De fato, não há razão para se negar competência ao relator do recurso interposto, se, no curso de seu processamento, adveio ação cautelar.

No entanto, caso a ação cautelar seja interposta no intervalo de tempo

5. CONCLUSÕES

Em face de todo o exposto, é possível chegar-se às seguintes conclusões:

1) A substância do art. 800, parágrafo único, do CPC, dá competência ao tribunal para apreciar ações cautelares quando a ação principal está em grau recursal no TRT;

2) Sendo a providência cautelar solicitada em processo de execução, e a ele intimamente relacionada, a competência permanece com o juiz *a quo*, sem que isto se afigure interferência em órgão superior de jurisdição;

3) Não há óbices legais à competência do relator do recurso se, no curso de seu processamento, adveio ação cautelar. Da mesma forma, nada impede que, não tendo havido distribuição do recurso no tribunal, ao seu juiz presidente seja outorgada competência para tal mister.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

(1) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "As Ações Cautelares no Processo do Trabalho", São Paulo, LTR, 2.ª Edição, 1991.

(2) THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Processo Cautelar" São Paulo, Livr. e Edit. Universitária de Direito, 11.ª Edição, 1989.

(3) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 116.

(4) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 116.

(5) VILLAR, Willard de Castro. "Medidas Cautelares", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.

(6) SILVA, Ovídio Batista da. "As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil", Rio de Janeiro, Editora Forense, 1979.

VISÃO SOCIOLÓGICA DO DIREITO À MORADIA *

LUIZ NIVARDO C DE MELO
PROCURADOR GERAL ADJUNTO DO
MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Em primeiro lugar, manifesto meus agradecimentos aos organizadores deste proveitoso evento, de modo especial à Procuradora Geral deste Município de São Paulo, **DR.ª MÔNICA HERMAN SALEM CAGGIANO** e à **DR.ª JUNE ALBERICI DE MELLO**, Coordenadora de seu Centro de Estudos Jurídicos, pelo ensejo desta intervenção que me foi concedida, como representante da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza.

Estejam certos, porém, de que outros colegas daquela Procuradoria poderiam trazer maior contribuição, bem mais adequada ao elevado nível dos trabalhos aqui debatidos, sobretudo quando se faz presente nosso Procurador Geral **JOSÉ EMMANUEL SAMPAIO DE MELO** que, em gesto de extrema confiança e com o apoio do Prefeito **ANTÔNIO ELBANO CAMBRAIA**, me atribuiu esta honrosa e difícil tarefa.

Conforta-me, porém, a certeza de que cada um dos ouvintes há de entender minhas limitações de ordem pessoal, convencendo-se, cada um de *per si*, da necessidade de se suprir a precariedade desta intervenção no presente painel, com o brilhantismo da participação de seu Coordenador, Dr. **FÁBIO COELHO** e de seus demais Expositores, **PROFESSORES MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** e **ÁLVARO VILAÇA AZEVEDO** e dos Arquitetos **HELOISA PENTEADO PROENÇA**, **DOMINGOS THEODORO DE AZEVEDO NETO** e **NILZA MARIA TOLEDO ANTENOR**.

De outra parte, peço aos Senhores Participantes que, com generosidade, aceitem esta forma escrita de intervenção, como tentativa pessoal, no sentido de garantir maior concisão a análise do tema, em salvaguarda da paciência de todos quantos me honram com sua participação neste auditório.

Em segundo lugar, antecipo-me ao posterior convencimento de cada um, de logo afirmando que não trago a este Plenário grandes referências ou construções doutrinárias, a respeito do tormentoso tema em debate centrado no **DIREITO À MORADIA**:

“Conferência proferida no Encontro Regional de Procuradores da Grande São Paulo, promovido pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo, em outubro de 1995, com o tema central “O DIREITO À MORADIA”.

E não as trago por dois motivos de compreensão elementar: de um lado, por imposição inarredável das limitações pessoais que demarcam esta intervenção; de outro emolduram as múltiplas carências da construção de moradias para os segmentos sociais de baixa renda, em todas as grandes metrópoles brasileiras. Cada um de nós conhece muito bem a complexidade dessas causas, de conteúdo mais sociológico do que jurídico, envolvidas que se encontram de fiames de interligação de fatores sociais, econômicos e políticos, cujas soluções muitas vezes dependem da ação de pessoas ou de gestores públicos nem sempre comprometidos com o estudo ou com a solução dessa problemática desafiante.

Nesse sentido, poderíamos lembrar como oportunos os fundamentos da genial doutrina de **ARNOLD JOSEPH TOYENBEE**, grande tratadista inglês, em seus **ESTUDOS DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA**. Na exposição sumária de seus ensinamentos, desponta a nítida relação existente entre o meio geográfico e o meio social. De suas observações minuciosas e persistentes, **TOYENBEE** conclui que há um desafio constante da natureza aos esforços humanos, um repto permanente do meio ambiente às populações neles inseridas. A hostilidade desse meio ambiente determina ao homem nele engolfado a necessidade de uma resposta urgente e eficaz.

Muitas vezes, esse desafio surge em proporções reduzidas. Outras tantas, esse desafio se agiganta e ameaça destruir o último estágio da capacidade de resistência do homem que a ele sucumbe ou dele foge, em busca de outro "habitat".

E neste caso, a fuga redundando também em derrota, tal como acontece sempre quando a resposta permanece estagnada e ineficaz, em decorrência da inércia do homem ou da inoperância dos mecanismos sociais postos à sua ajuda.

E somente da resposta positiva dada ao desafio dominante de cada região e de cada povo, nascerá o impulso criador e fundo da civilização a se implantar ou a se desenvolver com plenitude no meio geográfico de sua inserção.

Dentro dessa perspectiva, consideremos por exemplo, as características do meio ambiente do Nordeste brasileiro, das quais emergem os desafios que a nossa região lança contra os núcleos populacionais nele existentes.

A par da uniformidade enervante das estações climáticas do Nordeste, é o fenômeno da seca o componente mais importante de nossa facies geográfica. E sem perquirirmos suas causas climatológicas, temos de reconhecer os drásticos efeitos daquele fenômeno dantesco e que tem deixado marcas profundas na civilização que um dia se instalou naquela região, atingindo, de uma forma ou de outra, todos os segmentos de sua população.

Relembremos as tintas marcantes do quadro exposto por **EUCLIDES DA CUNHA** em **OS SERTÕES** quando afirma que "O SERTANEJO É ANTES DE

TUDO UM FORTE".

E diz mais o imortal épico de Canudos e de **ANTÔNIO CONSELHEIRO**:

"A seca não o apavora. É um complemento a sua vida tormentosa, emoldurando-a em cenários tremendos. Enfrenta-a estoico. Apesar das dolorosas tradições que conhece através de um sem número de terríveis episódios, alimenta a todo transe esperança de uma resistência impossível... Resignado e tenaz, com a placabilidade superior dos fortes, encara de fito a realidade incoercível, e reage. O heroísmo tem nos Sertões, para todo e sempre perdidas, tragédias espantosas... Surgem de uma luta que ninguém descreve - a insurreição da terra contra o homem".

Entretanto, este quadro, colhido das páginas comoventes da obra de **EUCLIDES DA CUNHA**, no curso das últimas décadas, tem sofrido profundas mutações, a partir da quebra do estoicismo marcante do sertanejo, à frente do desafio resultante das condições climáticas que o cercam.

São mutações profundas geradas pela expansão contínua dos meios de comunicação, levando aos rincões mais distantes do Nordeste a mensagem dos encantos e do conforto das grandes cidades. A inovação maciça desses novos valores tem contribuído de forma permanente, para mudar a índole do povo sertanejo, atraindo-o, em levas constantes, para os grandes centros urbanos.

É o fenômeno do êxodo rural, conhecido de todos nós e que hoje atinge todas as demais regiões interioranas do país, em conseqüências de outros fatores determinantes e tão graves como a seca Nordeste. Temos como exemplo o sistema fundiário a exigir uma reforma agrária racional, eficiente e sem as peias da demagogia e das intransigências ideológicas tacanhas.

Têm sido estes, Sr. Presidente, os graves desafios que, de acordo com os postulados da teoria de **TOYENBEE**, foram postos à frente do povo brasileiro, como premissas de uma civilização evolutiva e integrada. Examinando-se, porém, o atual estágio de desenvolvimento desse processo contínuo, cada um de nós é consciente da ineficácia das respostas dadas a esse desafio de integração social.

Sem embargo, somos levados à conclusão inexorável de que a nossa geração, assim como as gerações que nos antecederam, não quiseram ou não souberam descobrir a resposta eficiente aos desafios que lhes foram postos. É lamentável dizê-lo: todos fracassamos, na medida em que, por tais ou quais motivos, permitimos a configuração da atual textura social do povo brasileiro, marcada pelos efeitos decorrentes da concentração de grandes riquezas em determinadas regiões ou nas mãos de grupos reduzidos e privilegiados.

Os resultados dessa realidade também são conhecidos de todos nós e nos deixam estarecidos diante da complexidade que os envolve. Há o analfabetismo. Há o desemprego. Há a criminalidade. Há a mortalidade infantil. Há a prostituição infanto-juvenil. Há o gravíssimo problema da habitação, atingindo todos os

cinturões de miséria absoluta que circundam todas as grandes metrópoles do país, despontando neste último tópico o motivo deste nosso encontro.

Confortam-nos as primeiras manifestações que se afirmam em torno desse desafio grandioso, a partir de princípios básicos contidas na Carta Suprema da Nação.

Assim é que, logo em seu art. 1.º, encontramos entre os fundamentos da própria República, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Claro que esses valores não se ajustam às péssimas condições de vida de todos quantos se amontoam em favelas deprimentes de nossas cidades, em condições que, por si, negam essa dignidade ao ser humano.

Afinal, ser cidadão, desde os primórdios da civilização humana, implicava o direito de poder usufruir de todos os benefícios que a **CIVITAS** oferecia a todos quantos nela habitavam. Ser cidadão sempre foi a garantia de respeito ao seu valor individual, à sua dignidade pessoal, afirmando-se nesse mesmo valor o motivo que levou o Apóstolo Paulo a protestar contra seus algozes, quando estes queriam vilipendia-lo com a morte na cruz: **CIVIS ROMANUS SUM**.

Em seu art. 3.º, a nossa Constituição aponta entre outros objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. Tais objetivos jamais poderão ser alcançados, mesmo em seus estágios mais elementares, sem que antes se enfrente o desafio da moradia das populações que integram os bolsões de miséria absoluta de nossos grandes centros urbanos.

Há outros tópicos da Carta vigente que revelam as preocupações do constituinte de 1988 no que tange à moradia. Seu art. 7.º, IV, a inclui entre as necessidades básicas e vitais da família a serem atendidas pelo salário mínimo, assegurado ao trabalhador, mesmo se sabendo, de antemão, que seu respectivo valor é aviltante e, por isso mesmo, tido como principal fator de concentração de rendas neste país.

Passos à frente, em seu art. 23, IX, estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **"PROMOVER PROGRAMAS DE CONSTRUÇÃO DE MORADIAS E A MELHORIAS DAS CONDIÇÕES HABITACIONAIS E DE SANEAMENTO BÁSICO, combatendo, nos termos do inciso subsequente, AS CAUSAS DA POBREZA E OS FATORES DE MARGINALIZAÇÃO, PROMOVENDO A INTEGRAÇÃO SOCIAL DOS SETORES DESFAVORECIDOS"**.

De novo, somos levados ao entendimento de que sem se resolver o problema da moradia dos segmentos sociais de absoluta carência, não há como se possa falar em integração social da nação brasileira, agredida em sua dignidade coletiva pelos quadros de miséria que circundam suas grandiosas metrópoles.

É verdade. Quanto a esses quadros de miséria absoluta e a partir das vertentes constitucionais há pouco referidas, emerge uma nova consciência nacional, reclamando medidas conjunturais de emergência e capazes de inverter todas essas situações de injustiça social aguda.

Nesta cruzada coletiva contra o abandono de tantos, emerge o pioneirismo dos Municípios brasileiros, quando estabeleceram, na maioria de suas Cartas Orgânicas princípios, normas e programas, todos comprometidos com a necessidade de construção de moradias populares.

Destacamos, como primeiro exemplo, os arts. 167 a 171 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bastando-nos o enunciado do inciso I, do citado art. 167, ambos assim redigidos:

"Art. 167 - É de competência do Município com relação à habitação:

I - elaborar a política municipal de habitação, integrada à política de desenvolvimento urbano, promovendo programas de construção de moradias populares, garantindo-lhes condições habitacionais e de infra-estrutura que assegurem um nível compatível com a dignidade da pessoa humana".

Ao estabelecer essa diretriz institucional, o constituinte deste Município, sem dúvida alguma, demonstrou sua revolta diante do quadro de tantas e de tão graves carências de moradias que afligem as populações periféricas do maior centro urbano do hemisfério sul do planeta.

Esta manifestação de consciência coletiva diante desta gravidade tão bem conhecida de todos quantos habitam esta magnífica metrópole, há de contribuir, de forma eficiente e decisiva, para despertar também a consciência de todos os segmentos do Poder Público neste País, a consciência de todos os brasileiros, chamando-os a uma ação conjunta de combate a tanta miséria.

E de Fortaleza, que mensagem poderemos expor aos participantes deste evento? Afinal, quais as respostas estruturais que a progressista capital cearense tem oferecido aos desafios idênticos a todos os demais que afligem as grandes cidades brasileiras?

Lamentavelmente, não constituímos nenhuma exceção a essa regra. Em cada período cíclico das secas, aumenta o êxodo rural das populações sertanejas, em busca dos sonhos de vida fácil e abundante da Capital. Os sertões se despovoam, na medida em que incham as nossas áreas periféricas, com o surgimento incontrolável de inúmeras favelas, invadindo espaços públicos e as áreas de preservação ambiental, como as margens dos rios, das lagoas e as próprias dunas.

Trata-se de um processo cujas causas primárias escapam de quaisquer condições de controle da Administração Municipal, porquanto, em sua essência, decorrem da influência dramática das secas, do sistema fundiário das propriedades

rurais e da própria política de custeio das atividades agropastoris da região.

O resultado da influência incontrolável desses fatores se revela nas 351 favelas surgidas em diversas áreas urbanas de nossa capital, compondo-se de quase **CEM MIL UNIDADES**, nas expansões numéricas desses dados é alarmante e permanente, em decorrência não apenas do crescimento vegetativo de seus aglomerados humanos, em índices, por via de regra, excepcionais, mas também por determinação inexorável do contínuo fluxo imigratório das sofridas comunidades sertanejas.

Esta realidade tocou também os mentores de nossa Lei Orgânica, quando inseriram no seu Capítulo da **POLÍTICA URBANA**, uma Seção específica **DA HABITAÇÃO**, impondo ao Município a obrigação de estabelecer uma política habitacional integrada nas ações correlatas da União e do Estado, objetivando solucionar a carência desse setor, com a oferta de lotes urbanizados, com o estímulo e incentivo à formação de cooperativas populares de habitação e a formação de programas habitacionais pelo sistema de mutirão e autoconstrução.

Compõem, ainda, essas ações do Município os programas de urbanização das favelas, como atividade contínua e permanente, a integrar o próprio planejamento urbano da cidade como um todo.

A par dessa diretrizes institucionais, já existem diversas ações de conteúdo prático de largo e excelente alcance social.

Assim é que, por Lei de 21 de novembro de 1989, foi **CRIADO O FUNDO DE TERRA NO MUNICÍPIO**, destinado à **IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL**. Compõem esse Fundo, entre outras, as áreas decorrentes da permuta com o Poder Público, dos direitos de construção, para zonas dotadas de infra-estrutura urbana e equipamentos sociais, delineando-se naquela diploma legal os primeiros contornos do solo criado, como instituto associado aos programas de moradia popular.

A par disso, foi instituído como integrante do **FUNDO DE TERRAS**, o percentual obrigatório de **CINCO POR CENTO** do total da área de cada loteamento, surgindo, assim, um valioso fator de socialização da propriedade urbana, sem encargos para o erário e sem demandas judiciais. A própria Lei cuidou de admitir a opção de oferta de outra área estranha ao loteamento, em qualquer outra zona do Município, desde que ocorra a prévia aprovação do Poder Público e seja mantida a equivalência avaliatória dos seus preços de mercado.

Os limites desta exposição e a paciência do plenário não admitem o exame mais minucioso de todo o programa assistencial prestado pela atual Administração do Município de Fortaleza, no seu esforço ingente de desenvolver a melhoria das condições de vida das favelas que circundam a cidade.

Entretanto, permitam-nos uma breve referência ao **PROGRAMA DO**

MUTIRÃO HABITACIONAL, instituído por lei e desenvolvido partir da doação, pelo Poder Público, do terreno e do material de construção aos seus participantes, organizados em associações de trabalho coletivo. Mais de **CINCO MIL CASAS** já foram construídas, abrigando mais de **VINTE E CINCO MIL PESSOAS**.

Tudo isso, sem dúvida alguma, é ainda muito pouco diante do desafio da realidade existente. Afinal, os grandes desafios estruturais da coletividade crescem em proporções geométricas, com a interligação simultânea de causas e efeitos, ao mesmo tempo em que as medidas propostas ou adotadas crescem, quando muito, em proporções aritméticas.

Neste sentido, afirma-se a procedência da teoria apavorante de **MALTHUS**, não em relação aos meios de subsistência alimentar das grandes populações dos países integrantes do terceiro mundo, mas em relação aos meios de combate à miséria e à pobreza absolutas que atormentam vários de seus segmentos.

O estágio seguinte deste programa assistencial do Município de Fortaleza fluirá do **FUNDO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO**, previsto em seu **PLANO DIRETOR**, concebido quanto aos seus fundamentos legais, sob a égide do primoroso art. 182 da Constituição Federal.

Como receita prioritária desse **FUNDO**, teremos, muito em breve, a geração de recursos financeiros provenientes da outorga onerosa do **SOLO CRIADO**, instituto também derivado do **PLANO DIRETOR** da cidade, cujas dissensões doutrinárias que o cercam não podem se conter nos limites destas considerações.

Tal como aconteceu com o **PLANO DIRETOR DE SÃO PAULO**, o de Fortaleza também instituiu para todo o Município o índice um, que permite ao proprietário construir o equivalente à área do seu terreno, sem a outorga onerosa do solo criado ou adicional. A lei que entre nós disciplinará este instituto ainda se encontra na fase embrionária de seu projeto preliminar, a ser entregue ao debate dos diversos setores aos quais o tema interessa.

Seus princípios básicos verteram das concepções doutrinárias contidas na **CARTA DO EMBU**, elaborada sob o patrocínio da **FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA** e sob a inspiração predominante do mestre **EROS ROBERTO GRAU**, no ano de 1977.

De acordo com os princípios básicos deste instituto contidos nos ensinamentos do citado mestre,

“Se o proprietário de imóvel não desejar cumprir a obtenção onerosa de que se trata, conformando-se com a desvantagem jurídica de não poder construir além do índice em questão, nem por isso poderá ser censurado por se ter conduzido contra a lei”.

“Trata-se, indubitavelmente, no caso, de um ônus, vínculo imposto à vontade do proprietário do imóvel como condição para a satisfação do seu próprio interesse

e cujo descumprimento não importa a aplicação de sanção jurídica, mas tão somente efeitos econômicos negativos. Não há, pois, como confundir a obtenção da outorga onerosa de que se cuida com qualquer figura a que corresponda **OBRIGAÇÃO tributária**" (V. Rev. da PGM-Fort. Vol. I, 1992, pág. 19).

A margem de quaisquer debates que o tema suscite, o importante é que as Administrações Municipais adotem o instituto do solo criado como sendo "o mais eficiente instrumento de controle do uso do solo urbano e de justiça distributiva dos encargos públicos da urbanização", de acordo com a oportuna advertência do saudoso municipalista **HELLY LOPES MEIRELLES** (V. Direito de Construir, 6.ª Ed. Malheiros, pág.).

Não só este instituto, com todos os mecanismos a ele vinculados, como quaisquer outros de igual eficiência, devem ser adotados pelos Municípios como indispensáveis à eficácia urgentíssima de suas ações de apoio à moradia popular.

Cada um de nós já se convenceu das proporções que esse desafio assumirá nos próximos anos se persistirem os efeitos dessa desastrosa política de distribuição de renda, dentro dos atuais padrões insensatos e insensíveis do neoliberalismo que se propõe transformar o cidadão brasileiro em simples peça de manipulações teóricas, dentro do modelo econômico imposto à sociedade, em nome da supremacia dos interesses do Estado, no combate à inflação, gerada da irresponsabilidade insana dos gestores dos gastos públicos, de suas ações deletérias a todo o sistema produtivo da nação.

A esses efeitos iminentes, sob o gravame dos índices crescentes do desemprego, devemos somar, na perspectiva das próximas décadas, os efeitos imprevisíveis que decorrerão dos atuais níveis de miséria absoluta em que vivem mais de **TRINTA E TRÊS MILHÕES** de brasileiros.

Neste quadro serão inseridos, em relação às grandes cidades, não só os contingentes trazidos pelo êxodo rural, mas também um inestimável número de empregados urbanos que serão substituídos pela robótica a ser brevemente implantada nos grandes parques industriais do país, sem que tenhamos ainda os mecanismos sociais de enfrentamento dessa perspectiva preocupante.

Todas as conseqüências dessa realidade hão de se refletir sobre o planejamento e as metas das Administrações Municipais, sobretudo nos grandes centros urbanos.

A extensão de todos esses desafios demonstra a responsabilidade imposta às gerações que se encontram à frente dos destinos da nação; impostos a cada um de nós que participa deste conclave de onde, ao certo, sairemos convictos da necessidade de uma resposta urgente a ser dada às inquietações sociais que atingem a todos que delas participam.

Parodiando **A. J. TOYENBEE**, concluo dizendo:

O DESAFIO QUE NOS É FEITO, EM NOSSA GERAÇÃO, É ESTE DE

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4 (4): 195-203 - 1996

TUDO FAZERMOS PARA QUE ESTAS INQUIETAÇÕES QUE NOS ATORMENTAM EM RELAÇÃO À REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA E AO FUTURO DE NOSSAS GRANDES CIDADES NÃO VENHAM A SER VERDADEIRAS.

R. Proc. Geral Mun., Fortaleza, 4 (4): 195-203 - 1996

REFORMAS ADMINISTRATIVAS

Luciôla Maria de Aquino Cabral
Procuradora do Município

Esta exposição tem como ponto de partida a análise de preceitos constitucionais por demais debatidos, porém, freqüentemente, desrespeitados sob as mais diversas formas.

Referimo-nos aos princípios da ISONOMIA, insculpido no art. 5.º caput da Constituição segundo o qual "Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza ..." e àqueles concernentes à Administração Pública, colocados no texto constitucional, quer de maneira explícita (LEGALIDADE, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE e PUBLICIDADE) ou implícita.

Importa-nos, apenas, oferecer uma visão panorâmica acerca das variadas hipóteses de infringência dos mencionados princípios, para, confrontando-os com a realidade, posicionamentos e comportamentos do Poder Público estimular a discussão e a reflexão sobre questões que nos são apresentadas no dia-a-dia e que, no entanto, para a grande maioria dos cidadãos escapam a gravidade e dimensão.

Dizer que vivemos uma crise de "cidadania", infelizmente, não é novidade. O direito à vida, à liberdade, à honra e à intimidade são direitos inerentes a personalidade humana, por isso mesmo denominados personalíssimos, albergados constitucionalmente. Encontram-se todos eles dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, ocupando, destarte, posição tão relevante quanto o direito ao tratamento isonômico, conferido que há de ser a qualquer cidadão em um país democrático.

Em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, para citar apenas alguns, que consagra o princípio da legalidade "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", como consectário natural, é impertativo o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ou se viverá uma democracia às avessas.

Convém que se esclareça o seguinte: em um Estado Democrático de Direito, não é somente o indivíduo que está obrigado ao cumprimento das leis, mas também o próprio Estado a ela se submete, havendo-se, desse modo, em idênticas condições ao particular. Este um primeiro aspecto que se quer enfatizar.

Em um segundo momento, quer-se advertir que, como decorrência do princípio da legalidade a que nos reportamos anteriormente, **somente a lei pode limitar a conduta do homem, restringir seus direitos ou privá-lo de sua liberdade.**

Pode-se concluir que, em princípio, tudo será permitido ao particular, desde que a lei não proíba e, que, qualquer procedimento em contrário constitui violação de direito e, em última análise, ofensa ao texto constitucional.

O princípio da legalidade, assim explicitado, destina-se ao asseguramento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Esta proteção é exigida frente ao próprio Estado e exercitada por meio de diversos instrumentos postos à disposição dos cidadãos como o mandado de segurança, o habeas-corpus, o habeas-data, o mandado de injunção etc., a fim de permitir que se expurguem os excessos praticados pelo Poder Público, através de seus agentes. Arbitrio e legalidade são coisas mutuamente excludentes incapazes de conviver lado a lado em um Estado que se diz Democrático de Direito.

Este mesmo princípio da legalidade é encontrado no caput do art. 37 da Constituição, desta feita inserto como orientador da conduta da Administração Pública ao lado de outros como o da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, afora aqueles estatuidos implicitamente. É de se destacar, porém, que o princípio da legalidade na esfera do Poder Público, se coloca em distinto contexto, ou seja, é ele que deve ditar e de modo EXPLÍCITO sua atuação. Vale dizer, ao Administrador Público só é lícito fazer o que a lei determina e, em caso de omissão legal deve-se entender como NÃO PERMITIDO. Nesse sentido, o eminente Hely Lopes Meirelles já ensinava que "o Administrador Público, ao contrário do particular, não possui vontade própria". Isto decorre, como é lógico, do fato de que ele não administra bens e interesses seus, mas pertencentes à comunidade. Repetindo mais uma vez as palavras do saudoso mestre ele é "mero gestor da coisa pública e como tal está obrigado a prestar contas". Por essa mesma razão, possui o dever de zelar o patrimônio administrado e de o fazê-lo com eficiência por estar investido no exercício de **função pública**.

Com não menos brilhantismo e lucidez, Celso Antônio Bandeira de Melo diz muito apropriadamente que "Quem exerce **função administrativa** está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos, vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido".

É de vital importância que se compreenda que o princípio da legalidade é que deverá moldar os contornos da atuação do Estado, legitimando suas ações, pois cada conduta em desconformidade com a lei, cada decisão adotada sem considerar os verdadeiros interesses públicos fere as bases do Estado democrático e aniquila a sustentação do nosso ordenamento jurídico. E de que valerão então direitos e garantias fundamentais em um Estado que não prestigia o respeito à

ordem político-jurídica estabelecida?

Este é o nosso questionamento no momento em que assistimos PACIFICAMENTE a uma ruptura em nossa ordem jurídica. A isto que alguns chamam de Projeto de Reformas Administrativas preferimos denominar de Projeto de Desvalorização do Servidor Público. É fato que o servidor não é o único alvo das tão propugnadas reformas, mas é indiscutivelmente o cerne de toda ela. A idéia, na realidade, é antiga, a diferença é que agora foi oficializada. É impressionante a habilidade de determinados políticos e de pseudo - juristas que se propõem a criar toda sorte de artifícios para sucatear o serviço público e extinguir, se possível, com a figura do servidor.

Mas, penso eu, que não vivemos em uma **republicueta**, que ainda existem pessoas sérias e determinadas a não se acomodar a esta deplorável situação. Entretanto, é preciso que se faça algo com urgência, que as pessoas procurem se conscientizar da gravidade do momento e, sobretudo, que procurem se esclarecer acerca de todas essas questões, antes de aderir à onda de modismo instalada entre nós. Bom que se diga antecipadamente que não nos insurgimos contra a proposta de mudanças pura e simplesmente. O que não concordamos é com a forma como esta quer se impor. Ao que parece, o poder subiu de tal forma à cabeça da classe política que esta se vê impedida de encontrar soluções adequadas e objetivas aos problemas de nosso tempo. Assistimos a uma triste "nadiificação da consciência política" se podemos fazer uso de uma expressão Sartreana.

Alguns pontos dessa proposta de mudanças merecem especial atenção como, por exemplo, a questão de elasticimento do período de estágio probatório passando de 02 (dois) para 05 (cinco) anos. O estágio probatório é o período de efetivo exercício do servidor no cargo para o qual foi concursado, condição *sine qua non* para aquisição do direito à ESTABILIDADE. Pergunta-se, pois: será que 02 (dois) anos não será tempo suficiente para se avaliar a competência, a dedicação, a aptidão do servidor para o cargo? Qual o objetivo real dessa mudança.

Outro ponto relevante consiste na EXTINÇÃO DA ESTABILIDADE a pretexto de que servidor estável ineficiente. Não pensamos assim. Em verdade, acreditamos que quem o é, e, em grau bem maior, é o Dirigente omissivo, aquele que, dispondo de meios efetivos para exclusão do mau servidor dos quadros do serviço público nada faz. Estes meios já existem hoje e, se não são utilizados, é porque mais prático será simplesmente remover o servidor como se tira uma pedra do sapato, sem explicações e sem direito de defesa. O que se verifica, na prática, é que falta seriedade àqueles que, por uma fatalidade do destino, encontram-se ocupando postos na Administração. Na grande maioria das vezes, pessoas absolutamente despreparadas encontram-se em postos de comando, sem que tenham a mínima qualificação para o cargo que desempenham e o resultado, como

estamos cansados de observar, é que o cargo se mostra maior que seu ocupante. Essa inadequação em geral, lhe faz lançar mão de meios irregulares, adotando comportamentos quase sempre arbitrários, como se não pudessem ser por eles responsabilizados. A máxima outrora tão em moda "The king can do no wrong" sintetiza o pensamento de enorme parcela de administradores públicos, o que é de todo lastimável. E a causa disso, todos sabem: é a IMPUNIDADE. Portanto, a premissa calcada na base da proposta de reforma administrativa não é verdadeira: não é o servidor que não quer nada. Ele quer sim. Quer porque todo homem precisa de trabalho, mas há que se trabalhar com **DIGNIDADE**. O que está faltando é estímulo, porque não se valoriza o trabalho dos servidores. Muito ao contrário. A visão que se difunde é que o serviço público é deficiente, é precário, que são todos acomodados e isso tudo é uma inverdade. Faltam meios e incentivos. Há maus servidores, há bons servidores, há excelentes servidores como há, de outra parte, bons administradores, poucos, mas há; como há bons empresários e maus empresários. Como tudo na vida, já que a vida é uma via de mão dupla. Entretanto, ainda se diz, hoje em dia, que é preciso demitir servidores porque estes oneram os cofres públicos. Pensamos que isso não é de todo verdadeiro. Sabemos que muito dinheiro público tem fluído por torneiras como se fosse água corrente, todavia para outros rios. O caminho não é este. Por que não se buscam outras soluções como, por exemplo, regulamentar o impostos sobre grandes fortunas? Porque não recuperar os prejuízos causados por maus administradores públicos? Porque não extinguir privilégios de pequenas categorias que só servem para onerar a União, como é o caso dos Juizes Classistas? Melhor seria que, ao invés de lhes conceder pomposas aposentadorias, depois de 05 (cinco) anos de exercício no cargo (atividade temporária), fossem criadas mais Juntas por todo o país para, aí sim, aprimorar a qualidade de trabalho dos membros do Judiciário Trabalhista. Soluções existem e as questões precisam ser repensadas. Por que não se faz um trabalho criterioso para saber onde existe excesso ou escassez de pessoal para depois se proceder a um remanejamento, ao invés de demitir? E mais, por que não são responsabilizados penal, civil e administrativamente aqueles que se utilizam de seus cargos para obter privilégios e construir suas fortunas pessoais? Por que não cobrar judicialmente os impostos e demais encargos devidos pelas grandes empresas? A quem interessa o mau funcionamento do Poder Judiciário? Ficam estas sugestões para reflexão. Queremos apenas demonstrar que o problema é muito mais estrutural. Demissão de servidor não é, nem nunca foi, solução para a falta de recursos públicos. Corte de pessoal para enxugar a folha de pagamento é procedimento mais apropriado e condizente com a realidade de empresas privadas.

Temos atualmente uma das Constituições mais modernas e avançadas que, por certo, merece alguns reparos, mas não estes que se pretendem introduzir.

Não se faz Constituição por via de emenda constitucional. Ora, cogita-se instituir o **PROCESSO SELETIVO** como forma de ingresso no serviço público e ressuscitar a velha admissão para emprego ou função. Qual será a diferença entre concurso público e processo seletivo? O que sei porque sou concursada é que o concurso público permite a realização na prática do **PRINCÍPIO DA ISONOMIA** porque propicia igualdade de condições a todos os concorrentes. A extinção da estabilidade tão defendida por políticos reformistas é o absurdo dos absurdos. Convém que se diga que já está acentuado **SERVIDOR SEM ESTABILIDADE É SERVIDOR DESCOMPROMISSADO** com o serviço público e com suas funções, porque esta é a única garantia de sua autonomia, viabilizando, por outro lado, a manifestação de sua discordância com eventuais desmandos e ilegalidades praticados pelo Dirigente de ocasião. O mau servidor, aquele que nunca é punido, não precisa de estabilidade porque ele tem as "costas quentes", como se costuma dizer e, estas pessoas serão sempre beneficiadas, porque se prestam a todos os favores. Estas sim, juntamente com as que adentram no serviço público via trem da alegria, é que precisam ser expurgadas de seus quadros. Aqueles princípios mencionados inicialmente: legalidade, moralidade, impessoalidades e publicidade não são meras figuras de retórica e não foram inseridos no texto constitucional para ornamentá-lo, mas para ser obedecidos. Devem ser tidos como norte da conduta do Estado, quer em suas relações com os particulares ou com o próprio Poder Público. Aos servidores não é dado o direito de descumprir tais princípios, ao contrário, exige-se deles maior rigor em sua observância.

Que **MORALIDADE** haverá em demissão de servidores ou em extinção de estabilidade?

Com certeza, não é este o sentido do princípio contido na Carta de República. É preciso ter cautela com os meios que se utilizam para promover reformas políticas ou jurídicas, acima de tudo, é imprescindível ter bom senso, pois Constituições fazem parte da cultura moderna dos povos, mas não são produtos descartáveis. Se é que assim podemos dizer, temos uma Constituição de última geração em plena fase de aperfeiçoamento, merecendo, sem dúvida, pequenos ajustes à nova realidade brasileira.

DA IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

Manuela Lourenço Pires Torquato
Professora da UFC
Professora da UNIFOR
Procuradora do Município

A memória de Marcello Caetano, meu grande MESTRE.

É sabido que a Constituição Brasileira de 1988 deu ênfase ao Serviço Público. O art. 37 é substancial, desde o problema da, ainda designada Administração direta ou indireta e fundacional, até à composição da Federação, e, o que nos interessa atualmente, aos princípios norteadores da Administração Pública. Começa a enumeração constitucional pelo da Legalidade, depois pelo da Impessoalidade, da Moralidade e da Publicidade estendendo-se a muitos outros nos numerosos incisos de seu longo texto.

Repare-se que o princípio que dá título a estas reflexões não consta da enumeração referida. A doutrina europeia, e, em nossos dias também, de forma destacada, embora não usual, a doutrina brasileira, vão tratando, às vezes, sob o título de Razoabilidade, Finalidade ou, ainda, Legalidade. Terá o legislador constituinte de 1988, esquecido este princípio? Também não referiu expressamente no art. 37 o da Supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que Celso Antônio Bandeira de Mello reputa o primeiro entre os constitucionalmente implícitos. Este autor de São Paulo coloca o da proporcionalidade como uma variante do princípio da razoabilidade, o que poderia levar-nos a considerações filosóficas, não fosse este trabalho breve e didático e essencialmente relacionado com o Direito Administrativo. Por que tais ligações com a Filosofia do Direito, dirá nosso leitor mais iniciante? Bem, porque é inevitável a lembrança de Recaséns Siches e verifica-se que este autor espanhol defendeu com afinco a lógica do razoável, em época em que isso de certo suscitou espanto pelo ineditismo aos que não concebiam a idéia jurídica tão ligada à razão vital, aos homens de carne e osso (em nossas regiões, muito mais de osso). Recaséns Siches fê-lo, tratando do Direito, em geral, ao desdobrar a Estimativa Jurídica.¹

É evidente que o Princípio da Proporcionalidade tem a ver com a Axiologia e com uma humanização crescente do Direito Público, em que se encontram reflexos bem fortes desta atitude em sede de responsabilidade, por exemplo.

Este princípio liga-se notadamente aos valores do interrelacionamento Administração/Administrado. Afinal, a primeira é criatura do segundo.

Adotemos um conceito de SERVIÇO PÚBLICO. Preferimos o do prof.º Celso Antônio Bandeira de Mello, como já fizemos no passado² e registramos que o ilustre Professor não modificou seu conceito³. Ei-lo:

“Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público-portanto consagrado de supremacia e restrições especiais-instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo”.⁴

Há que verificar que nossa predileção por este conceito foi conseqüência de revisão e análise das bibliografias nacional, portuguesa, francesa e espanhola, que nos pareceram mais importantes. Ele merece encômios pelo fato de atender a critérios bem estabelecidos. O ponto mais importante desta preferência é o fato de reconhecer a expansão da atividade administrativa pública, de acordo com as vertentes do ESTADO SOCIAL DE DIREITO. Este, cremos, foi consagrado como a versão desejável de Estado Democrático, no findar do séc. XX.

Honras lhes sejam feitas. Não podemos, neste ponto de nossas considerações, deixar de remeter o leitor para Dalmo de Abreu Dallari, em Elementos de Teoria Geral do Estado e José Afonso da Silva, em Curso de Direito Constitucional Positivo, a respeito da designação e parâmetros do Estado Democrático de Direito, como lhe chamou o nosso legislador CONSTITUINTE de 1988, no art. 1.º de nossa bela e pouco aplicada CONSTITUIÇÃO. Algumas considerações convém colocar sobre este tema. Vejamos: O Estado Social resultou de transformações, superações do Estado Liberal, persistindo em ressaltar como valores supremos:

o direito à VIDA;

o direito à LIBERDADE, concebendo os dois característicos do HOMEM relacional em todos os seus contextos.

Assim, dá-se sentido à liberdade grupal, institucional, intra-institucional, geral, social, em contextos cada vez mais amplos até chegar ao universal. Este já não se concebe circunscrito apenas ao Planeta TERRA, como fazia a ONU, em 1948, ao proclamar a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Universal, após a ida do homem à Lua, tende a designar mesmo Universo. Seria questionável - qual universo? Aquele até onde é permitido pelo estado mais avançado da ciência atual ir ou sonhar ir, ou apenas pensar...?

Após esta digressão estratosférica, retomemos nossas reflexões sobre Estado Social, voltando à nossa pequenez de grão pensante. O Estado liberal cogitava da liberdade individual e, demo-nos por felizes de o ter feito.

O Estado Social empenha-se também em declará-la e garanti-la, mas vai mais longe. Ressalta a autodeterminação, como Kelsen,⁵ sobretudo enfatizando os contextos do Homem em seus sentires e afazeres.

Deixemos o liberalismo e o fastemo-nos do individualismo, o que não quer dizer que tenhamos de cair no socialismo, em que o social predomina inexoravelmente sobre o individual. Nosso objetivo é encontrar um ponto de equilíbrio dinâmico entre as preocupações com o indivíduo e a predominância do interesse social.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE é precisamente o referencial valorativo desse equilíbrio no campo de SERVIÇO PÚBLICO, quer seja prestado de forma centralizada ou descentralizada. Não pretendendo colocar mais água na fervura da designação, aceitamos tranqüila e humildemente a abalizada posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello em Elementos de Direito Administrativo e no Curso indicado (pág. 70)

O que interessa é verificar que a mentalidade do Poder, mesmo que hierarquizado, tem de ser substituída pela da função. E esta deve enquadrar-se na de SERVIÇO PÚBLICO. Para o Professor Paulista, cujo conceito adotamos, é Serviço Público toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, ... instituído pelo Estado em favor dos interessados, ... que houver definido como próprios no sistema normativo”. (tracejado e sublinhado nossos).

Parece-nos imprescindível abrir um breve parêntesis sobre função. O Prof.º Jorge Miranda publicou, em 1992, na Revista de Direito Administrativo - Renovar/Fundação Getúlio Vargas - n.º 189, na pág. 25 e segs, um estudo sobre as funções do Estado. Remetemos o leitor para o trabalho que nos parece indispensável a uma exata e bem dimensionada compreensão das funções do Estado (não poderes, como imprecisamente costuma designar-se) em tempos de opção pelo Estado de Direito, Democrático e Social. O Constitucionalista português tem levado o nome de Braga, sua cidade natal e o da Universidade de Lisboa, onde tivemos o prazer de o conhecer (e admirar como dedicado líder católico e estudantil e brilhante aluno) ao podium da Cultura Jurídica, exatamente pela percuciência de suas observações. Ao referir-se ao elemento finalístico, nosso ilustre conterrâneo chegou ao ponto que mais nos interessa. Toda atividade administrativa deve atender a sua finalidade - o BEM COMUM. Repara-se que esta nem é finalidade exclusiva do Estado. Por isso, autores como Dallari a acentuam, não sendo demais repetir, dada a tendência corruptora do poder, mas não a incluem ainda entre os elementos essenciais do Estado. Justificam-no por esta não ser finalidade específica do Estado. Pelo seu caráter instrumental, caberia ao Estado assumir a

responsabilidade de atingir o bem comum, que é, não o negamos, a finalidade da SOCIEDADE humana. Isso justificaria a existência do Estado. Reforcemos: não sendo essa a finalidade social, não tivesse o Estado tal caráter instrumental, não haveria justificação para ele. O que lhe dá razão de ser é realmente o empenho que lhe deve caber, de atender à prossecução dessa finalidade, que é da Sociedade, ela mesma.

Fechado o parêntesis, retomemos a explanação sobre o conceito de serviço público do conhecido administrativista da PUC de São Paulo, estendida na nota n.º 1 de rodapé, de rodapé, do Cap IX de seu Curso de Direito Administrativo, a págs. 306/7 da edição que consultamos.

Uma leitura atenta chamaria a atenção para "oferecimento", "fruível diretamente", indicando que o Estado presta serviço não para se engrandecer, enriquecer ou encher os "cabides de empregos", mas para comodidade e utilidade dos administrados, sem os quais os serviços não têm razão de ser!

Dizíamos, citando o Prof.º Bandeira de Mello, que o serviço existe em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Concordamos, em parte, dado sabermos, e não o desejamos esquecer, que o simples conceito de Estado de Direito, portanto obedecendo à Constituição (e daí, ao sistema normativo) e aos princípios que nela estejam definidos como fundamentais não garante a Democracia por si só. É preciso que o sistema se apóie (e defenda) vivificadamente em valores. E que estes atendam ao mais recôndito da essência de todos os seres humanos. De outra forma, corremos o risco de ter Estado de Direito que seja Estado de Direito, mas não seja Estado de Justiça, por tender a, ou até se considerar, autocrático. A lição de Kelsen, a de José Afonso da Silva continuam reluzentes faróis nas águas revoltas da prepotência estatal. E nem por um ser positivista e o outro socialista, qualquer deles para nós, que não o somos perdeu a força de convencimento ou abandonou os valores. Quem os leu com interesse e atenção já sabe que não deve pensar assim. Apenas, se, em trabalhos teóricos ou "positivos" não se centraram em valores, nem por isso os desconhecem, como raiz do Direito. Não sejamos mais papistas que o Papa (como o têm sido os positivistas, os socialistas, os capitalistas!)

O serviço é atividade não só, mas também como tal prestada de forma centralizada ou descentralizada. E sempre, reflita-se novamente, no intuito dos administrados, objetivando o bem comum.

Encaremos agora: o que é o bem comum? O conceito apareceu cogitado pela primeira vez na Escola Socrática, no momento de maior esplendor do pensamento grego antigo. Ressurgiu em breves toques com Marsílio de Pádua, foi previsto por Maquiavel, mas só retornou às páginas dos livros, decididamente,

no final do séc. XIX. De então para cá, podemos encontrá-lo em pensadores de Filosofia como o Professor de Pernambuco, Gilvandro Coelho, em seu trabalho sobre Ética, em Cartas Enc. de Chefes da Igreja Católica, no trabalho de apostolado político de Mikail Gorbachov, ou no proselitismo religioso, o melhor sentido de fé viva, em obras de Irmã Dulce, Madre Tereza de Calcutá e tantos, tantos outros, felizmente. São eles abnegados professores que semearam a noção de Justiça e responsabilidade do saber, devotados religiosos, políticos honestos e combativos, simples mães de família que descobrem como transformar horas de seu pouco e merecido repouso em construção e manutenção de creches e escolas, mulheres e homens anônimos de nossos subúrbios, médicos e enfermeiras prestimosos, por exemplo.

Foi justamente com a humilde sabedoria de João XXIII que se atingiu um exemplar conceito de bem comum. Ora citemos:

"O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana"² (apud Dalmo de Abreu Dallari - Elementos de Teoria Geral do Estado, 15.º, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 19 e 91).

Podem alguns críticos da Igreja Católica e de sua doutrina chegar à conclusão de que o personalismo está presente nesta colocação papal. Por isso, concluiriam que haveria um afastamento do social, um desligamento do outro. Essa foi uma errônea compreensão da verdadeira doutrina cristã, de seu sentido mais amplo, exatamente o do SERVIÇO. Há que ter o cuidado de não se cair em nenhum dos dois extremos. Não cair no egoísmo, ou no individualismo, nem, bem ao inverso, mas tão perto de nefastos e idênticos efeitos, se imaginar que Cristo entendeu ser obrigatório desligar-se o homem de toda a sua ínfima, mas real, materialidade para ser gente. O desenvolvimento integral da personalidade humana, sim, mas com um sentido de humanidade bem mais amplo e profundo do que o próprio umbigo.

Aliás, parece-nos oportuno refletir que se fosse dado a esse Papa voltar à vida terrena, provavelmente ele teria usado uma expressão mais instigadora, talvez... condições de vida social que estimulem o desenvolvimento integral da personalidade humana. Foi para isso mesmo que Cristo se fez homem. Para fazer a VIDA algo pleno de sentido com o outro. Desejamos algo que não nos sufoque, não nos oprima, mas nos liberte. Afinal - a LIBERDADE é o maior anseio do ser humano. E Cristo teve uma maravilhosa compreensão da liberdade de DAR-SE.

Aceitaremos ou desejaremos do Estado o que não suportamos do CRIADOR, sem recalitrar? Decerto não, nem haveria por quê. O Estado foi criado pelos seres humanos, numa dimensão social, como instrumento social para a obtenção do bem comum. Logo, não pode o Estado exceder os limites do

razoável, em sua atuação, administrativa, ou qualquer outra. O que for possível obter-se mais eficientemente e a menor custo, deve sê-lo. O que se pode alcançar com menos ônus para o cidadão, melhor. Exatamente neste ponto cabe acrescentar algo, sobre o princípio da PROPORCIONALIDADE. Desejando-se uma administração humanizada, há que buscar na participação e na solidariedade, muito mais do que na autoridade, os processos de obter satisfação das principais necessidades humanas. Cabem essas duas tarefas ao Estado - desburocratizar-se mesmo e tornando-se eficiente, reportar-se ao antigo e não desatualizado conceito de "bonus pater familias" ou... será pretensão demais pedir que o Estado, como marido ou amante, seja sobretudo um companheiro de jornada, de esforços e lutas por um MUNDO melhor?...

Não estamos sozinha nesta concepção, nem ela é recente. Tem a força de ser bem refletida. Desde Duguit que a idéia de serviço público cresce entre os doutrinadores e, de tanto serem solicitados pelos usuários, tornou-se normal desejá-los, utilizá-los e vai-se tornando comum, reclamar deles, o que pode até mostrar-se um saudável reflexo de consciência política e de prática participativa.

Duguit apoiou tanto a idéia de serviço público que chegou a utilizá-la como substitutivo da pessoa jurídica. A corrente formou-se, Laski engrossou-a, falando de Estado de Direito, Social. (Estado e Direito podem não ser sociais,?...) e denominou-o de Estado SERVIÇO. Os adeptos do sinistro diriam:

"vão preparar a extinção do Estado!..." e, indignadamente, tentariam evitar um aterrorizante enfraquecimento de privilégios político-administrativos...

Não há por que temer "the day after ... the State".

Ele irá sobreviver muito bem. Só que não como uma versão modernizada do Leviathan, nem como, o mais presente e não menos temível estado - segurança burocrático - militar dos soviets, espera-se. Por que se deseja mesmo, enfaticamente, o Estado SERVIÇO? Usamos as palavras de Duguit, apud Odete Medauar: "O Estado não é uma "puissance" (sic) que comanda, uma soberania: ele é uma **cooperação** de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes" (negrito nosso).

Nestas condições, é transparente defendermos um caráter humanizador e participativo do Estado para podermos, com alguma propriedade, chamá-lo democrático. Novamente, socorremo-nos de Duguit cujos textos embalsamaram nossa formação jurídica na Faculdade de Lisboa, há cerca de 30 anos: "... Se há uma "puissance publique" - em francês na citação-ela é um dever, uma função, não um direito".

Jêze acrescentou: "... "A principal missão da Administração é fazer funcionar os serviços públicos".¹⁰ Nessa época, como hoje, faz-se necessário repeti-lo, às vezes à exaustão, complementando:

de forma módica, contínua, eficiente, buscando aperfeiçoamento e PROPORCIONALMENTE.

Quais os critérios da proporcionalidade? interroga-se seguidamente.

Se o tema proporcionalidade é estudado como novo, reparemos que não o é. Sua origem está na Filosofia Grega, passa pelo Direito Constitucional alemão (e brasileiro, vênia seja feita a Paulo Bonavides e Willis Guerra Filho, ambos professores da Universidade Federal do Ceará, fortemente influenciados pelo pensamento germânico, que, entre nós difundem com brilho) bastando ler a obra-Coleção pensamento jurídico - O Risco e a imprevisão - de J. R. Vieira Neto para lembrar que o professor paranaense, falecido há mais de uma década, pensava na proporcionalidade.¹¹ É citada por ele a referência de Arnaldo Medeiros da Fonseca à pressão dos juristas novos que se destina a "corrigir desequilíbrios injustos imorais". E continua ilustrando: "a messe de leis específicas reprimindo a usura, o oportunismo econômico, o locupletamento pela miséria do maior número... para "exigir a modificação impreterível das normas do Código no rumo do bem comum e de dos fins sociais a que se destina". Como se vê, o texto de Vieira Neto reporta-se ao Código Civil pois seu tema era de Direito Civil e a origem de suas palavras é o art. 5.º da LIC. Apenas, até recentemente, era difícil encontrar eco a essas idéias no Direito Público, já que, aí, contrariamente ao que deveria ser, o poder torna mais difícil ainda a compreensão social que é inerente ao Direito.

Por isso, o tema era, à época, tratado sobretudo quanto à reparação de prejuízos muitos mais do que em referência à normal e corriqueira atividade administrativa. O âmagô de nosso tema encontra-se bem explicitado na frase de Vieira Neto: "a finalidade social da repartição das perdas".¹²

Apenas modificaríamos ... repartição dos ônus, visto que se trata sobretudo do equilíbrio inicial, continuando normalmente a preocupação até às perdas. Não podemos esquecer-nos de que o Estado é, cada vez mais, parceiro, não dono ou capataz!

Em coletânea de Direito Administrativo, coordenada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, após a publicação da Constituição de 1988, o Prof.º da PUC - SP, Carlos Ari Sundfeld trata de conceitos e atuações de Administração ordenadora. Nela está implícita a preocupação de submeter-se o Estado (ordenador) ao princípio da Proporcionalidade. Vejamos "se é verdade que o interesse público tem prioridade sobre o interesse individual, não é fato, contudo, que o interesse público prevaleça sobre os direitos dos indivíduos", e segue... "Destarte, para implementar concretamente o interesse público, basta aplicar a lei, exigindo que o exercício dos direitos se contenha nos limites e se realize nos termos que lhe foram traçados. "Não será pretensão nossa pensar que se o Prof.º Sundfeld tratasse nossa matéria, provavelmente acrescentaria... nos limites e nos

termos que lhe foram traçados, proporcionalmente. Não é por acaso que o publicista ora indicado acentua a amplitude do valor liberdade e a necessidade do devido processo judicial para privação da liberdade e da propriedade. Que é, por exemplo, a idéia de função social da propriedade, se não um reflexo da proporcionalidade entre o direito à propriedade honestamente adquirida pelo trabalho (Esta posição foi bem defendida por Locke, gerando o direito da sociedade a beneficiar-se desse direito) transmutando-o, de direito egoisticamente usufruído, em direito socialmente produtivo?

O princípio da proporcionalidade está patente em todos os condicionamentos administrativos de direito, bem detalhados no campo urbanístico, na edilícia, nas sujeições administrativas e indubitavelmente na idéia de equilíbrio financeiro e no Poder de Polícia. De tal modo é forte em todos nós o conceito de proporcionalidade que, cada vez mais dificilmente, suportamos que, mesmo legalmente, nos sejam impostos sacrifícios de direitos. Ao que conhecemos razão, afinal a Lei deriva do Estado (não confundamos com o que seria aberração - afirmar que o Direito é todo originado do Estado)! O Estado, por sua vez é criatura da Sociedade humana. Logo, não pode impor sacrifícios aleatoriamente ao Homem. Se o fizer, reparará os prejuízos, exatamente porque já o serão. A preocupação do publicista não é apenas com a teoria, mas quem ler seu trabalho o detetará imediatamente. Com a aplicabilidade prática de suas reflexões, explica a diferença entre condicionamentos (proporcionalmente mais leves) e os sacrifícios, em que os gravames são bem mais pesados.¹² Foi exatamente para evitar sacrifícios que se constituem em verdadeiros despropósitos que o Professor português Mário Esteves de Oliveira, no Vol. I de seu Direito Administrativo, citava, já em 1980, o que o princípio da proporcionalidade almeja evitar. Mário Oliveira foi precursor neste campo em obras publicadas em língua portuguesa, já que, antes dele a referência era sempre a legalidade ou razoabilidade. O mesmo aconteceu no Brasil. A jurisprudência francesa e a grega já faziam referência a tal princípio. A doutrina alemã foi inovadora e lá se "exportou" o princípio da área administrativa para a Constitucional, onde adquiriu grande relevância, através da construção jurisprudencial do BVerfG-Tribunal Constitucional alemão. Só que, no Direito Civil ou no administrativo já não se prescindia da proporcionalidade ao interpretar expressões como "incômodo, equilíbrio, poder de polícia, modicidade, aqui e alhures. Ao encararmos o texto Constitucional brasileiro, deparamo-nos com o art. 37 e nele não surgiu o esperado princípio. O que não é óbice para seu uso, especialmente o interpretativo. Se dúvidas tivéssemos, Willis Guerra Filho já as teria desvanecido. A doutrina brasileira o vai explicitando, como parâmetro, ao escrever sobre o desejável

equilíbrio financeiro nos contratos administrativos, o não menos válido equilíbrio na prestação direta dos serviços públicos, os ônus de concessionários e usuários, a fixação do preço justo (justa avaliação e real e rápido pagamento) na desapropriação, reversão de bem, etc.

O melhor é citarmos o professor Esteves de Oliveira sobre os preceitos da legislação portuguesa que ele considera demonstrativos desse princípio - sua enumeração é completa:

"Estes preceitos não devem considerar-se como fixando limites excepcionais ao exercício de poderes discricionários, mas antes como manifestações legislativas de um princípio geral de Direito Administrativo, segundo o qual sempre a realização do interesse público implique a ablação, restrição ou qualquer outra limitação aos direitos e interesses particulares, a Administração, mesmo que disponha de discricionariedade para escolher a medida a tomar, deve optar por aquela que menos lese a esfera jurídica dos destinatários de seus actos, só sendo admitido o sacrifício total dum direito ou interesse quando o seu sacrifício parcial não permita de igual modo - a satisfação do interesse público".¹⁴

Adiante, continua: "... aceitar que também o desrespeito do princípio proporcionalidade mínima é motivo de anulação do exercício de verdadeiros poderes discricionários"¹⁵

Maria Sylvia Zanella di Pietro indica o princípio da razoabilidade, mas esclarece que "exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem de alcançar".¹⁶ embora o situe, praticamente, só no campo da discricionariedade. Remetemos o leitor para seu tratamento dessa matéria.

De nossa parte, sem descurarmos sua importância como elemento teleológico da referida atuação discricionária, entendemos que a amplitude deste princípio é maior.

As considerações da ilustre professora sobre a dinâmica do interesse público "caberiam à fiveleta" sem reflexões mais gerais sobre a proporcionalidade, ousamos dizer. Acompanhamos a idéia explicitada em trabalho de Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, nosso colega nesta P.G.M. e na Universidade de Fortaleza, publicados na Revista Forense n.º 318, pág. 101. Idéia semelhante foi exposta por Willis Santiago Guerra Filho, professor da UFC. Este último, bem como o também professor da UFC, Paulo Bonavides, aliás, os autores que, nesta ordem, primeiro escreveram sobre o assunto, na língua portuguesa, quanto ao Direito Constitucional. Mesmo sendo outra a disciplina jurídica em que abordamos o tema, bastaria o peso doutrinário dos dois professores "internacionais" da UFC para tornar indispensável a leitura desses trabalhos pioneiros. Ao que acresce a percuciência de suas observações e as generalidade e embasamento jurídico que

nos proporcionam. Honra lhes seja feita!

Willis Guera Filho foi então o pioneiro em "Ensaio de Teoria Constitucional", publicado em 1989. Curiosamente, em 1989 estávamos em Lisboa e lá, prazerosamente, fomos assistir a aulas do Professor Fausto Canuto Quadros, que ensina Direito Administrativo na Faculdade de Direito. O honroso convite do colega desde os tempos de acadêmicos de Direito tem agora seu retorno - Fausto Quadros foi o primeiro professor que ouvimos expor (ressaltando aliás) o princípio em Direito Administrativo.

Já que este trabalho se situa num contexto teórico, mas não foge às referências do âmbito do Direito Público brasileiro, seja-nos permitido afirmar que o Brasil é uma República e reconhece-se, constitucionalmente, como um Estado Social. Tanto essa forma de Estado como essa moderna versão estatal objetivam excluir o arbítrio. O princípio da proporcionalidade permite definir na realidade os parâmetros dessa exclusão.

Permita-se-nos apresentar um conceito amplo, originado da doutrina e jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão: "Uma limitação do poder estatal, em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhes estão subordinados" ¹²

Eros Roberto Grau, Joaquim Canotilho e Celso Antônio Bandeira de Mello comungam na idéia de que os princípios não têm validade menor que a das normas, ao contrário.

Para encerrar estas considerações, lembremos as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, em Elementos de Direito Administrativo:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos..." ¹³

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 - Estimativa Jurídica é a designação que os autores de língua espanhola dão ao campo valorativo, na Filosofia do Direito, como se pode verificar do trabalho de Luiz Recásens Siches - Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho. O Prof.º Diogo de Figueiredo Moreira Neto reporta-se também à razoabilidade, principalmente a decisória, preferindo citar outros autores sobre razoabilidade. Deve consultar-se, pois, seu CURSO de DIREITO ADMINISTRATIVO, 8.º ed., Rio, Forense, 1989, pág. 79/80.

2 - Escolhemos este conceito em nossa dissertação de Mestrado, defendida em 1985, ainda não publicada.

3 - O conceito adotado foi conhecido por nós ao estudarmos o tema em seu livro - Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 2.ª ed., São Paulo, Ed. revista dos Tribunais, 1979, pág. 1 e mantém-se inalterado em outras obras,

recentes do mesmo autor.

4 - Nossa última consulta sobre este conceito que resiste ao tempo encontrou-o no Curso de Direito Administrativo, 4.ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 306.

5 - Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, pág. 278 e segs.

6 - É evidente que nem aceitamos como motivação da organização e prestação - "direta" ou "indireta" de serviços o enriquecimento. Se não apoiamos o lícito, como o fazíamos com ilícito? O objetivo público como de todo o Estado, que é apenas instrumentos, ressalte-se, é o fim da Sociedade - O Bem Comum. Ora, se é comum implica em não enriquecimento, que não é direito natural de ninguém. Objetiva repartição de vantagens e de ônus, o que manifesta idéia de Justiça Social.

7 - Provavelmente, Kelsen contestou ou contestaria o epíteto de positivista a ele aplicado, como Marx fez com o Marxismo. Às vezes os aprendizes de feiticeiro levam as receitas do mestre ao exagero!

8 - Cremos que se o falecido Papa ainda estivesse vivo, neste fim de séc. XX, substituiria "consintam e favoreçam" por estimulem. A noção de bem comum, ao ser apresentada na Encíclica PACEM in TERRIS causou impacto. Hoje, não pode ser considerada desatualizada, mas, de então para cá, a Psicologia alcançou progressos no sentido de desejar que o homem seja, ativo, socialmente e que objetive ser feliz, o que apenas se consegue se, e com os outros, especificadamente considerados. A noção de serviço ganhou reforço. Expandiu-se da Religião, da Política, da Moral, até ao Direito e, entendemos, especialmente, o Direito Administrativo.

9 - Odete Medauar-Serviço Público-in Revista de Direito Administrativo, n.º 189, Fundação Getúlio Vargas, 1992, pág. 103.

10 - Odete Medauar - idem, pág. 104.

11 - J. R. Vieira Neto - O risco e a imprevisão (Pensamento Jurídico 1), Curitiba, Juruá Editora, 1989, pág. 21.

12 - Vieira Neto, idem, pág. 22.

13 - Carlos Ari Sundfeld - Administração Ordenadora, in Direito Administrativo na Constituição de 1988, organizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 90, 91, 92.

14 - Mário Esteves de Oliveira - Direito Administrativo, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 1980, pág. 260.

15 - Mário E. Oliveira, idem, pág. 261.

16 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro-Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 1991 - pág. 69 e 162.

17 - Willis Santiago Guerra Filho - Ensaio de Teoria Constitucional, Fortaleza,

Imprensa Oficial do Ceará, 1989, págs. 69 e segs.

18 - Willis Guerra Filho, op. cit., pág. 71, citação em Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz - **A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio constitucional da proporcionalidade.**, in Revista Forense, Vol. 318.

19 - Celso Antônio Bandeira de Mello - **Elementos de Direito Administrativo** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pág. 230.

DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E OS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Clarissa Sampaio Silva
Professora Substituta de Direito Administrativo da
Universidade Federal do Ceará

Procuradora Administrativa do Município de Fortaleza

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO
3. DA NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA
4. DOS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
 - 4.1. DO DECURSO DE TEMPO
 - 4.2. A CRIAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS AMPLIATIVAS DE DIREITOS
 - 4.3. DA LESIVIDADE COMO PRESSUPOSTO DA INVALIDAÇÃO
 - 4.4. DA IMPOSSIBILIDADE DE INVALIDAÇÃO DE ATOS QUE JÁ FORAM OBJETO DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS
 - 4.5. DA POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO COMO BARREIRA À INVALIDAÇÃO
 - 4.6. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DE UMA NORMA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO
 - 4.7. A QUESTÃO DA INVALIDAÇÃO E MANUTENÇÃO DAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS
5. REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES E LIMITES
6. CONCLUSÃO
7. BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O Estado de Democrático de Direito que é, antes de mais nada, um Estado de Direito, possui como postulado básico a submissão dos exercentes do poder a uma ordem jurídica, ao princípio da legalidade.

Por outro lado, a Carta Política de 88, contém um sistema de direitos e garantias fundamentais, que ressalva a estabilidade dos direitos subjetivos e das

relações jurídicas.

Em sendo assim, a atividade interna de autocontrole da Administração, através de recursos administrativos, bem como o dever que esta possui de invalidar seus atos viciados de ilegalidades e revogar aqueles que não atendem ao interesse público, devem se compatibilizar com a necessidade de prevenção da segurança das relações jurídicas.

Daí porque se extraem do próprio ordenamento jurídico limites à revisão de determinados atos e decisões pela Administração Pública, os quais, tornando-se irretroatáveis perante esta, fazem coisa julgada administrativa.

JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Constitui dimensão fundamental do Estado de Direito, além da juricidade, constitucionalidade e existência de um sistema de direitos fundamentais, a separação de poderes, através da qual as principais funções, estatais, jurisdição, legislação e administração são entregues a órgãos distintos.

A teoria da separação de poderes, originariamente formulada por Aristóteles e definida e divulgada por Montesquieu, acha-se acolhida pela Carta Política de 88, em seu art. 2.º, ao preceituar que: "São poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"

Todavia, dado o caráter de unicidade do poder, o que se tem de fato não é uma divisão deste, mas das funções governamentais. Na realidade, segundo o Prof.º Valmir Pontes Filho, citado por Michel TEMER (TEMER: 1995:III) ocorre que "toda vez que o organismo estatal manifesta sua vontade, o faz, necessariamente, através de três espécies de atos: a lei, sentença e o ato administrativo".

Cabe à função legislativa, a elaboração de regras gerais e abstratas, inovadoras da ordem jurídica. A função Jurisdicional, por sua vez, aplica o direito ao caso concreto para dirimir conflitos de interesses. Já a função administrativa, cuida da execução das leis através de atribuições político-governamentais, atividades de fomento e prestação de serviços públicos.

O critério orgânico, todavia, é apontado por muitos autores como insuficiente para, por si só, distinguir as diversas funções estatais, dadas as chamadas atribuições típicas e atípicas de cada Poder. Assim, cabe ao Poder legislativo processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I). Da mesma forma, os órgãos jurisdicionais, exercem funções nitidamente administrativas, ao organizar seus serviços auxiliares, prover os seus cargos na forma da lei, bem como conceder licença e férias aos magistrados e serventários. (CF, art. 96).

Conforme o Prof.º Michel TEMER (TEMER: 1995: 114) "O executivo

igualmente "julga", pois a todo o instante a Administração Pública, defere e indefere pedidos de administrados, aprecia defesas e recursos administrativos. Para tanto, se organiza em instâncias recursais, criando, no seu interior, tribunais administrativos".

No entanto, teria tal atividade da Administração Pública, as mesmas características dos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário? Para responder a essa indagação, passemos primeiramente a analisar as funções típicas dos poderes Legislativo e Executivo:

Primeiramente, temos que a função jurisdicional, para se realizar, há de ser provocada. De fato, é princípio da jurisdição a inércia judicial, mediante a qual os juizes não podem agir de ofício (*nemo iudex sine actore*).

No tocante à atividade administrativa, ocorre exatamente o contrário, uma vez que seus agentes podem e devem agir de ofício, tomando a iniciativa de promover a defesa dos interesses que lhes incumbem diretamente.

Em segundo lugar, enquanto que na relação jurídica processual o juiz é imparcial, indiferente a respeito da situação posta em juízo, ao contrário, a administração "por sua própria finalidade, é parcial, ou seja, é parte já que realiza os interesses públicos, isto é, atua direta e imediatamente na realização dos interesses que lhe são confiados. (ROCHA: 1991: 64).

Finalmente, temos que nota fundamental da jurisdição é a definitividade de suas decisões. Isso porque a finalidade básica da jurisdição "reside em garantir a eficácia do ordenamento jurídico no caso concreto e em *última instância*" (ROCHA: 1991: 62), ou seja, as decisões judiciais são acobertadas pela força da coisa julgada, mediante a qual nenhum juiz poderá decidir novamente aquela questão já decidida, que não comporta mais qualquer recurso.

No tocante às decisões administrativas, todavia, tal não ocorre, porque a imutabilidade e a definitividade, são próprias das decisões judiciais.

Tal ilação é consequência lógica da garantia insculpida no art. 5.º LV do Texto Constitucional, mediante a qual "nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário".

Ora, através do citado dispositivo constitucional, o legislador instituiu a inafastabilidade da jurisdição ou proibição de sua denegação.

Sendo assim, qualquer decisão tomada no âmbito administrativo que tenha violado ou ameaça direito do cidadão, pode e deve ser revista pelo Poder Judiciário, desde que adequadamente provocado.

Ao contrário do que ocorre em certos países em que há o contencioso administrativo, ou no sistema francês então que se tem a figura do administrador-juiz e a impossibilidade de a Justiça Comum conhecer os atos da Administração, adota-se aqui no Brasil o sistema da jurisdição una, ou sistema inglês, pelo qual

todos os litígios de natureza administrativa ou interesses exclusivamente privados são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos, juízes e tribunais do Poder Judiciário.

Conclusão inexorável das considerações acima expendidas é que uma decisão proferida administrativamente, mesmo que precedida de um procedimento regular, não está a salvo de contraste judicial, posto que são apenas materialmente jurisdicionais. Sendo assim, possuem natureza fundamentalmente diversa das decisões judiciais, por lhes faltar a nota de definitividade.

3. DA NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Embora as decisões administrativas não possuam a forma de definitividade das decisões jurídicas, quando da análise do controle interno da Administração Pública e dos recursos administrativos, os autores ressaltam a figura da *coisa julgada administrativa*.

A primeira vista, a expressão parece um tanto quanto contraditória, posto que, conforme frisado, apenas as decisões judiciais fazem coisa julgada propriamente dita.

Todavia, não se pode simplesmente transportar um instituto do direito processual para o direito administrativo sem se levar em conta as evidentes distinções entre a função jurisdicional e a administrativa.

Daí porque, quando se fala em coisa julgada administrativa, há de se entender a *imutabilidade de uma decisão perante a Administração Pública*.

Com efeito, ensinam os doutrinadores que ocorre coisa julgada administrativa "quando inexistente no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública" (GASPARINI: 1992: 554)

Celso BASTOS (BASTOS: 1994: 554), igualmente, define a coisa julgada administrativa, como uma "decisão que já tramitou o máximo possível no âmbito da Administração. Neste âmbito, se exauriu, esgotou suas fontes recursais".

Hely Lopes MEIRELES (MEIRELES: 1992: 583), por sua vez leciona que "a denominada coisa julgada administrativa, que na verdade é apenas uma preclusão de efeitos internos não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário.

Mais adiante, explicita o autor que a imodificabilidade ou irretroatividade do ato pela Administração ocorre apenas entre esta e o administrado, *sem atingir situações e direitos de terceiros*.

Convém lembrar que, normalmente, ao se falar de coisa julgada administrativa faz-se referência apenas ao esgotamento dos recursos na via

administrativa, ou seja, à preclusão das vias de impugnação interna, embora a coisa administrativa ocorra também quando determinados atos ou decisões tornam-se irretroatíveis pela Administração, ante a impossibilidade de revogá-los ou anulá-los.

Cumpre-nos a seguir analisar a ocorrência das hipóteses em que a Administração se vê impedida de modificar uma dada decisão, bem como as razões inspiradoras da impossibilidade de a administração revê-la.

3. DA NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Em virtude da fórmula política adotada pelo legislador constituinte, ou seja, o Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não poderia deixar de estar submetida ao princípio da legalidade, posto que o Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito.

O princípio da legalidade decorre da submissão do Estado à lei. O Estado de Direito é essencialmente um Estado de garantias, pois ao mesmo tempo que o particular "não será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei" (CF. art. 5.º, II), o administrador só pode fazer aquilo que a lei determina. Conforme leciona o Prof.º Celso Antônio B. de MELLO (MELLO: 1994: 47) o princípio da legalidade constitui a "consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei".

Dada a imperiosa necessidade de os atos administrativos se conformarem às prescrições jurídicas, posto que "administrar é aplicar a lei de ofício", nas palavras do inesquecível Seabra FAGUNDES, os atos administrativos que contrariarem as dicções legais deverão ser expurgados, invalidados.

A invalidação dos atos administrativos tanto pode ser feita pela própria Administração, constituindo uma das formas de esta exercer seu controle interno, como pelo Poder Judiciário, e tem como fundamento a necessidade de restauração da legalidade violada. A esse respeito, veja-se a Súmula 473 do Pretório Excelso:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam, direitos: ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos, a apreciação judicial".

Os efeitos da invalidação se produzem "ex tunc", restando desconstituídos assim os efeitos produzidos em decorrência do ato viciado. Conforme dispõe claramente o citado entendimento sumulado, os atos ilegais não geram direitos.

Não obstante a necessidade de se restaurar a legalidade violada tendo em vista a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, uma indagação há de ser feita: Possui a Administração, a todo o tempo, o poder de invalidar seus atos mesmo diante da fluência de longo lapso temporal, ou da extensão de seus efeitos a terceiros de boa-fé?

A resposta há de ser encontrada levando-se em consideração que, se um lado a Administração encontra-se submetida ao princípio da legalidade, outros valores também são protegidos dentro de um Estado de Direito, como o princípio da segurança jurídica, da estabilidade das relações constituídas e da boa fé dos administrados. Sobre este aspecto, trazemos à colação os ensinamentos de Erishem e Martens (1991: 184)

"O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia. Daí resulta que a solução para um conflito concreto entre matéria jurídica e interesses há de levar em conta todas as circunstâncias que o caso possa eventualmente ter".

Sendo assim, decorrem do próprio sistema jurídico, limites ao dever de invalidar, tornando determinados atos irretroativos perante a Administração Pública, fazendo assim coisa julgada administrativa. Examinemos pois esses limites:

4. DOS LIMITES À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. DO DECURSO DE TEMPO

Como primeiro limite ao dever de invalidar, tem-se o decurso de tempo. Pontifica a Prof.^a Weida ZANCANER (ZANCANER: 1993: 61) que "em nome da segurança jurídica, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará a invalidação do ato viciado".

Ou seja, assim como ocorre contra o particular prazo prescricional para que reclame seus direitos perante a Administração Pública, é lógico que também em relação a esta deva existir um determinado prazo para que exerça seu poder de invalidar seus atos, exatamente com base na segurança das relações jurídicas, fundamento básico do instituto da prescrição.

A problemática surge, todavia, em se determinar qual seja o dito prazo prescricional para que a Administração invalide seus atos.

Autores como Weida ZANCANER oferecem solução para a questão acerca do prazo prescricional para invalidação dos atos administrativos a partir da análise da teoria das nulidades de tais atos.

Leciona a citada autora, que a diferença quanto à intensidade de repulsa de um ato administrativo determina o discrimen entre atos nulos, irregulares, anuláveis e inexistentes, ou melhor, entre atos relativamente insanáveis, sendo o enquadramento de um determinado ato administrativo numa das categorias mencionadas, determinante no que tange ao lapso prescricional para a Administração invalidá-los.

Os atos absolutamente sanáveis são aqueles passíveis em que se verificam meras irregularidades materiais, erro na capitulação de um parágrafo e que não implicam "vício de causa nem podem se constituir em erro de direito ou de fato". (ZANCANER: 1993: 91)

Já os atos relativamente sanáveis, são aqueles passíveis de convalidação, que vem a ser "o suprimento da ilegalidade com efeitos retroativos". (MELLO: 1994: 234)

Além de convalidáveis, os atos relativamente sanáveis estabilizam-se pelo decurso de tempo. Assim como o prazo para o interessado impugná-lo é normalmente de cinco anos - Decreto-Lei 20.910/32 - que prescreve tal prazo prescricional em relação a todo e qualquer direito de qualquer natureza contra as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, art. 22.º Lei 4717/55 - Lei da Ação Popular), analogicamente o prazo que a Administração dispõe para invalidá-los, deve ser também de cinco anos.

A adoção do prazo prescricional de cinco anos para que a Administração invalide tais atos, constitui, por outro lado, aplicação direta do princípio da isonomia.

Já os atos relativamente insanáveis, impossíveis de serem convalidados, são prescritivos "longi temporis".

Sendo assim, o lapso temporal para sua estabilização seria de vinte anos, prazo prescricional mais longo previsto pela legislação civil.

Quantos aos atos absolutamente insanáveis, além de impossíveis de convalidação, são também imprescritíveis, podendo a Administração, a qualquer tempo, invalidá-los. Tais atos constituem comportamentos que prescrevem a prática de crimes, como a ordem para torturar um preso, uma autorização para exploração do lenocínio.

No tocante à prescrição administrativa, vista como o prazo de que a Administração dispõe para se manifestar sobre determinada matéria, sob pena de preclusão, entende o Prof.º Hely Lopes MEIRELES que quando a lei não determina o respectivo prazo este deve ser de cinco anos, tendo em vista analogia feita com

o Decreto 20.910/32.

Adotam a mesma posição o Prof.^o Celso BASTOS (BASTOS: 1994: 555), a Prof.^a Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, bem como a Prof.^a Lúcia Vale FIGUEIREDO (FIGUEIREDO: 1994: 148), a qual preceitua que "assim como as ações contra a Administração Pública devem respeitar o prazo prescricional de cinco anos, também entendemos que a invalidação do ato não se possa dar em maior prazo".

Não obstante a maioria dos autores tratem o prazo para invalidação de atos pela Administração Pública como "prescricional", entende a Prof.^a Weida ZANCANER (ZANCANER: 1993: 77) que na realidade tal prazo seria decadencial.

Isso porque a prescrição implica a existência de uma ação ajuizável e a inércia do seu titular por um certo período de tempo, o que acarreta a sua extinção e, por via oblíqua, do direito que lhe seja referente.

Ora, para invalidar um determinado ato administrativo, a Administração não precisa se socorrer às vias judiciárias, podendo fazê-lo de ofício, pelo que não se tem a extinção de uma ação ajuizável. Sendo assim, na seara do direito administrativo, "o princípio da segurança jurídica, só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato de que a Administração Pública não precisa se valer da ação ao contrário do que a passa com os particulares, para exercer o seu poder de invalidar". (ZANCANER: 1993: 77).

Diante do exposto, vê-se que a questão da fixação dos prazos dentro dos quais a Administração pode manifestar-se sobre uma determinada matéria, é de fato problemática, merecendo um tratamento legislativo adequado.

Contudo, o que não se há de admitir é que não havendo prazo "prescricional" previamente estabelecido possa a Administração, a qualquer tempo, invalidar um determinado ato. Isso porque sendo a prescrição instituto fundamental do direito, a ela se submetem não apenas os particulares, mas também a Administração que atua sob a égide de um ordenamento jurídico, o qual não tolera que determinadas situações fiquem eternamente pendentes.

4.2. A CRIAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS AMPLIATIVAS DE DIREITOS

Dúvidas não restam de que várias consequências jurídicas advêm de atos passíveis de anulação.

Em determinados casos, os atos inválidos de fato criam situações concessivas de benefícios ou ampliativas de direitos.

Nestas hipóteses, a doutrina tem conhecido que o aparecimento de tais situações, aliado a outros fatores, como o decurso de um certo período de tempo e a boa-fé do administrado constitui uma barreira ao poder de invalidação dos atos administrativos.

Isso porque, embora o princípio da legalidade seja fundamental num Estado de Direito, "encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, ou por se referirem ao direito como um todo, como por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou por serem protetores do comum dos cidadãos, como por exemplo, a boa-fé, princípio que visa também protegê-los quando de suas relações com o Estado" (ZANCANER: 1993: 60)

Sendo assim, pontifica a autora que situações ampliativas de direitos devem ser preservadas, ainda quando advenham de atos passíveis de anulação quando cumulativamente houver "decorrido um certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio de direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; boa-fé por parte do beneficiário". (id, 1993: 62)

Trata-se do reconhecimento na seara administrativa da teoria do fato consumado que, em várias situações, vem sendo acolhida pelo Poder Judiciário, exatamente porque o desfazimento de certas situações causaria problemas práticos incontornáveis, notadamente no que tange a terceiros de boa-fé.

A estabilização de determinadas relações, ainda que oriundas de atos viciados impõe-se também por atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que são subjacentes ao regime jurídico-administrativo.

Pelo princípio da razoabilidade, a Administração "deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (MELLO: 1994: 54)

O princípio da proporcionalidade, originariamente ligado ao problema da limitação do Poder Executivo, medida para limitações administrativas da liberdade individual (CANOTILHO: 1993: 386), deve exercer papel preponderante quando em confronto com a necessidade de se restaurar a legalidade violada e a preservação de situações consolidadas, em virtude do qual a Administração fará um só pensamento entre o princípio da legalidade e o da estabilização das relações jurídicas.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade, desdobra-se em uma série de exigências ou subprincípios, quais sejam: exigência da conformidade ou adequação dos meios, através do qual uma providência adotada deve ser apropriada para o atingimento do fim estabelecido; necessidade, ou seja, impossibilidade de ser adotado outro meio menos oneroso para o cidadão e, finalmente a exigência de que o resultado obtido com a intervenção, seja proporcional à "carga coativa" da mesma, conhecida também como princípio da proporcionalidade em sentido estrito, através do qual meios e fins são colocados

em equação mediante um juízo de ponderação. (CANOTILHO: 1993: 387)

Em resumo, a providência de invalidação de um determinado ato ou relação jurídica deve ser não apenas capaz de restaurar a legalidade violada como "proporcional à sua carga coativa", de modo que não venha a atingir outros valores albergados pelo ordenamento jurídico, como a segurança das situações consolidadas. Há ainda de ser o meio menos gravoso para o administrado.

4.3. DA LESIVIDADE COMO PRESSUPOSTO DA INVALIDAÇÃO

A aplicação da súmula 473 do Pretório Excelso, que impõe o dever de a Administração invalidar os seus atos nulos, vem sofrendo condicionamentos, tendo em vista quer a estabilização de situações ampliativas de direitos, quer a possibilidade de sua convalidação. Veja-se, a propósito, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

4.4. FUNCIONÁRIO PÚBLICO - PROVIMENTO - ANULAÇÃO

- "A regra anunciada no verbete n.º 473 da Súmula do STF, deve ser entendida com algum temperamento: no atual estado do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência". (RDA: 184: 113-248)

Conforme se vishumbra do citado julgado, entendeu o STJ que um dos requisitos necessários à anulação dos atos administrativos seria a lesão ao erário. Do voto do eminente Ministro Gomes de Barros:

"Em boa hora, o legislador brasileiro inseriu no direito positivo uma importante condição para desconstituição do ato administrativo; a ocorrência de lesão ao patrimônio público.

Com efeito, ao regulamentar o exercício da Ação Popular, a Lei n.º 4.717/65, em vários dispositivos coloca a lesividade como atributo necessário à declaração de nulidade.

De acordo com a Lei da Ação Popular, "são nulos os atos lesivos".

No mesmo sentido, também se manifesta a Prof.ª Lúcia Valle FIGUEIREDO (FIGUEIREDO: 1994: 150).

"Doutra parte, temos que, ainda, outro limite à invalidação dos atos administrativos, tal seja, a ausência de lesão. É dizer, o ato invalidável não teria contaminado as relações surgidas... Em casos tais, *ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores* - a Administração não deve anular

seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder".

Ainda segundo o entendimento pretoriano trazido à colação, quando um determinado ato tenha servido de fundamento a um ato posterior praticado em outro plano de competência não há possibilidade de invalidação, sendo feita referência ao seguinte exemplo:

"Ao teor da Lei n.º 6.766 de 19 de dezembro de 1979, a aprovação do projeto constitui requisito para aprovação do loteamento.

Efetivado o registro, a partir de tal aprovação, é possível à municipalidade decretar a nulidade de seu ato?

Evidentemente, não.

Do contrário, estar-se-ia atribuindo, por vias oblíquas, ao administrador municipal o poder de cancelar um registro público".

4.5. DA IMPOSSIBILIDADE DE INVALIDAÇÃO DE ATOS QUE JÁ FORAM OBJETO DE CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Os atos administrativos, uma vez submetidos a controle pelo Tribunal de Contas, não se encontram mais disponíveis para a Administração. Conforme leciona a Prof.ª Lúcia Vale FIGUEIREDO (FIGUEIREDO: 1994: 150) "a decisão do Tribunal de Contas, como ato homologatório pelo que é ato totalmente vinculado. Assim sendo, ressalta-se a impossibilidade de a Administração voltar-se sobre o primeiro ato emanado, pretendendo invalidá-lo. Não deteria mais competência quer ativa quer controladora. De conseguinte, as relações jurídicas criadas não lhe são mais disponíveis, por se encontrarem protegidas por outras normas do ordenamento jurídico".

4.6. DA POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO COMO BARREIRA À INVALIDAÇÃO

Da emenda do citado julgado do STJ, tem-se reconhecida mais uma barreira à invalidação dos atos administrativos, qual seja a possibilidade de convalidação dos mesmos.

É de se esclarecer que não há para o administrador direito à escolha entre a invalidação e a convalidação do ato.

Isso porque a restauração da ordem jurídica violada tanto é feita através da invalidação como da convalidação, atendendo esta, além do princípio da legalidade ao da segurança jurídica. A propósito, é este o entendimento da Prof.ª Weida ZANCANER. (ZANCANER: 1993: 58).

"Por sua vez a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação - entendido finalisticamente demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica:

Em face do exposto, quando possível a convalidação dos atos viciados, a Administração não poderá negar-se a fazê-lo. Não há, nessa hipótese - repita-se, opção discricionária, pois, se a Administração Pública deve agir com fiel subsunção à lei, não nos parece plausível que possa ficar a critério do administrador invalidar atos, relações jurídicas, ou ambos, se existe a possibilidade de convalidá-los, pois a convalidação *atende não só ao princípio da legalidade mas, sobretudo, ao da segurança jurídica*, ressalvada a hipótese de ato discricionário maculado de vício de competência". (grifos nossos).

Sendo assim, a convalidação se impõe como autêntica barreira à invalidação dos atos administrativos, a qual será efetivada apenas quando existir possibilidade de convalidação.

Com efeito, existem as chamadas barreiras à convalidação. O decurso de tempo, por si só, pode ser capaz de gerar a estabilidade de um ato, fazendo-se desnecessária a convalidação. A impugnação do interessado, por sua vez, impede a convalidação, porque conforme leciona o Prof.º Celso Antônio B. de MELLO (MELLO: 1994: 95), "se fosse possível à Administração Pública convalidar um ato viciado, após impugnação do interessado, quer por via administrativa, quer por via judicial, que ainda por resistência, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos defeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica".

Existem também determinados atos que não são passíveis de convalidação, por não poderem ser re praticados sem vício, como os já mencionados atos inexistentes e os atos que portem vícios de motivo, conteúdo, causa, finalidade, e de procedimento, quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado. ZANCANER. (ZANCANER: 1993: 73)

Apenas em uma hipótese admite-se opção por parte da Administração entre a invalidação e a convalidação, que ocorre quando determinado ato discricionário tenha sido praticado por agente incompetente. Isso porque, se aquele ato foi praticado mediante apreciação subjetiva de quem não tinha poderes para fazê-lo, o agente competente não pode ser obrigado a re praticá-lo sem vício, ou seja, a convalidá-lo.

Por outro lado, a convalidação dos atos administrativos atende a um dos aspectos do princípio da proporcionalidade, qual seja a de ser adotada, a providência menos onerosa para o cidadão.

4.7. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DE UMA NORMA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO/A QUESTÃO DA INVALIDAÇÃO E MANUTENÇÃO DAS SITUAÇÕES CONSOLIDADAS

Questão de singular importância é a de se saber como ficam situações concessivas de benefícios a particulares feitas com base numa desarrazoada e errônea interpretação da lei por parte da Administração.

Deve-se considerar primeiramente, a hipótese de tal interpretação conduzir a uma ilegalidade. Nestes casos, pode a Administração invalidar o ato e seus efeitos, desde que não tenha ocorrido nenhuma barreira à invalidação, como o decurso de tempo que, por si só, venha estabilizar uma determinada relação.

No tocante ao segundo limite à invalidação, mencionamos que além de uma situação ampliativa de direito, deveriam estar presentes simultaneamente a boa-fé do administrador e a existência de um princípio ou regra de direito que lhe tenha embasado... Na hipótese de uma interpretação de desarrazoada que viole a letra e o sentido de uma lei e não atenda a nenhum princípio de Direito, o último dos requisitos não se configura, não se fazendo possível a estabilização de tal situação. Devem ainda tais situações ser impassíveis de convalidação e lesivas ao erário.

Pode ocorrer, entretanto, que a Administração Pública venha simplesmente a dar uma nova interpretação a uma determinada regra que melhor revele o seu sentido e alcance.

Em tais hipóteses, as situações e direitos constituídos com base na interpretação anterior são plenamente válidos e intangíveis. Eis que aqui não há que se falar em ilegalidade.

Assim, a nova diretriz adotada pela Administração há de produzir efeitos para o futuro, sem atingir situações consolidadas.

A questão da mudança de interpretação de determinada norma por parte da Administração está ligada à questão das práticas administrativas, ou, como preferem alguns autores, aos precedentes administrativos, bem como a sua obrigatoriedade jurídica.

Fernando Garrido FALLA (FALLA: 1989: 255), de forma precisa, sintetiza as hipóteses em que a Administração pode mudar um determinado entendimento. Vejamo-las:

"Entendemos, antes bien que, que la Administración puede lícitamente apartarse de sus propios precedentes:

- 1.º Si se trata de materias em las que actúa con poderes reglados, por entender que la interpretación da la ley que se ha venido haciendo no es la correcta.
- 2.º Si se trata de materias en las que actúa con poderes discrecionales, por

entender que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrários al interés público; si bien en este caso el cambio de criterio deberá realizarse con carácter general para el futuro, y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto”.

Adiante, o citado autor revela preocupação com a criação pelos precedentes administrativos de um princípio de aparência jurídica que induza o administrado a ter como correta uma conduta sua em dado sentido, de onde adviria a obrigatoriedade daqueles, em proteção à boa-fé dos administrados e à segurança das relações jurídicas.

Sendo assim, a alteração de um determinado critério ou entendimento legal por parte da Administração não pode se dar de forma casuística, mas ao contrário, deve ter caráter geral e disposição para o futuro.

5. REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES E LIMITES

A revogação de um ato administrativo constitui “a sua extinção ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando os efeitos precedentes”. (MELLO: 1994: 217).

Diferencia-se a revogação da invalidação porque esta é feita para recompor a legalidade violada, enquanto que a revogação funda-se na inconveniência ou inoportunidade de um ato ou das situações por ele criadas.

Ademais, enquanto os efeitos da invalidação são produzidos “ex tunc”, os efeitos da revogação produzem-se “ex nunc”, posto que o ato neste caso foi produzido em conformidade com o direito. Assim, a revogação tem como objeto uma relação jurídica válida ou os seus efeitos.

A revogação portanto funda-se no juízo discricionário da Administração a respeito de uma determinada situação cuja manutenção não convém ao interesse público.

Embora a revogação se dê por motivos de conveniência e oportunidade “o interesse público que há de motivar o ato revogatório não pode ser visto de maneira abstrata e vaga. Na verdade, todo o ordenamento visa à satisfação de interesses públicos”. (FIGUEIREDO: 1994: 159).

Outro aspecto a ser considerado é que, enquanto a invalidação dos atos administrativos pode ser feita tanto pela própria Administração, em seu controle interno, como pelo Poder Judiciário, quando provocado, a revogação só pode ser feita pela Administração. No tocante ao Judiciário, tem esta competência apenas para revogar seus próprios atos administrativos.

Assim, como a invalidação dos atos administrativos encontra barreiras extraídas do próprio ordenamento jurídico, igualmente a possibilidade da

Administração revogar seus atos também não é absoluta, existindo destarte os limites à revogação dos atos administrativos. Tornando-se irrevogáveis, passam a fazer coisa julgada perante a Administração.

A doutrina tem apontado como irrevogáveis os seguintes atos:

- 1) aqueles que a própria lei declare irrevogáveis.
- 2) os atos já esgotados, ou seja, aqueles em que a relação jurídica já tenha se esgotado.
- 3) os atos vinculados, ou seja, aqueles que só admitem um comportamento por parte do administrador, sem possibilidade de apreciação subjetiva, bem como de posterior alegação de inconveniência e inoportunidade.
- 4) os atos puros ou meros atos administrativos, como as certidões, votos em órgãos colegiados.
- 5) os atos de controle, tendo em vista o esgotamento da competência com a expedição do ato.
- 6) atos que, por integrarem um procedimento administrativo, devem ser expedidos em ocasião própria, sob pena de preclusão. É o que ocorre, por exemplo, no tocante às habilitações nos procedimentos licitatórios. A habilitação “é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar”. (FIGUEIREDO: 1994: 301). Uma vez proclamada a habilitação não pode mais ser reexaminada, por ter ocorrido a preclusão.
- 7) atos que geram direitos adquiridos que, por expressa disposição constitucional, não podem ser prejudicados sequer por lei, quanto mais por um ato administrativo.

Não se admite, destarte, que por alegação de interesse público possa a Administração “revogar” um direito adquirido do administrado.

Daí porque, quando em conflito o interesse público e algum direito do particular, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado faz com que o primeiro tenha que ser atendido, sendo necessário, todavia, que sejam observadas as normas constitucionais para tal desiderato, de modo que os direitos individuais não venham a ser aniquilados, o que é inadmissível num Estado de Direito. Assim, “a lei prevê o instituto da expropriação quando é irreduzível o choque entre um interesse público e um direito do administrado. E na desapropriação há um procedimento a observar e há, de regra, necessidade de indenização prévia, justa e em dinheiro (cf. o art. 5.º XXIV da Lei Maior). Esta é a fórmula pela qual se compõem o interesse público e o direito do administrado se entre ambos irromper conflito insolúvel consensualmente. No Estado de Direito, o Poder Público não pode fugir das vias previstas na ordem normativa”. (MELLO: 1994: 225).

Com efeito, a própria Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre o poder de revogação dos atos administrativos pela Administração Pública, ressalva claramente os direitos adquiridos.

Desse modo, a "revogação" de um ato administrativo por fato superveniente de interesse público demanda o ressarcimento integral do particular que teve seu direito atingido, sob pena de vilipêndio (art. 5.º XXXVI da Magna Carta).

6. CONCLUSÃO

Dada a consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º LV) e a adoção do sistema de jurisdição una, a coisa julgada administrativa não pode ter as mesmas características da coisa julgada judicial, produzindo efeitos apenas perante a Administração Pública.

Por outro lado, o reconhecimento da irretratabilidade de determinados atos e decisões por parte da Administração, fazendo assim coisa julgada administrativa, constitui conseqüência inexorável da constitucionalmente assegurada estabilidade das relações jurídicas.

Assim, barreiras ao poder de invalidação não de ser reconhecidas, como o decurso de um determinado lapso temporal que, por si só, seja capaz de consolidar determinadas situações. Há necessidade porém de se regular legislativamente a problemática da "prescrição administrativa".

Por outro lado, situações ampliativas de direitos de particularidades devem se constituir em limite ao poder de invalidar, assim como a possibilidade de convalidação das relações surgidas em virtude de um ato viciado e a ausência do requisito de lesividade.

A Administração Pública pode, licitamente, rever seus precedentes ou interpretações legais, fazendo-os para o futuro e com caráter geral, sem atingir situações consolidadas.

No tocante à revogação dos atos administrativos, limites também devem existir. Assim, são irrevogáveis atos que gerem e direitos adquiridos, atos vinculados, atos expedidos dentro de um procedimento, atos de controle e atos que a lei declare expressamente como irrevogáveis.

Ao final, tem-se que os limites à invalidação e revogação dos atos administrativos visam exatamente compatibilizar o princípio da legalidade, com a segurança das relações jurídicas e a salvaguarda do interesse público.

7. BIBLIOGRAFIA

1. BASTOS, Celso, *Curso de Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 1994.
2. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*. Almedina, 1993.
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. Editora Atlas. 5.ª Ed. 1994.

4. FALLA, Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volúmen I, Parte General, Undécima Edición, 1989.

5. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 1.ª Ed., 1994.

6. GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 2.ª Ed., 1992.

7. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros, 17.ª Ed., 1992.

8. MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 5.ª Ed., 1995.

9. ROCHA, José de Albuquerque, *Teoria Geral do Processo*. Editora Saraiva, 2.ª Ed., 1991.

10. TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 11.ª Ed., 1995.

11. ZANCANER, Weida, *Da Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*. Editora Malheiros, 2.ª Ed., 1993

AUTONOMIA MUNICIPAL

Daniela Carvalho Cambraia

Estudante da Universidade Federal do Ceará
Estagiária da Procuradoria Geral do Município.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO; 2 - CONCEITO; 3 - AUTONOMIA MUNICIPAL X CONSTITUIÇÃO DE 1988; 4 - ASCENSÃO DA AUTONOMIA COM A LEI ORGÂNICA 5 - ESPÉCIES DA AUTONOMIA; 6 - INTERVENÇÃO ESTADUAL; 7 - O MUNICÍPIO É UMA ENTIDADE DA FEDERAÇÃO?; 9 - CONCLUSÃO; 9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 - INTRODUÇÃO

Ao abordarmos o tema de nosso trabalho, objetivaremos tecer conceitos e algumas considerações a respeito do princípio da autonomia municipal inserida na nova ordem constitucional.

O Município era uma entidade social e histórica antes de se transformar numa instituição político-jurídica. Resulta do agrupamento de várias famílias que se reúnem num certo território para a realização de interesses comuns.

É pois, o Município, a primeira forma de agrupamento entre os Homens. Foi das formações das cidades que se originou o Homem político e socializado. É essa razão pela qual podemos reputá-lo, juntamente com *Gablentz*, como um conceito essencial da teoria do Estado e da sociologia, dando margem a uma administração própria do Município (ou como diria *Gablentz*: da comuna), numa circunscrição administrativa baseada nas próprias relações de vizinhança.

Sua importância é, e sempre foi tão visível, que os próprios marxistas reputaram a *comuna primitiva* como a base da evolução social, através da qual se processou o desenvolvimento da humanidade, mediante as fases dos impérios escravistas da antiguidade, do feudalismo, do capitalismo e do socialismo.

Apesar da importância histórica e atual do Município, expor a temática *autonomia municipal*, significa apalpar um assunto pouco explorado quando equiparamos a outros temas. Apesar da Constituição de 1988 ter alargado suficientemente a autonomia municipal, o tema "Município" ainda é limitado no tocante a sua autonomia didática.

Somente em algumas universidades a disciplina é oferecida e, ainda assim, optativamente.

Não obstante essa ausência didática, estamos diante de uma disciplina importante, que nos envolve e nos permite refletir com entusiasmo a respeito de

suas conseqüências, conforme tentaremos comprovar a seguir.

2- CONCEITO

“É importantíssimo definir os termos. Sócrates costumava dizer: antes de começarmos a falar, vejamos de que é que estamos falando”

Para esclarecermos o conceito de autonomia é necessário que façamos uma comparação entre esta e *soberania*. Entre ambas existem pontos de contato, porém, de maneira alguma se confundem.

Soberania é o direito que tem o Estado de estruturar seu direito positivo no mais alto grau (Carta Magna), sem interferência externa, sem participação de qualquer potência estrangeira. É o poder que tem o Estado de elaborar a sua Constituição.

A soberania pertence aos Estados, aos países; a autonomia refere-se ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Estados-Membros de uma Federação.

O significado tradicional da palavra autonomia, conforme vê-se quando da leitura dos estudiosos que têm debatido o problema, é conceder o direito de legislar. Porém, essa idéia é ultrapassada.

Conforme dispõe *Pinto Ferreira*, “Henry Capitant em seu *Vocabulário Jurídico* assegura que ‘a autonomia, palavra do grego *autonomia* é o direito de se reger por suas próprias leis (*nomos*). É o fato de uma coletividade (Estado, Estado-Membro, circunscrição administrativa) determinar ela mesma no todo ou em parte das regras de direito que a regem’.” A autonomia é assim o aspecto positivo da independência. A autonomia absoluta é sinônimo de soberania.

Labande, um grande autor alemão do século transato, em sua obra “*O direito público do Império Alemão*”, salientou que, “no sentido jurídico, autonomia designa sempre um poder legislativo, pressupondo um poder de direito público, não soberano, capaz de estabelecer por direito próprio, e não por mera delegação, regras de direito obrigatórias”.

Autonomia, estabelece *J. Cretella Jr.*, segundo *Zanobini*, “é a faculdade que tem alguns entes de se organizarem juridicamente, de criarem um direito próprio, direito que, como tal, é não só reconhecido pelo Estado, mas também por ele adotado para fazer parte do seu próprio sistema jurídico e declarado obrigatório como as próprias leis e os próprio regulamentos”.

Resumindo, autonomia é uma parcela da soberania concedida e limitada pelo poder soberano do Estado ao Distrito Federal aos Municípios e aos Estados-Membros, através de uma Constituição rígida.

Essa autonomia vem sendo conhecida no Brasil desde longa data, precisamente acentuada pelo regime republicano, que a enriquece na sistemática

do direito público constitucional vigente, tornando-a sensível às novas sugestões da experiência, e agregando mesmo nas derradeiras Constituições brasileiras uma competência privativa própria.

Atualmente, ninguém pode contestar a importância que tem o Município como escola prática da liberdade, realizando um programa ou uma tarefa administrativa indispensável à boa salvaguarda dos problemas regionais, como assinala *Pinto Ferreira*.

3. AUTONOMIA MUNICIPAL X CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ordem constitucional vigente ampliou a autonomia municipal. Esta é a assegurada pelos artigos 18 e 19, e garantida contra os Estados-Membros pelo art. 34, VII, “c” da CF/88.

É a Constituição Federal que distribui as competências exclusivas entre as três esferas de governo. Nas Constituições anteriores, aos Municípios só era outorgado governo próprio e competência exclusiva, que correspondem ao mínimo para que uma entidade territorial tenha autonomia constitucional.

Atualmente, foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, ao lado de governo próprio e competência exclusiva, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro ângulo, não há mais qualquer hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois, a capacidade de autogoverno municipal entre nós.

A Constituição Federal de 1988 outorgou ao Município uma autonomia própria e ampla. Antes, o reconhecimento da autonomia municipal tinha um sentido remissivo. Quer dizer, a Constituição remetia aos Estados o poder de criar e organizar seus Municípios. O sentido remissivo no qual foi dito, consistia em determinar aos Estados que, ao organizarem seus municípios, lhes assegurassem a autonomia, mas apenas quanto às capacidades de auto-administração, autolegislação e autogoverno. Ao fazê-lo, os Estados haviam de respeitar a autonomia assegurada na Constituição Federal em termos genéricos relativos ao peculiar interesse local.

Hoje, no entanto, é assegurado aos Municípios uma autonomia sem restrições, às normas constitucionais instituidoras da autonomia são dirigidas diretamente aos Municípios.

Um aspecto de suma importância a ressaltar é que a autonomia municipal é princípio de estirpe constitucional. Princípio e não apenas norma, constitucional e não legal.

Conforme a maioria da doutrina e pelo disposto nos arts. 29 e 30 da CF/88, podemos assentar a autonomia municipal em quatro capacidades:

- *Capacidade de auto-organização*, mediante a elaboração de lei orgânica própria, votada, aprovada e promulgada pela Câmara Municipal.

- *Capacidade de autogoverno*, ou seja, de ter governo próprio, representados por autoridades próprias, decorrente da eletividade dos seus mandatários políticos (Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores).

- *Capacidade de autolegislação*, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no âmbito da legislação concorrente.

- *Capacidade de auto-administração*, consistente em organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, seja em distribuir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como em aplicar suas rendas.

No tocante a autolegislação, vale ressaltar o disposto no art. 30, I da CF/88, *in verbis*:

“Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local”

A nosso ver o interesse local não somente deve ser interpretado à luz dos dispositivos constitucionais que consolidam a organização da autonomia municipal, senão também de acordo com as necessidades históricas e o sentido de sua evolução.

Nas Constituições anteriores era usada a expressão *peculiar interesse em vez de interesse local*.

São termos semelhantes os quais dizem praticamente a mesma coisa. Devido a isso, muitos comentários a respeito do primeiro aproveitam-se ao segundo.

Na conceituação de *Hely Lopes Meirelles* referente a *peculiar interesse*, podemos aplicá-la ao *interesse local*: “Não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos Municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição, mesmo porque não há interesse municipal que o não seja reflexamente da União e do Estado-Membro, como também não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira, através dos Estados a que pertencem”.

Interesse local dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades locais, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as suas necessidades gerais.

Pinto Ferreira cita o que dizia *Pimenta Bueno* em sua obra “*Direito Público Brasileiro*”.

“A natureza do poder municipal revela quais devem ser suas atribuições

essenciais. Tudo quanto respeite especialmente à sociedade local, tudo quando não for de interesse principal ou geral, deve ser atribuído ao conselho da família municipal. É justo e conveniente que essa associação se governe como melhor julgar em tudo quanto essa liberdade não ofender os outros municípios ou os interesses dos Estados.

É mister que tenha suas rendas, faça suas despesas especiais, seus melhoramentos, que mantenham suas disposições policiais apropriadas”.

O que difere e caracteriza o interesse local é a predominância do interesse do Município sobre o interesse da União e do Estado.

Enfim, num estado federal como o nosso, de quádrupla discriminação de competências, o entrecchoque de interesses será, naturalmente, uma constante. O que interessa à União ou ao Estado, repercute no Município. O que afeta o interesse local ressoa também, posto indireta e mediatamente, no interesse da região ou da nação. Não há interesse que se isole, privativo, exclusivo. É a noção de interesse local, embora submetida à elasticidade de uma construção maleável face ao tempo e ao lugar, talvez tenha maior mérito do que a rigidez de uma discriminação inflexível, incapaz de atender às variações de predominâncias futuras.

4- ASCENSÃO DA AUTONOMIA COM A LEI ORGÂNICA

Até o advento da Constituição de 1988, o Município não possuía poderes para organizar-se politicamente. Sua organização política era feita pelos Estados-Membros. Tinha apenas competência para organizar os seus serviços, enquanto mera organização administrativa.

Dessa forma, a organização do Município era feita pelo legislador estadual, enquanto a organização dos serviços de interesse local era matéria afeta ao legislador municipal. Se a organização era política, competia ao Estado-Membro. Se a organização era administrativa, competia ao Município.

Porém, a Constituição atual conferiu aos Municípios competência para auto-organizar-se, seja politicamente, seja administrativamente. Essa renovação se deu principalmente devido o surgimento da *Lei Orgânica*.

A Lei Orgânica é uma espécie de constituição municipal. Cuida de discriminar a matéria de competência exclusiva do Município, observados os interesses locais, bem como a competência comum que a Constituição lhe reserva juntamente com União, os Estados e o Distrito Federal (art. 23). Indica, dentre a matéria de sua competência, aquela que lhe cabe legislar com exclusividade e a que lhe seja reservado supletivamente.

O art. 29 da CF/88 confere aos Municípios o seu regimento interno por Lei Orgânica própria votada em dois turnos, e aprovada por 2/3 dos membros da

Câmara Municipal.

Ao elaborar a Lei Orgânica, a Câmara Municipal terá de atender a princípios constitucionais federais que, evidentemente, sejam aplicáveis aos Municípios, como o de independência dos poderes, o da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade e o da publicidade, o do processo legislativo, o da discriminação de competências, o do livre exercício dos poderes municipais e muitos outros.

Além dos princípios acima citados deve, ainda, o Município seguir os preceitos estabelecidos nos incisos do artigo constitucional em comento.

Vale ressaltar que a Lei Orgânica não se confunde com a lei ordinária nem com a lei complementar, tampouco com lei delegada, resolução ou decreto legislativo.

A Lei Orgânica, poderíamos dizer, é uma lei mais nobre do que as demais, até porque exige processo mais árduo e mais solene de votação e aprovação, além de tratar de assuntos considerados mais importantes, melhor dizendo, mais básicos. Segundo Joaquim Castro Aguiar, "seus preceitos impõem-se às outras leis. Uma lei ordinária que contrarie determinação da lei orgânica, ilegal será. Por isso tudo é que se diz que a lei orgânica exerce o papel da Constituição do Município. Contém preceitos que obrigam o legislador ordinário. Só dispõe sobre matérias substancialmente de organização do Município, como é o caso dos preceitos asseguradores da repartição das funções dos dois poderes municipais (Legislativo e Executivo, Câmara e Prefeitura)".

5- ESPÉCIES DA AUTONOMIA

- autonomia política
- autonomia financeira
- autonomia administrativa

Antes de conceituarmos cada espécie da autonomia, permitam-nos, para um melhor entendimento, expor o que se pensava no tocante a legislação municipal (autonomia política).

Sustentava-se antigamente que o Município não editava leis mas meras deliberações, simples posturas, sem que em tais atos houvesse forma e conteúdo de lei.

A lei de organização dos Municípios do antigo Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, que permaneceu em vigência até a fusão do Estado do Rio com o da Guanabara, revogada em 1975, não fazia qualquer menção à lei municipal, não usava a dicção lei municipal e ainda rotulava de deliberação os atos das Câmaras

de Vereadores, editados mediante sanção do Prefeito e que dispunham sobre as matérias de competência dos Municípios. Representava isto a tradução do pensamento de alguns estudiosos de que o Município não tinha competência para fazer leis.

Victor Nunes Leal já lecionava sobre o assunto em 1960 na obra *Problema de Direito Público*, "in verbis":

"Sendo a lei municipal superior a qualquer outra, na esfera da competência privativa dos Municípios (já que, em tal caso, a lei estadual ou a federal devem ser tidas por inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis), não se lhe pode recusar o caráter de autêntica lei, segundo o critério formal de classificação dos atos do estado".

Assim, quando o Município legisla, ou seja, institui leis próprias, ele está exacerbando sua autonomia, em vista disso, nos obrigamos a considerá-la amplamente tanto no seu conteúdo formal quanto no material.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 superou esses impasses, seja usando o vocábulo legislar (art. 30, I), seja fazendo referência expressa à lei, em relação a atos legislativos da Câmara (art. 182, art. 29; § 4.º; art. 150; § 6.º etc.), seja reconhecendo a Câmara e a Prefeitura como Poderes do Município e não apenas como órgãos (art. 31).

Adentraremos, agora, diretamente no assunto do item 4 (*espécies da autonomia*).

Os autores divergem quando da classificação da autonomia. J. Cretella Jr., José Afonso da Silva e Hely Lopes Meirelles dividem-na em três espécies: *administrativa, política e financeira*. Isoladamente, Joaquim Castro Aguiar prefere classificá-la em quatro: *política, legislativa, financeira e administrativa*.

Preferimos adotar a primeira classificação, em virtude de entendermos estar a autonomia legislativa embutida na autonomia política.

Podemos defini-las da seguinte forma.

A *autonomia política* se dá quando há autolegislação e quando o Município tem a faculdade de eleger o Chefe do Executivo e os representantes do povo. Concretiza-se, pois, pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, eleição essa que se realiza simultaneamente, em todo o país.

A autolegislação está aqui inserida, pois o Município possui um corpo legislativo eleito diretamente pelo povo que legisla sobre assuntos de interesse local e suplementam a legislação federal e a estadual no âmbito da legislação concorrente. Portanto, a autonomia legislativa está intrinsecamente filiada a política, visto que, são os prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores eleitos que legislam.

A *autonomia financeira* consiste na faculdade que o Município tem de instituir e arrecadar seus próprios tributos, bem como de aplicar suas rendas, sem

interferência das demais entidades federais e estaduais, naquilo que disser respeito a matérias sobre as quais a União e o Estado tenham competência para legislar.

A *autonomia administrativa* consiste na possibilidade dos Municípios gerir os serviços públicos locais sem ingerência do poder federal ou do poder estadual. Faculta o ente em comento de organizar os seus serviços públicos locais, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, como também dispor sobre as ordenações territoriais do Município.

6- INTERVENÇÃO ESTADUAL

Aludindo à autonomia dos Municípios, não só pela eleição dos prefeitos e dos vereadores, porém particularmente pela administração própria, no que concerne ao seu interesse local, sobretudo no tocante à decretação de seus tributos, aplicação de suas rendas, bem como organização dos seus serviços públicos locais, a Constituição Federal estabeleceu com precisão o conceito de competência municipal. Os Estados-Membros não podem violar este mínimo constitucional de autonomia do Município, mas apenas editar novos dados à autonomia municipal, caso assim queiram proceder.

A intervenção estadual é a forma mais violenta de agressão à autonomia municipal. Portanto, é aquela, medida excepcional de caráter corretivo político-administrativo, só admitida nos quatro casos expressos na Constituição da República (art. 35, I a IV). É uma restrição à Administração e dos Administrados quando falha a ação dos governantes e administradores locais.

Dessa forma, a garantia estará sempre garantida, desde que o governo municipal não aja de modo que dê lugar à intervenção do Estado no Município.

A intervenção nos Municípios é estadual, salvo quanto a Municípios localizados em Território Federal, caso em que a intervenção será feita pela União. Estadual ou Federal, os casos de intervenção são exatamente os mesmos.

No art. 35 da CF/88, no qual transcrevemos a seguir, estão estabelecidos os casos de intervenção, verbis:

“Art. 35 - O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União dos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino;

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a

execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

Tais casos são taxativos e não exemplificativos. Vale dizer que o legislador ordinário não poderá ampliá-los, estando limitado pelas hipóteses constitucionalmente descritas. O ato interventivo está, pois, rigorosamente preso aos casos estabelecidos na CF/88, sob pena de inconstitucionalidade.

Através de decreto, o Governador concretizará a intervenção. O decreto indicará se for o caso o nome do interventor, além de outras exigências decorrentes da Constituição Estadual.

Cessados os motivos de intervenção, o Prefeito afastado retornará a seu cargo, salvo se ocorrer hipótese de impedimento legal.

Entretanto, conforme dita Joaquim Castro Aguiar, “há de se ter em mente que o Estado não pode, de nenhum modo, invadir a competência municipal, ditando aos Municípios princípios que não sejam pertinentes à competência estadual. Não pode o Estado estabelecer, na hipótese, qualquer princípio, livremente, mas apenas princípios que digam respeito à organização política do Município, por ser inconstitucional a norma da Constituição Estadual que cerceie, de alguma forma, a competência do Município para dispor sobre os assuntos de interesse local”.

Se ocorrer uma intervenção por parte do Estado sem embasamento legal, o Município poderá se utilizar do Poder Judiciário para assegurar sua autonomia.

7- O MUNICÍPIO É UMA ENTIDADE DA FEDERAÇÃO?

A Federação se subdivide e preserva a unidade nacional. Ela tem a necessidade de se subdividir em entes autônomos para que estes participem nas formações dos princípios vetores de um Estado.

A característica básica de qualquer Federação está em que o poder governamental se distribui por unidades regionais. Na maioria delas essa distribuição é dual, formando-se duas órbitas de governo: a central e as regionais (União e Estados federados) sobre o mesmo território e o mesmo povo. Mas, no Brasil, o sistema constitucional eleva os Municípios à categoria de entidades autônomas, isto é, entidades dotadas de organização e governos próprios e competências exclusivas. Com isso, a Federação brasileira adquire peculiaridade, configurando-se, nela, realmente três esferas de governo: a da União, a dos Estados Federados e a dos Municípios, além do Distrito Federal, a que a Constituição agora conferiu autonomia.

Durante algum tempo nos deparamos com reivindicações de municipalistas clássicos, como Hely Lopes Meirelles e Lordelo de Melo, que pleitearam com insistência e veemência a inclusão dos Municípios no conceito de Federação.

Esses autores, aliás, já sustentavam que o Município é peça essencial da nossa Federação, desde a Constituição de 1946 que o erigiu em entidade estatal de terceiro grau, integrante e necessário ao nosso sistema federativo.

A Constituição de 1988 acolheu finalmente a reivindicação dos famosos municipalistas modificando profundamente a posição do Município na Federação, porque os considera componentes da estrutura federativa. Realmente, assim estabelece em dois momentos. No art. 1.º declara que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal. No art. 18 estatui que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Alguns doutrinadores, no entanto, negam a participação do Município como entidade federada, dentre eles, José Nilo de Castro e o mestre José Afonso da Silva. Apesar de não concordarmos com tais posições, citaremos alguns dos fundamentos dessa oposição:

a) na obra "*Direito Municipal Positivo*", José Nilo de Castro alega que "os Municípios não têm participação no Senado Federal, como possuem os Estados, não podem propor Emendas à Constituição Federal, como o podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário". Diz ainda que, "sem Estados-Membros, não há que se falar em Federação. Sem Municípios, não se pode afirmar o mesmo evidentemente".

b) as leis do Município não se subordinam diretamente ao controle de constitucionalidade ingressado no Supremo Tribunal Federal.

c) a cessação do Município se dá por intervenção estadual. A criação, fusão e incorporação do Município cabem a leis estaduais.

d) José Afonso da Silva alega que há na CF/88 onze ocorrências das expressões *unidade federada* e *unidade da Federação* referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios.

Respeitamos verdadeiramente as opiniões dos mestres porém, não justificam essas assertivas sobre a não inclusão do Município na Federação. Além dos motivos até agora expostos nesse trabalho, acrescentamos que o Brasil tem a peculiaridade de possuir um território extenso, necessitando de uma triplíce divisão.

Não podemos incluir como uma condição da não participação do Município como ente federado o fato de existir Federação apenas com Estados-Membros. Há Federações que não consignam em seu texto constitucional uma só palavra à autonomia municipal, como ocorre nos Estados Unidos da América do Norte.

Porém como afirma sabiamente Hely Lopes: "As nossas Constituições Republicanas preferiram, entretanto, inscrever em seus textos, de par com os

princípios federativos, os lineamentos da autonomia municipal, método que, no dizer de Castro Nunes, leva vantagem sobre o norte-americano, por evitar a diversidade caótica de critérios adotados pelos Estados-Membros para conceder essa prerrogativa aos seus Municípios.

As Nações são consideravelmente distintas, cada uma atua conforme suas necessidades. O Município como ente federativo possibilita uma maior abertura na descentralização, conseqüentemente na democracia, princípio essencial para o nosso tão surrado Brasil. Sobre esse assunto ainda comentaremos quando da "conclusão".

8 - CONCLUSÃO

Diante de nossa humilde explanação, concluímos que o avanço do "ente Município" é necessário.

Sua participação como entidade da Federação estava evidente na intenção do legislador quando elaborou o texto constitucional (art. 1.º, art. 18 e indiretamente os arts. 29, 34, VII, "c" e 35).

A subdivisão da Federação incluindo o Município é necessária também em face das condições e extensões territoriais do país.

O federalismo é algo próximo da democracia e prevê principalmente a descentralização do poder.

O Município é o primeiro degrau de nossa organização político-administrativa, assim, a ele cabe ser também o primeiro agente comunitário da democracia do desenvolvimento econômico e da estabilidade das instituições.

Com efeito, o Município é peça essencial na consolidação do regime democrático. Nele se consolida o hábito da democracia, na sua prática realizada nas pequenas comunidades, que depois se generaliza na extensão de toda a amplitude nacional. Para esta consolidação realiza-se uma descentralização política, da qual as principais formas são a descentralização federal, estadual e municipal.

A importância do regime municipal é realmente profunda. Como autêntica escola prática da democracia, ela assegura as franquias liberais, é uma escola de liberdade, ensinando o cidadão a exercer a democracia, a usufruir praticamente da liberdade, preparando-o para a escolha dos candidatos em plano mais elevado.

Há, no entanto, um longo caminho a percorrer para a concretização desse ideal. Os Municípios não dispõem de recursos financeiros suficientes para exercer o papel que lhes cabe.

A maioria tem suas receitas preponderantemente constituída por recursos transferidos, o que reduz sua participação na equação e solução dos problemas que interessam de perto às comunidades locais, sensivelmente agravados pela falta de uma clara definição legal das tarefas que devem caber a cada um dos três

níveis da Federação. E, aqui, referimo-nos aos problemas básicos de alimentação, saúde, educação, habitação e outros que assumem, freqüentemente, aspectos dramáticos.

Mesmo a Administração Pública Municipal se esforçando na realização de obras, é o Prefeito quem sofre diretamente a pressão e o ônus da insatisfação popular.

Ao legislador federal cabe reconhecer as diversidades e peculiaridades locais e, conseqüentemente, limitar-se à edição de normas gerais, abrindo espaço para que as autoridades estaduais e municipais regulem e administrem os pormenores da execução; no caso dos Municípios, "os assuntos de interesse local" de que trata a Constituição.

É verdade que o Município já possui uma considerável arrecadação de rendas e uma certa condição de aplicação de recursos para os setores mais carentes quando os governos municipais têm intenções nesse sentido, como se confirma em alguns Municípios do país.

Ainda assim, é preciso que haja uma certa centralização nos serviços públicos básicos, tais como, construção de escolas, hospitais e conjuntos habitacionais, bem como uma maior distribuição de recursos para o ente municipal, a fim de que este estando ligado mais diretamente aos problemas da comunidade, possa agir imediatamente em benefício do povo.

Essa autonomia e descentralização já estão garantidas pela nossa Lei Maior, restando, portanto, o surgimento de melhores leis nesse sentido e uma real aplicação prática.

9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

SILVA, José Afonso - Curso de Direito constitucional positivo, 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes - Direito municipal brasileiro, 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Pinto - Comentários à constituição brasileira, São Paulo: Saraiva, 1990, V.2.

AGUIAR Joaquim Castro - Competência e autonomia dos Municípios na nova constituição, 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 2.^a tiragem.

CASTRO, José Nilo de - Direito municipal positivo, Belo Horizonte/MG: Livraria Del Rey, 1991.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL AMERICANA E A INTENÇÃO DOS CONSTITUINTES

Vilani Mendes Silveira

Pós-graduada na Especialização em Direito Público pela UFC

Sumário: Introdução. 1. A interpretação constitucional. 2. A teoria originalista de interpretação constitucional e a história. 3. A intenção dos constituintes. 4. Historicismo e Originalismo. Conclusão.

INTRODUÇÃO

É sabido que a Lei Maior americana é a constituição escrita mais antiga do mundo. E que, apesar disso, ainda muito se debate sobre como deve ser entendida a intenção dos constituintes que elaboraram e ratificaram a Constituição em 1787-88¹, a Carta de Direitos em 1791², e a Décima Quarta Emenda e suas cláusulas de processo devido e proteção igualitária, em 1868. A controvérsia está na vagueza das palavras empregadas pelos autores dos documentos - os 55 Constituintes que, nas palavras do Juiz da Suprema Corte WILLIAM BRENNAN, "esconderam suas diferenças sob o manto da generalidade"³.

A Suprema Corte, em 1803, proferiu importante decisão, que significou um marco da autoridade judicial dos Estados Unidos, levando seu Presidente JOHN M. MARSHALL, a estabelecer que ela própria seria a intérprete final da Constituição. Sendo assim, a Corte estaria investida de amplos poderes para rever a legalidade de todas as leis federais e estaduais, inclusive os atos presidenciais. Há de se observar a omissão desses poderes no próprio texto constitucional, pois a Constituição não dá explicitamente tal poder à Suprema Corte. Apesar disso, esse fato tornou-se firmemente aceito no direito norte-americano. A argumentação de MARSHALL foi tão persuasiva que se adotou o princípio da revisão judicial pela Suprema Corte.

A Suprema Corte tem sido severamente criticada no decorrer dos anos, pois se tem reconhecido o exercício de seu poder para fins políticos. As críticas são

¹ "Aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.9.1987, não continha inicialmente uma declaração de direitos fundamentais do homem", in Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 9.ª edição, p. 142.

² "Introdução feita na Constituição em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras emendas à Constituição de Filadélfia, aprovada em 1791", in Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, op. cit., pp. 142-143.

³ Transcrito de Humanities, tradução de Elcio Gomes de Cerqueira, publicado com autorização da "Distoco", (n. 2, v. 20, 1987), Revista de Direito Público, Doutrina RDP-93, p.5.

pertinentes às "decisões da Suprema Corte por defenderem direitos individuais que a Constituição não estabelece diretamente e por imporem as preferências políticas dos próprios juizes sobre leis decididas democraticamente por legislativos eleitos".⁴

Acirraram-se, conseqüentemente, debates sobre o poder do Judiciário, onde destacados juristas conservadores, acusaram juizes nomeados de usurparem responsabilidades das autoridades eleitas e de "agirem como uma elite governante privilegiada"⁵ Um dos argumentos mais salientados pelos estudiosos é o de que os juizes se afastaram da **intenção original** dos autores da Constituição. A Constituição seria, vista dessa forma, conforme observou EDWIN MEESE, Procurador-Geral dos Estados Unidos, "como um vaso oco dentro do qual cada geração pode despejar sua paixão e seu preconceito".⁶ "Quanto de discricão devem ter as Cortes no interpretar o significado da Constituição?" - Proposição do professor ERWIN CHEMERINSKY.⁷

Essa proposição suscitou vários estudos no bicentenário da Constituição dos Estados Unidos, principalmente no que diz respeito à sua interpretação. O controle de constitucionalidade das leis é uma questão que tem trazido à baila contínuo estudo no meio jurídico americano onde não apenas se critica a atuação da Corte, como também se sugerem regras aos juizes no exercício da discricionariedade na interpretação constitucional.

Existem distintas teorias interpretativistas, segundo os vários modelos de interpretação constitucional. As teorias interpretativistas resumem-se em: Textualismo (ou Literalismo), Originalismo, Conceitualismo e Simbolismo.

Apesar de não ser a proposta do presente estudo, far-se-á uma abordagem sumária de cada uma dessas teorias, para então, abordar em linhas gerais, o Originalismo como a teoria de interpretação constitucional.

A teoria Textualista também denominada "Literalismo" é a teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição.

A teoria Originalista, objetivo central deste trabalho, toma o texto

⁴ Idem, ibidem, p. 5.

⁵ Idem, ibidem, p. 5.

⁶ Idem, ibidem, p. 5.

⁷ COLE, Charles D. - "Interpretação Constitucional-Dois Séculos de Reflexão" in Revista de Direito Público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 22, Doutrina RDP-90, p. 24.

constitucional além da mera linguagem textual, para avaliar o real significado que os constituintes quiseram empregar ao elaborar o texto constitucional.

A teoria conceitualista parte do pressuposto de sociedade evolui e se transforma, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (da Corte) do próprio documento.

O Simbolismo é uma teoria de interpretação constitucional que permite à Corte lançar mão das aspirações fundamentais de história e tradição norte-americana para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo.

1. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

"Interpretar uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma *decisão de problemas práticos*, normativo-constitucionalmente fundada (CANOTILHO, 1989, p. 143)⁸

Os métodos referidos neste trabalho não são absolutos.

Interpretar constitucionalmente requer uma enorme responsabilidade e, apenas, tenciona-se expor com mais propriedade o método originalista e isso não significa o estar valorizando em demasia.

Na lição do professor PAULO BONAVIDES, o constitucionalista estimava na constituição americana não somente o texto em si, mas sobretudo a vontade popular, tomando sempre a constituição globalmente, como um todo.

O caminho mais seguro no tocante a interpretação constitucional, conforme o jurista W. W. WILLOUGHBY, é aquele onde se combina a análise histórica de uma determinada competência, obrigação ou direito com o sentido teleológico que se intenta colimar.

Aclara-nos o professor BONAVIDES, com as seguintes palavras:

(...) talvez a mais segura regra de interpretação seja afinal de contas aquela que, empregando todas as luzes e recursos da história contemporâneas, se volte para a natureza e objetivos dos direitos, deveres e competências específicas, dando às palavras que os exprimem em força e função compatíveis com seu legítimo significado, de modo que se possa justamente assegurar e lograr

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional - Coimbra: Almedina, 1989, p. 143.

⁹ BONAVIDES, Paulo - Curso Direito Constitucional - São Paulo: Malheiros, 1993, 4.ª ed., pp. 385-386.

os fins propostos.

Teorias interpretativistas existem várias desde as mencionadas neste trabalho, até as que surgiram e irão surgir com a evolução da hermenêutica constitucional. Cabe, ao interpretar, conforme o professor CANOTILHO:

(...) *Todos aqueles que são incumbidos de aplicar concretizar a constituição devem: 1) encontrar um resultado constitucionalmente <<justo>> através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar esse resultado também de forma racional e controlável (HESSE). Considerar a interpretação como uma tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é <<significativa>>, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.*¹⁰

2. A TEORIA ORIGINALISTA

A teoria originalista é uma das primeiras teorias de interpretação constitucional surgida nos Estados Unidos.

A filosofia do Originalismo funda-se nos preceitos da Constituição Federal, afirmando que estes preceitos têm a capacidade de estender-se e alcançar uma nova situação, sem mudar, portanto, o seu significado original. Neste sentido sustenta J. SUTHERLAND, in "Home Building and Loan Association v. Blaisdell"; o mais destacado originalista, *verbis*:

(...) *os preceptos de la Constitución federal son indudablemente flexibles en el sentido de que en determinados casos tienen la capacidad de poder extenderse a toda nueva situación que caiga dentro de su significado (...)*¹¹

Apesar dessa elasticidade interpretativa, o originalismo enfrenta, contudo, algumas dificuldades na busca de intenções dos constituintes e essas dificuldades tendem a tornar o seu uso como fonte até um pouco ultrapassado.

A primeira dificuldade concerne às palavras. Estas mudam de significado com o passar do tempo e, com isso, terá que se descobrir a intenção dos constituintes, reportando-se à mentalidade do momento em que se elaborou a Constituição, na América do Norte, no século XVIII.

A segunda dificuldade faz referência às contradições de muitos dados históricos.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 146

¹¹ GARCIA, Enrique Alonso - "El Texto Constitucional", in *La Interpretacion de La Constitución*. Madrid:

Centro de Estudos Constitucionais, 1984, p. 138.

E a terceira - e última - objeção é ideológica, pois trata de investigar a intenção dos órgãos e de quem ostentava o poder constituinte.

Analisando essas dificuldades técnicas apresentadas pelo Originalismo, chega-se à conclusão de que poderão representar uma certa complexidade, porém não uma impossibilidade de averiguação da intenção subjetiva do texto constitucional. Nesse caso, a história não oferece, por si mesma, uma solução eficaz, onde pode contradizer as outras fontes de igual ou maior legitimidade. Em suma, o texto constitucional pode contradizer-se. E mesmo assim podia apresentar-se dissonante com o que os constituintes pensavam ou desejavam: "La ley puede ser más sabia que el legislador".¹²

O Originalismo, além de apresentar essas dificuldades já expostas, apresenta também o problema da legitimidade, pois a intenção dos constituintes pode entrar em choque com outras fontes: o próprio texto constitucional, a história passada, a história futura, ou qualquer outra fonte.

Na visão de ENRIQUE ALONSO GARCIA e do professor BREST existem dois tipos de originalismo, quais sejam: o autoritário e o moderado.

O Originalismo autoritário limita as possibilidades de ampliação judicial da Constituição ao que os constituintes podiam ter contemplado como possível.

O Originalismo moderado é o equivalente à crítica do Literalismo, acerca do qual o texto da constituição é claro, mas muitas das suas provisões carecem de interpretação. O Originalismo é definido por CHARLES D. COLE, assim como:

(...) *uma teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente (...), mas os originalistas olham, além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto (...)*¹³

3. A INTENÇÃO DOS CONSTITUENTES

A interpretação constitucional americana atribuiu um papel de fenomenal importância à intenção dos constituintes. Isso se deu pelo fato dos constituintes pretenderem que a Constituição se perpetuasse por muitas gerações posteriores. O significado da expressão resume-se na intenção original que os escritos e as crenças dos constituintes deixaram, e não no precedente jurídico dos últimos

¹² GARCIA, Enrique Alonso, op. cit., p. 140.

¹³ COLE, Charles D. - op. cit., p. 26

tempos nem na vontade da comunidade moderna, que seriam os guias mais confiáveis para o julgamento da constitucionalidade das leis.

Na verdade, os elaboradores da Constituição aderiram conscientemente à constituição escrita como uma estrutura de governo que permaneceria por gerações. Esse empreendimento lançado pelos constituintes só se tornou possível "graças a um estilo distintamente americano de interpretação constitucional que insistiu em moldar sua função interpretativa em termos do que JOHN MARSHALL chamou de uma constituição que pretende permanecer pelos séculos vindouros e, conseqüentemente, adaptar-se às várias crises da história humana".¹⁴

Dentro dessa cadeia de informações, temos elementos para tentar dirimir quaisquer dúvidas que possam eventualmente surgir, simplesmente explicando as diferenças semânticas entre o significado denotativo e conotativo das frases num dado texto constitucional.

De maneira sumária, o significado denotativo de uma frase identifica a coisa à qual o narrador se refere, enquanto que o sentido conotativo é, em oposição, o conteúdo proposital da frase. Quando os criadores da Constituição estavam elaborando seus artigos, atribuíam ambos os sentidos (conotativo e denotativo), ou seja, os autores da constituição utilizavam-se da linguagem conotativa para se reportarem a coisas que poderiam e a outras que não poderiam ser reguladas de forma harmônica com a linguagem utilizada.

MARSHALL argumenta que se traduz melhor as aspirações dos constituintes a uma Constituição duradoura, quando se lê o seu texto conotativamente, à luz das circunstâncias atuais, e não denotativamente, como se estivessem em 1787.

A tradição interpretativa norte-americana adotou a interpretação conotativa em detrimento da denotativa como a melhor leitura das garantias e, tem rejeitado conclusões jurídicas contrárias, considerando-as grave erro interpretativo.

4. HISTORICISMO E ORIGINALISMO

O historicismo desempenha importante papel na definição do rumo do Direito Constitucional, desde a formação dos Estados Unidos.

¹⁴ RICHARDS, David A. - "A Intenção dos Fundadores e a Interpretação Constitucional", in *A América em Teoria*/ Leslie Berlowitz, Deniz Donoghue, Louis Menand (organizadores); tradução, Márcio Cavalcanti de Brito Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1993, p. 38.

A interpretação constitucional americana incorpora um sentido de história de uma forma peculiarmente dirigida por sua própria interpretação. Esse sentido de história organiza-se em torno de três pontos que se intersectam: primeiro, a interpretação histórica dos próprios autores sobre as tradições nas quais se basearam; segundo a interpretação que se dá atualmente àquilo que os contribuintes aspiravam conseguir; e, terceiro, o sentido histórico que se dá à elaboração interpretativa da lei e da doutrina constitucional ao longo dos tempos.

Através da história, pode-se entender a intenção dos constituintes, pois esta atua vinculada à intencionalidade dos mesmos, buscando a legitimidade. Exemplo disso é a atribuição dada aos constituintes do estabelecimento das normas sub-constitucionais e não ao Tribunal Constitucional.

A história, ligada ao Originalismo, é uma das fontes mais utilizadas pelos Tribunais Constitucionais. O dado histórico não tem outra finalidade senão a de ressaltar a vontade dos constituintes, dotando de ilegitimidade a interpretação da Constituição.

C. MILLER, em *The Supremo Court and the use of history* (1969) o melhor tratadista do uso da história no Tribunal, ressalta que podem configurar-se vários tipos de argumentos históricos como fundamentos das sentenças: parte do argumento estritamente originalista, onde há uma averiguação da intenção dos Constituintes, existindo, portanto, outros tipos de história como fonte:

a-) A história interna (história do direito) - tem como finalidade a explicação do texto constitucional;

b-) A história externa (história sócioeconômica e política, ou seja, a história geral) - Fornece elementos que revelam as condições sociais nos Estados Unidos, desde a consolidação da Constituição, condições que podem ter relevância como fontes independentes nas decisões judiciais, seja na sua versão de história do direito seja na versão de história geral.

Ao interpretar a história, os constituintes esboçam a Constituição americana com uma consciência altamente crítica sendo esta, portanto, "produto da reflexão consciente sobre as experiências republicanas do passado (Grécia, Roma, as Repúblicas Fiorentina e Veneziana, a Comunidade de Cromwell) e sobre a teoria e a ciência política republicanas acerca de seu surgimento, estabilidade e declínio (POLÍBIO, MAQUIAVEL, GUICCIARDINI, GIANOTTI, SARPI,

HARRINGTON, LOCKE, SIDNEY); sobre vários sistemas federais antigos e modernos e seu relativo sucesso e fracasso; sobre teorias de federalismo tanto explanatórias quanto normativas, separação de poderes, uma constituição mista ou equilibrada e a Constituição Britânica (ARISTÓTELES, HUME e MONTESQUIEU); sobre tradições históricas de respeito por direitos básicos da pessoa, incluindo os direitos de consciência e liberdade de expressão (LOCKE e MILTON); sobre a experiência prática do governo colonial: as lutas com a Inglaterra, centradas em conceitos de representação política, as experiências republicanas nos estados após a Revolução Americana e o federalismo malogrado dos Artigos da Confederação; e muito mais.¹⁵

O curioso é que foram esboçados muitos governos baseados nesses exemplos da história, mas nenhum deles tinha sido produto de deliberações coletivas de um povo livre, havia apenas um "legislador" iluminado. Houve uma oportunidade histórica rara para utilizar a melhor teoria e ciência política de uma cultura para implementar um governo republicano duradouro em um território amplo.

Constituintes como EDMUND RANDOLPH, do Estado da Virgínia e ALEXANDER HAMILTON, de Nova York, compartilharam as idéias da Constituição britânica baseada nas idéias de MONTESQUIEU. Ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, o governo americano dispunha de um território vastíssimo e uma população numerosa com atividade comercial em ascensão. Constituintes como JAIMES WILSON, da Pensilvânia, e JAMES MADISON, da Virgínia, pensaram mais além, pois "o modelo da Constituição americana oferecia uma oportunidade ímpar ao defender os princípios republicanos contra seus críticos conservadores, clássicos e contemporâneos".¹⁶ Então, com finalidade de explorar essa oportunidade ímpar, achavam que deveriam "avaliar os erros críticos, tanto na teoria quanto na prática, das experiências federalistas passadas, de maneira que nossa própria tentativa não repita estupidamente seus equívocos".¹⁷

Convictos que estavam os constituintes, de que a diversidade de "experimentos" facilitaria a elaboração da Constituição americana, se valeram da história como uma guia para identificar e analisar erros graves na teoria e na prática de sistemas de governo federativos e republicanos, buscando os interesses comuns da vida, liberdade e segurança que todos os grupos sociais compartilhavam,

¹⁵ Idem, ibidem, p. 27.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 27.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 27.

formando coalizões com base nesses interesses comuns.

CONCLUSÃO

Do exposto, depreende-se que:

a-) o tema que tem levantado mais polêmica no constitucionalismo americano, diz respeito ao fato dos juizes da Suprema Corte terem se afastado da "intenção original" dos autores do texto constitucional americano;

b-) a Suprema Corte tem sido criticada pois se tem reconhecido o exercício de seu poder para fins políticos;

c-) interpretar uma norma constitucional requer o cuidado de se atribuir um sentido a símbolos linguísticos escritos com objetivo de se obter uma decisão a problemas práticos;

d-) o constitucionalista americano estimava a vontade popular e não meramente o texto em si;

e-) o objetivo dos constituintes é o de que a Constituição americana perpetuasse por muitas gerações futuras;

f-) através da história podemos entender a intenção dos constituintes, pois esses se valeram da história como um guia para identificar e analisar erros graves na teoria e na prática de sistemas de governo federativos e republicanos, buscando os interesses comuns da vida, liberdade e segurança que todos os grupos sociais compartilhavam;

g-) o Originalismo possui elasticidade interpretativa, pois os seus preceitos têm capacidade de estender-se e alcançar uma nova situação, contudo, enfrenta dificuldades com relação às palavras, às contradições dos dados históricos, à ideologia e à legitimidade.

O Originalismo, baseado na análise de dados históricos e na "intenção original" dos Fundadores, hoje como método interpretativo, apresenta-se com muitas limitações, pois até os seus proponentes mais fervorosos têm a opinião de que algumas decisões constitucionais se tornam enraizadas e que não se faz necessário avaliar a originalidade segundo a intenção dos seus Fundadores.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional - São Paulo: Malheiros, 1993.

BORK, Robert H. - "O que pretendiam os Fundadores", in Revista de Direito Público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 93, pp. 6-9, ano 23, janeiro-

março 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional - Coimbra: Almedina, 1989.

COLE, Charles D. - "Interpretação Constitucional - Dois Séculos de Reflexão", in Revista de Direito Público. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 21-49, ano 22.

GARCIA, Enrique Alonso - "El Texto Constitucional", in La Interpretacion de La Constitución - Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

RICHARDS, David A. J. - "A Intenção dos Fundadores e a Interpretação Constitucional", in A América em Teoria. Leslie Berlowitz, Deniz Donoghue, Louis Menand (organizadores), tradução, Márcio Cavalcanti de Brito Gomes - Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1993.

SILVA, José Afonso da - Curso de Direito Constitucional Positivo - São Paulo: Malheiros, 1994.

TRIBE, Laurence H. - "Os limites da Originalidade", in Revista de Direito Público. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.º 93, pp. 9-12, ano 23, janeiro-março 1990.

USUCAPIÃO

Antônio Airton do Vale Melo
Advogado

SUMÁRIO: 1 - Breve relato histórico. 2. Conceitos e fundamentos. 3 - Direitos e requisitos. 4 - Espécies. 5 - Forma de procedimento da ação. 6 - Competência. 7 - Bibliografia.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO

Torna-se indispensável para a boa análise acerca do USUCAPIÃO, o seu relato histórico.

O Direito Romano o considerava segundo ensinamentos da prof.^a Maria Helena Diniz como "um modo aquisitivo do domínio em que o tempo figura como elemento precípuo".

A sua própria etimologia assim o define: **capio** significa "tomar" e **usu** quer dizer "pelo uso", sendo que "tomar pelo uso", não indicaria obra de instante; exigia, sempre um complemento de cobertura sem o qual o **capio** de nada valeria.

A primeira manifestação do usucapião, segundo diversos autores, caracterizou-se por uma posse prolongada durante o tempo exigido pela Lei das XII Tábuas; dois anos para imóveis e um ano para móveis e as mulheres, pois o **usus**, era considerado uma das formas de matrimônio na antiga Roma. Posteriormente, esse prazo foi elevado para dez anos entre presentes e vinte entre ausentes.¹

Diversas leis restringiram o campo de aplicação do usucapião. A Lei atínia vedava o usucapião sobre coisas furtivas, tanto para o ladrão como para o receptor; também as Leis Júlia e Plúcia elasteceram essa vedação às coisas adquiridas através de meios tidos como violentos; por último a Lei Scribonia proibia o usucapião das servidões prediais.²

2. CONCEITO E FUNDAMENTOS

Alguns autores tratam em definir o USUCAPIÃO como uma forma

1. Do usucapião, Curso de Direito Civil, vol. 4, Prof. Maria Helena Diniz, ed. Saraiva

2. ARANGIO-RUIZ, História Del Derecho Romano, pág. 165.

originária de aquisição da propriedade, ou de outros direitos reais suscetíveis de apropriação material, através de posse continuada, durante um lapso de tempo, com observância dos requisitos estabelecidos em lei.

Outros discutem se o usucapião é modo originário ou derivado de adquirir a propriedade. Vê-se por conseguinte uma questão até agora não solucionada pela doutrina, a qual se inclina em defini-lo como já dito anteriormente, sendo um modo originário, sendo que para o usucapiente, a relação jurídica de que é titular surge como direito novo, independente da exigência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, existindo, não será o transmitente da coisa.¹

Expressivo número de autores também o denomina de prescrição aquisitiva, entendendo ser a prescrição um meio não só de extinguir as ações relativas aos direitos, mas também de os adquirir. No primeiro caso, teríamos a chamada prescrição extintiva, no segundo, a aquisitiva.

Segundo ensinamentos de FRANCISCO MORATO, na prescrição aquisitiva predomina a força criadora, enquanto na extintiva, a força que extermina. A primeira gera um direito em favor de um novo titular, enquanto que a segunda extermina a ação que tem o titular e, por conseguinte, elimina o direito pelo desaparecimento do seu amparo.

No caso específico do usucapião, o decurso do tempo gera um direito em favor daquele que tem a posse da coisa - prescrição aquisitiva, paralelamente, esse decurso do tempo extingue a ação do até então titular de tal direito para reavê-lo do possuidor - prescrição extintiva.

Todavia, em se tratando de usucapião de bens móveis, este se consuma antes da prescrição da reivindicatória do até então proprietário. No entanto, sendo o usucapião modo originário de adquirir, o que ocorre é o nascimento de um novo direito de propriedade, o surgimento de um novo titular da coisa, com a consequente extinção da propriedade do anterior, já que o bem se deslocou da esfera dos seus direitos para a do usucapiente. Dessa forma, perece a ação reivindicatória por lhe faltar objeto, qual seja, o bem já usucapido, que não mais poderá ser legitimamente reivindicado.

Por último, vê-se que o usucapião tem o mesmo fundamento da prescrição, conforme nos ensina o Prof.º Clóvis Beviláqua "o respeito às situações desenvolvidas e consolidadas pelo tempo". Modernamente, têm convergido os autores em destacar mais o cunho social desse instituto. Através dele, segundo tais doutrinadores, atinge-se o bem comum, pois à coletividade interessa que se dê à coisa usucapienda o uso a ela mais adequado, seja mediante o seu cultivo, a sua utilização como morada, a sua conservação, etc. Desta forma todos sairiam

(1) Curso Direito Civil, Prof.º Washington Barros, 18 ed. Editora Saraiva.

contemplados, cumprindo a propriedade a sua função social, entre nós constitucionalmente exigida (CF, arts. 170, III, e 5.º XXIII.)

3. DIREITOS E REQUISITOS

Normalmente, o usucapião é invocado como forma de se adquirir domínio. Contudo, não podemos pensar, que apesar das disposições contidas no art. 550, do Código Civil, sua utilidade se circunscreva à aquisição da propriedade, posto que a ele se pode eficazmente recorrer para aquisição de outros direitos reais, tais como; servidões e o domínio útil na enfiteuse.

Com exceção dos casos de usucapião *pro labore*, apenas os bens de domínio particular podem ser usucapidos. Os bens públicos de qualquer natureza, sejam eles, patrimoniais ou dominicais, não são suscetíveis de usucapião. Desta forma, terrenos de marinha e terras devolutas não comportam essa forma de aquisição da propriedade.

Dentre os direitos reais, além do relativo à propriedade sobre bens móveis e imóveis, podem ser adquiridos por usucapião os seguintes: o usufruto; o uso; a habitação; a enfiteuse e as servidões.

Como sabemos, o usufruto é o direito temporário de usar e fruir o bem pertencente a outra pessoa, em outras palavras, desfrutar de um bem alheio como se proprietário fosse; porém, inalterando-lhe a substância; a habitação por sua vez, trata-se do direito de habitar temporária e gratuitamente casa alheia; a enfiteuse ocorre segundo preceitos do art. 678 do Código Civil, através de ato entre vivos ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando, a partir de então, essa pessoa que o adquire, chamada de enfiteuta, uma pensão ou foro anual ao titular do domínio direto, chamado de senhorio; e por último, a servidão, encargos ou o ônus que grava determinado imóvel em proveito de um outro imóvel a ele vizinho e pertencente a pessoa diversa.

Conforme disposições do art. 698 do Código Civil, a posse contínua e incontestada de uma servidão, com justo título e boa-fé, no prazo de dez anos entre presentes e de quinze entre ausentes, gera usucapião. Já o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o possuidor que não tiver título poderá usucapir no prazo de vinte anos.

Com relação a estes prazos apenas não se conformam as hipóteses de servidão de janela, sacada, goteira, etc., por força do art. 576, do mesmo diploma legal, exigindo apenas prazo de ano e dia, contados da construção do imóvel dominante.

Ressalte-se, por oportuno, que somente as servidões aparentes, sejam elas contínuas ou descontínuas, são aptas a serem usucapidas, pois as não

aparentes, por ausência de sinais exteriores que identifiquem a sua existência, impossibilitam a aferição do termo inicial do prazo e, até mesmo, da ocorrência da posse.

A posse e o simples decurso do tempo não implicam, necessariamente, na aquisição da propriedade através do usucapião, pois a lei exige, ainda, que determinados requisitos sejam observados, sob pena deste não se consumar.

Segundo a classificação de GOMES Y MUÑOZ, existentes requisitos relacionados à pessoa interessada em adquirir, no caso pessoais, às coisas suscetíveis de aquisição, chamadas reais, e a forma de constituição do usucapião, denominados formais. Entre os primeiros, destaca-se a capacidade e qualificações do adquirentes; entre os segundos, a exigência de coisa hábil à aquisição; por último, a posse *ad usucapionem*, o lapso temporal, o justo título e a boa-fé.

Evidentemente que a não comprovação de qualquer um dos requisitos exigidos pela lei implicará na improcedência do pedido, pois a aquisição da propriedade através do usucapião, que é declaração perseguida, só ocorre com o concurso de todos os requisitos legais. Desta forma, não demonstrado pelo autor este concurso, não poderá o juiz reconhecer a consumação do usucapião e haverá, obrigatoriamente, de julgar improcedente a pretensão requerida.

DA COISA HÁBIL

Como regra geral, somente podem ser usucapidas as coisas suscetíveis de apropriação pelo homem e que sejam do domínio particular salvo a hipótese de usucapião especial, que poderá também atingir bens do domínio público. Desta forma, as coisas insuscetíveis de apropriação e os bens integrantes do patrimônio público, tais como praças, ruas, rios, etc., não podem ser objetos de usucapião.

No pertinente à *res nullius*, ou seja, à coisa sem proprietário, é possível a aquisição por essa via, desde que satisfeitos os demais requisitos, já que nenhum obstáculo se encontra em lei estabelecido.

De igual sorte, os bens integrantes de herança jacente, e enquanto não for declarada a vacância, são usucapíveis, porque ainda são considerados particulares. Somente a partir do momento em que se tornam eles herança vacante, ante a inexistência de herdeiros, é que serão transferidos ao Estado, ao Distrito Federal ou à União, conforme o caso, tornando-se insuscetíveis de usucapião.

Diga-se, ainda, que a coisa usucapida deve ser certa e determinada, já que a posse, por sua própria natureza, não pode incidir sobre coisa incerta ou indeterminada.

Também os bens de família e aqueles aos quais se após cláusula de inalienabilidade, por força de testamento ou de doação, podem ser usucapidos, pois essa inalienabilidade não obsta a prescribibilidade dos mesmo. Assim é porque

o usucapião caracteriza a forma originária de aquisição e, em consequência, o direito do novo titular não deriva do título anterior, razão pela qual não pode ele ser atingido pelas restrições nele contidas.

Essa possibilidade restringe-se, porém, ao usucapião extraordinário e ao especial, não abrangendo o ordinário, uma vez que neste último se exige justo título, ou seja, um título que em tese seria capaz de transferir a propriedade devido à sua aparência de perfeição, mas que, entretanto, contém um vício intrínseco que obsta tal efeito. Este título, evidentemente, será sempre derivado do anterior e, na hipótese, ele jamais poderia transferir a propriedade, pois esta estaria protegida pela cláusula de inalienabilidade. Assim, não se aperfeiçoaria um dos requisitos dessa espécie de usucapião: o justo título.

COISAS INSUSCETÍVEIS DE USUCAPIÃO

As coisas fora do comércio, os bens públicos de qualquer espécie e os bens pertencentes a absolutamente incapazes são insuscetíveis de usucapião,

Entende-se como coisas fora do comércio aquelas que não podem ser apropriadas pelo homem e aquelas legalmente inalienáveis. Entre elas temos: o ar, o mar, etc; em relação às inalienáveis, são todas aquelas expressas em lei, (p. ex. o nome patronímico, o estado e a capacidade das pessoas, etc.), exclui-se daí as que se tornam voluntariamente inalienáveis, podendo as mesmas, neste caso, serem usucapidas, dentro de algumas condições.

Entre os bens insuscetíveis de alienação encontram-se também, os bens públicos, sejam de uso comum do povo, os de uso especial ou os dominicais. Apenas em relação ao último existe dissenso na doutrina, a ponto de alguns autores admitirem a aquisição dos mesmos através do usucapião. Todavia, com amparo na jurisprudência, tem prevalecido a tese de que são os bens dominicais também imprescritíveis, como uma única exceção: as terras devolutas podem ser objeto do usucapião especial (art. 2.º, da Lei 6.969/81).

Por último não podem ser usucapidos os bens de menores de dezesseis anos; os dos loucos de todo gênero; os dos surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade; os dos ausentes declarados por ato judicial; os dos ausentes do Brasil a serviço público e dos que se acharem a serviço das forças armadas em tempo de guerra, uma vez que contra nenhuma dessas pessoas corre a prescrição.

DA POSSE AD USUCAPIONEM

Sendo o usucapião a aquisição da propriedade através de posse continuada, logo se observa o papel de destaque da posse entre os requisitos necessários à prescrição aquisitiva. Esse poder fático deve ser exercido com

peculiaridades, isto é, deve a posse ser exercitada *ad usucapionem*.

Sendo a posse uma exteriorização ao domínio, conforme nos ensina RUDOLF VON JHERING, temos que a posse é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, para o fim de atender à sua utilidade econômica. Embora se negue a influência do elemento vontade, não se dá a ele preponderância na conceituação da posse, dado o predomínio do aspecto econômico aliado ao poder de disposição da coisa.

Para ser qualificada como *ad usucapionem* deve a posse ser: a título de proprietário, contínua, ininterrupta, pública, justa e incontestada. A título de proprietário é exercida com *animus domini*, aquela em que o possuidor age com a firme intenção de ter a coisa para si, como se fosse dono; *contínua*, é aquela em que durante o prazo exigido em lei, não apresenta lacuna, ocorre uma sucessão ordenada dos atos possessórios, os intervalos entre um e outro são reduzidos, não constituindo efetivas omissões ou abandono; *ininterrupta*, aquela ausente de fato capaz de eliminar o tempo anteriormente decorrido (fatos que interrompem a prescrição); *pública* é a que se exerce à vista de todos, sendo conhecida de todos os interessados desde o seu início e durante todo o seu decurso do tempo; *justa* é a não contrária ao direito, por se achar isenta dos vícios objetivos; violência, clandestinidade e precariedade (CC. art. 489) e por fim, *incontestada*, posse que nunca sofreu oposição de quem eventualmente poderia a ela se opor.

JUSTO TÍTULO

Apenas em relação ao usucapião ordinário ocorre a hipótese do justo título, sendo o mesmo um dos requisitos necessários para o seu reconhecimento.

Por justo título entende-se todo documento que leva uma pessoa a acreditar que a coisa que possui é de sua propriedade. Nos ensinamentos de LAFAYETTE entende-se por justo título "todo o ato jurídico, próprio em tese para transferir o domínio, mas que, em consequência de obstáculo ocorrente na hipótese, deixa de produzir o dito efeito", como, por exemplo, no caso de "não ser o transmitente senhor da coisa (a non domino), ou de não ter o poder legal de aliená-la, ou de erro no modo de aquisição".

BOA-FÉ

Outro requisito do usucapião, cuja comprovação faz-se indispensável apenas no ordinário, é a boa fé com respeito ao título de sua posse.

Boa-fé define-se como a crença do possuidor de que o seu título o tornou legítimo proprietário da coisa e que a sua posse é, portanto, legítima. É, em outras

palavras, a certeza de que a coisa lhe pertence, embora a mesma, em verdade, seja de terceiro.

Vale ressaltar que a boa fé expressa no Código Civil, em seu art. 551, deve existir durante todo o lapso de tempo necessário à consumação do usucapião, ou seja, desde o primeiro até o último dia do prazo. Se, antes desse completar-se, o possuidor toma conhecimento inequívoco do vício do seu título e fica ciente de não ser o proprietário da coisa, só poderá usucapir através do extraordinário, onde a boa-fé se presume e não admite prova em contrário (presunção *juris et de jure*).

Vejamos o que diz o art. 490, parágrafo único, do Código Civil, verbis:

"o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário" (presunção *juris tantum*).

Desta forma, na ação de usucapião ordinário, compete ao réu provar que o autor não tinha boa-fé e que sabia não ser justo o seu título; já na ação de usucapião extraordinário não se admite a produção dessa prova, já que a presunção de boa-fé do usucapiente é absoluta.

LAPSO TEMPORAL

O decurso do tempo em lei estabelecido constitui um dos requisitos essenciais para a consumação da prescrição aquisitiva. Esse prazo pode variar, segundo critérios de política legislativa, de acordo com a espécie de usucapião invocada:

- a) no extraordinário, sendo a coisa imóvel, a posse deve ser mantida durante vinte anos;
- b) no ordinário, também de coisa imóvel, o prazo é de dez anos entre presentes e de quinze anos entre ausentes;
- c) no de coisas móveis, havendo justo título e boa-fé, o prazo é de três anos; inexistindo título e boa-fé, é de cinco anos o prazo;
- d) no especial, relativo exclusivamente a imóveis, a posse deve ser mantida durante cinco anos.

Decorrido, então, o tempo necessário, dá-se a prescrição aquisitiva, adquirindo o possuidor o domínio - o qual será declarado na ação de usucapião - pouco importando se, após o término do prazo venha o possuidor a perder a sua posse, ou, mesmo, que esta deixe de ser *ad usucapionem*. No entanto, se depois da perda da posse o interessado deixar decorrer o prazo previsto no art. 177, do Código Civil, sem promover a ação, seu direito ao usucapião estará prescrito, não havendo mais meios de se lhe reconhecer o domínio a este título, muito embora, a todo tempo, possa ser oposto no exercício de direito de defesa.

CAPACIDADE DO ADQUIRENTE

Sendo o usucapião uma das formas de aquisição da propriedade, conclui-se que toda pessoa, física ou jurídica, pode usucapir desde que tenha capacidade para alienar ou adquirir.

Em contrapartida, os absolutamente incapazes, enumerados no art. 5.º, do Código Civil, não poderão fazer, ao diverso dos relativamente incapazes, que podem adquirir a posse e conservá-la com os requisitos necessários, até a consumação do usucapião.

Ressalve-se, contudo, que os incapazes absolutos podem "usucapir por intermédio de seus representantes legais, que lhe suprime a *affectio tenendi* necessária à aquisição da posse", mas isso se agirem sempre em nome dos representados, segundo os ensinamentos do Prof.º Pedro Nunes, em sua obra intitulada "O USUCAPIÃO".

Os credores e terceiros interessados também encontram-se entre os habilitados a requerer o usucapião em favor do possuidor, ainda que este expressamente renha renunciado a tal direito. (LENINE Nequete, da Prescrição Aquisitiva).

De outro lado, não ocorre usucapião entre marido e mulher, na constância do matrimônio; entre ascendentes e descendente, durante o pátrio-poder; entre o tutelado e o seu tutor ou o curatelado e seu curador, enquanto perdurar a tutela ou curatela.

4. ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

Dependendo do tempo necessário para a consumação do usucapião, costuma-se reconhecer três espécies assim descritas: o ordinário, o extraordinário e o especial.

Tanto o ordinário como o extraordinário atuam em relação a bens móveis e imóveis. Já o especial é modo específico de aquisição de bens imóveis, consoante dispõe o art. 1.º, da Lei n.º 6.969/81.

Para a verificação da ocorrência de usucapião ordinário, são necessários três anos da hipótese de ser o bem móvel e dez ou quinze anos (se a aquisição se der entre presentes ou ausentes) se for imóvel o bem usucapiendo.

O extraordinário, por sua vez, ocorre em cinco anos, se móvel o bem, ou em vinte anos, se imóvel. Para diferenciá-los, basta lembrar que o ordinário exige a presença de justo título e boa-fé, ao passo que o extraordinário os dispensa.

O especial, como o próprio nome indica, apresenta várias especificidades

em relação aos modos comuns de prescrição aquisitiva. Apenas quanto ao tempo, é de se destacar desde logo a brevidade de sua consumação, sendo suficiente o decurso do prazo de cinco anos.

A Constituição de 1946, no art. 156, § 3.º, secundando as de 1937 (art. 148) e de 1934 (art. 125), instituiu outra modalidade de usucapião, o *pro labore*, em benefício daquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupasse, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo pelo seu trabalho e tendo nele sua morada. Reunidos tais requisitos, o ocupante adquiria a propriedade, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita no registro imobiliário.

O Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 30.11.1964, art. 98) igualmente contemplou esse usucapião especial, tornando-se claro que o mesmo só poderia concernir a imóvel rural, destinado à pecuária, e à agricultura, ou outra atividade produtiva, não se estendendo, de tal arte, a terrenos urbanos ou citadinos.

O usucapião especial teve por objetivo, portanto, a fixação do homem no campo, requerendo ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiante. Como se percebe, o usucapião especial não se confunde com o previsto no Código Civil, que se contenta com a simples posse, ainda que desacompanhada de residência e de aproveitamento efetivo.

A recente Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981, trouxe importantes inovações ditadas pelo propósito de acelerar a reforma agrária.

Num breve relato sobre o usucapião extraordinário sobre coisa imóvel, encontramos sua definição no art. 550, do Código Civil, ficando demonstrado que a aquisição do domínio, referida na lei, ocorre com o decurso do tempo. Assim, a ação visa o reconhecimento da ocorrência dos requisitos do usucapião, através de sentença que, devidamente transcrita, é instrumento hábil de aquisição da propriedade.

Através dos ensinamentos do mestre PEDRO SALES, temos que "no usucapião extraordinário, adquire-se, na sua totalidade, a coisa que se haja possuído, de conformidade com o princípio - *tantum praescriptum quantum possessum* - o que não sucede com o usucapião ordinário, sujeito ao conteúdo do respectivo título".

Isso ocorre em virtude de que nessa forma de usucapião a lei dispensa expressamente o justo título, enquanto o exige no ordinário, já que aqui a posse é exercida justamente em razão do título. Destarte, como este deve identificar a coisa e especificar suas confrontações, é lógico que só pode haver usucapião ordinário dentro dos limites do título.

Como já demonstrado anteriormente são requisitos do usucapião extraordinário: capacidade do adquirente, animus domini, coisa hábil, posse ad usucapionem e o lapso de tempo.

Acerca do usucapião ordinário de coisa imóvel encontramos sua fundamentação no art. 551 do Código Civil, ou seja "dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incotestadamente, com justo título e boa-fé".

Veja-se aqui, o lapso de tempo necessário para gerar usucapião ordinário, diverge conforme estejam as partes presentes ou ausentes.

Acerca do usucapião especial, trata-se de forma constitucionalmente prevista para a aquisição de bens imóveis, rurais ou urbanos. Ao instituí-lo, teve o legislador por objetivo proteger e fixar o pequeno lavrador no campo, bem como atenuar os graves problemas habitacionais enfrentados pelas pessoas de poucos recursos dentro dos grandes centros urbanos.

Conforme preceitos do art. 183 da C.F. temos que:

"Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

De quase igual teor é a norma constante do art. 191, verbis:

"Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade".

Portanto, eis os requisitos indispensáveis à consumação do usucapião especial:

- a) não ser o usucapiente proprietário urbano ou rural;
- b) bem imóvel de reduzidas dimensões;
- c) prazo de cinco anos;
- d) posse atual, com **animus domini**;
- e) utilização da área como moradia;
- f) cultivo da terra, se o bem for rural.

5. FORMA DE PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

De acordo com o tipo, pode variar a forma de procedimento adotado nas ações que visam o reconhecimento do usucapião. Assim, em se tratando de usucapião de bens imóveis, ordinário ou extraordinário, o rito será aquele previsto nos arts. 941 e segs., do Código de Processo Civil; para o usucapião de bens

móveis, o procedimento adequado será o sumaríssimo, consoante disposição constante do art. 275, II, "a", do mesmo diploma legal; já quanto ao usucapião especial é correta também a adoção do procedimento sumaríssimo, com as modificações previstas na Lei n.º 6.969/81.

Quando for o caso de usucapião referente a qualquer outro direito real que não de propriedade nem a servidão predial, adotar-se-á o procedimento comum, que será ordinário ou sumaríssimo, consoante o valor atribuído à causa: se for este inferior a vinte vezes o maior salário mínimo vigente no país, será sumaríssimo; caso contrário, será ordinário (art. 275, I, do Código de Processo Civil).

Nos tópicos seguintes serão melhor estudados os dispositivos referentes ao usucapião de imóveis, ordinário e extraordinário, dada a maior relevância prática da matéria.

A petição inicial do usucapião de imóvel ou servidão indicará o juiz a que é dirigida, a identificação do autor, daquele em cujo nome esteja transcrito a coisa a usucapir, bem como dos confrontantes; os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido e suas especificações; o valor da causa; as provas com que se pretende demonstrar a verdade do alegado; rol de testemunhas a serem ouvidas.

Juntará o autor a petição inicial os seguintes documentos:

- a) planta atualizada do imóvel, assinada e datada por profissional devidamente habilitado;
- b) certidão atualizada, expedida pela circunscrição imobiliária a que pertença o imóvel, indicando o titular do domínio ou a impossibilidade de fazê-lo;
- c) certidão atualizada do Cartório Distribuidor atestando a inexistência de ações possessórias movidas contra os autores;
- d) comprovantes de pagamento de impostos e taxas, ou outros documentos que demonstrem o **animus domini**;
- e) o título em que se fundamenta a posse, no usucapião ordinário.

6. DA COMPETÊNCIA

A ação de usucapião tem natureza real, haja vista que busca o reconhecimento da existência de um direito real: propriedade, uso, servidão, etc.

Tendo em vista essa sua particular natureza, a ação poderá objetivar um bem móvel, quanto um bem imóvel, circunstância que irá determinar a competência para o conhecimento da causa.

Desta forma temos que a competência para a ação que objetiva o bem móvel, será proposta no foro do réu, ou seja, do proprietário da coisa; sendo o mesmo desconhecido, será o foro do autor o competente, por força de dispositivo estabelecido pelo art. 94, do CPC.

Já com relação a ação que visa a coisa imóvel, deverá a mesma ser ajuizada no foro de localização do bem, pouco importando onde resida o seu proprietário, consoante dispõe o art. 95, do CPC.

7. BIBLIOGRAFIA

Monteiro, Washington de Barros, 1910 - Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, vol. III, 28. ed., 1989.

Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, vol. IV, 6. ed. 1989.

Rodrigues, Sílvio, Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, vol. V, 9.ª ed., 1979.

Pacheco, José Ernani de Carvalho, Usucapião, Curitiba, Juruá, 1991, vol. III.

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

CONSULTORIA

Parecer n.

Processo n.

Origem: IPLAM - Instituto de Planejamento do Município

Interessado: LUÍS ANTÔNIO AMORIM

Procuradora: Elny Siqueira Saker Pontes

EMENTA: Direito assegurado à percepção da gratificação de certo cargo comissionado. Alteração posterior, mediante lei, da denominação desse cargo. Efeitos sobre a situação jurídica que se consolidou em favor do servidor. Interpretação das normas legais aplicáveis.

1. Retornam ao exame desta PGM os autos do Processo administrativo supra referenciado, de cujo exame se pode extrair, resumidamente, o que se segue:

a) ainda em 1985, com expresse fundamento em dispositivos legais então vigentes, o suplicante - **LUÍS ANTÔNIO AMORIM** - teve reconhecido o seu direito a "... continuar a perceber a Gratificação de Representação do Cargo em Comissão de *Coordenador de Administração e Finanças, Símbolo SCC-4*", da estrutura da preexistente "Superintendência de Planejamento do Município - **SUPLAM**", no qual era lotado (v. doc. de fls. 05);

b) posteriormente, quando a antiga "**SUPLAM**" já se havia transformado no Instituto do Planejamento do Município - **IPLAM**, o requerente veio a ser removido para a Secretaria do Controle Urbano e Meio Ambiente - **SPLAN**, providência materializada por meio de Portaria do Exmo. Sr. Prefeito Municipal, datada de 30 de agosto de 1991 (v. doc. de fls. 04);

c) ainda em 1989, porém quando se operou a extinção da **SUPLAM** e a criação do **IPLAM** - cuidou a Lei n.º 6477, de 10 de julho daquele ano, operacionalizadora dessa transmutação - de redenominar e reestruturar os cargos comissionados e funções gratificadas, de modo a adequá-los ao novo órgão autárquico. Ao fazê-lo, no Anexo I do diploma legal atrás referido, transformou o antigo cargo de *Coordenador de Administração e Finanças, Símbolo SCC-4* em *Diretor de Diretoria, Símbolo DNS-2*, este, como é óbvio, já da nova estrutura do **IPLAM**; observe-se, nesta passagem, que o mesmo ocorreu com o antigo cargo de *Coordenador de Planejamento e Informações*, também de Símbolo

SCC-4 e igualmente transformado para *Diretor de Secretaria, Símbolo DNS-2* (v. docs. de fls. 6, 7 e 8);

d) posteriormente, restou editado o Decreto n.º 8037, de 31 de julho de 1989, que, a pretexto de dar execução à norma legal retro aludida, findou por inovar a matéria, conferindo aos cargos comissionados definidos pela Lei 6477/89 uma nova denominação; assim, um dos cargos de *Diretor de Diretoria*, de Símbolo DNS-2, passou à situação de *Diretor da Diretoria de Planejamento Integrado, Símbolo DNS-2* (v. fls. 09); o outro, por sua vez, passou a ter a denominação de *Diretor da Diretoria de Informática*, também de Símbolo DNS-2 (v. fls. 10); é imperioso observar, aqui, a absoluta **invalidade jurídica** da norma regulamentar mencionada, posto que **jamais** poderia ela - que sempre haveria de ser fiel à lei (CF, art. 84, IV) - dispor de modo contrário a ela, alterando a matéria regulada por norma que se põe como superior a um mero decreto;

e) a despeito disso - e para tornar o deslinde do problema ainda menos fácil - sobreveio a Lei n.º 6480, *também de 10 de julho de 1989 (e publicada no mesmo Diário Oficial do Município - do dia 31.07.89)*, destinada a, genericamente, "... dispor sobre a padronização da denominação dos cargos comissionados e funções gratificadas do Poder Executivo Municipal"; o art. 2º da dita Lei prescreveu, de efeito, no sentido de que "... a representação do cargo comissionado ou função gratificada **incorporada** à remuneração do funcionário ou servidor municipal passa a observar à equivalência e simbologia constantes do Anexo I do presente diploma legal", determinando o invocado Anexo I, a seu turno, que os cargos comissionados de símbolo SCC-4 (**que já nem mais existia, uma vez trazida a lume a Lei 6.477/89**) passariam a corresponder aos de Símbolo DAS-1 (v. fls. 30 e 31);

f) a esta altura esta Procuradoria Geral - pela voz segura do então Procurador Paulo Antônio Albuquerque (v. Parecer de fls. 11/12) - já se havia manifestado em favor da tese de que, promovida por lei a alteração da denominação e simbologia do cargo anteriormente ocupado pelo servidor por determinado lapso temporal, não se altera o conteúdo do direito por ele adquirido; assim, no caso então objeto de exame, e que era semelhante ao hoje examinado, deveria a Administração reconhecer a prerrogativa do servidor de continuar a perceber a gratificação relativa ao cargo de símbolo DNS-2 (v. fls. 12);

g) seguindo tal precedente, o pleito inicial do ora suplicante findou por ser acolhido pelo Parecer de fls. 16/17, aprovado pelo então Procurador Geral; inusitadamente, porém, foi o Processo remetido pela Chefia da Consultoria ao IPLAM, em diligência, havendo a assessoria jurídica daquela autarquia opinado no sentido de que, por não haver "correspondência de atribuições" e por força

da Lei 6480/89, deveria o requerente continuar a perceber a remuneração correspondente ao cargo em comissão de símbolo DAS-1; com este posicionamento concordaram, na época, o Chefe da Consultoria e o procurador Geral, fazendo-o, porém, enganadamente (data venia).

2. A rigor, pouco importa, no caso, a alegada desconformidade entre as antigas atribuições do cargo de "Coordenador de Administração e Finanças - SCC-4" e as do cargo de "Diretor de Diretoria - DNS-2". A transmutação da denominação e da simbologia se deu **por força de expressa disposição legal**, a não permitir questionamentos outros.

Demais disso, é de ver que, uma vez editada a Lei 6477/89 - **que é, por força da própria numeração que lhe foi atribuída, anterior à Lei 6480/89**, embora publicadas no mesmo dia - assegurou-se ao servidor suplicante o direito a perceber a vantagem pleiteada tal como ali disciplinado, é dizer, em montante equivalente ao da representação do cargo comissionado cujo símbolo passou a ser DNS-2. Não importa que não haja *requerido* (ou exercido o direito subjetivo de fazê-lo) imediatamente. O direito em si se perfez no momento da edição da lei e da satisfação dos requisitos respectivos.

3. Não bastasse, observe-se que a Lei 6480/89 é norma de caráter *geral* (e que contém a atecnia de referir-se à "incorporação" da gratificação, quando deveria aludir ao direito a continuar a percebê-la), não podendo prevalecer sobre regra *especial* (a Lei 6477/89), que cuidou especificamente de redenominar o cargo antes exercido pelo requerente na SUPLAM. Afinal, *a lei especial prevalece sobre a geral...*

4. Em caso similime, e mais recente, esta PGM adotou este entendimento, que reputamos o mais aconselhável, à luz do Direito aplicável. Por tudo, sou pelo deferimento do pedido de reconsideração.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

Fortaleza, 17 de abril de 1996.

PARECER N.º 168/95 - CST
PROCESSO N.º 033/95-PGM
INTERESSADO: LUIZ CARLOS SAMPAIO CAVALCANTE
ASSUNTO: REQUER A RECONSIDERAÇÃO DOS TERMOS DO
PARECER N.º 128/94

EMENTA: Não é lícito considerar que tenha havido interrupção se os atos foram intermediados por dias feriados - sábado/domingo - dias em que não houve expediente regular.

Não configuração de hipótese de interrupção de prazo para efeito de aquisição do direito pleiteado.

LUIZ CARLOS SAMPAIO CAVALCANTE, inconformado com o parecer de fls. 03-PGM, no sentido de que, considera-se interrupção do prazo os feriados nacionais, para a incorporação de gratificação, vem, requerer reconsideração de seu pleito em face do pronunciamento emitido no processo n.º 128/94, alegando em síntese que:

Foi exonerado em 30.04.90 e nomeado em 02.05.90, razão da data de 01.05.90 ter sido feriado nacional.

Entende o postulante que não pode ser prejudicado, tendo em vista que o dia feriado não caracteriza interrupção de modo a impedir o asseguração de seu direito.

É o que havia a relatar.

Mediante análise dos diversos textos que disciplinam o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, encontramos sobre a matéria, pontos comuns acerca da contagem dos prazos no direito administrativo.

Dispõe o art. 238 da Lei n.º 8112/90 - Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União - Que: "**Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente**".

Por sua vez, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, em seu art. 235 preceitua que: "**Salvo disposição expressa em contrário, os prazos previstos neste Estatuto somente correrão nos dias úteis, excluindo-se o dia inicial**". Ressalte-se que a Legislação Estadual que regula a matéria - Lei n.º 9826, de 14 de maio de 1974 - apesar de ser a mais antiga atualmente, adotou como regra o disciplinamento contido no Diploma Adjetivo Civil. Este, aliás, o posicionamento do vigente Estatuto Municipal - Lei n.º 6794, de 27.12.90.

A redação dada ao art. 228 e seu parágrafo único estabelece o seguinte:

"Art. 228 - Contar-se-ão por dias corridos os prazos previstos nesta Lei, salvo as exceções expressamente previstas.

Parágrafo único - Na contagem dos prazos, salvo disposições em contrário, excluir-se-á o dia do começo e incluir-se-á o dia do vencimento; se esse dia cair em véspera de feriado, sexta-feira, sábado, domingo, feriado ou dia de ponto facultativo, o prazo considera-se prorrogado até o primeiro dia útil." (grifamos).

Verifica-se, pois, que o Estatuto Municipal ampliou até em demasia a regra expressa no CPC, de modo que dúvidas não há quanto à prorrogação do prazo, na hipótese de este cair em véspera de feriado, sexta-feira, sábado, domingo, feriado ou em dia de ponto facultativo.

O dispositivo acima citado é bastante elucidativo quando trata das situações sujeitas à prorrogação de prazos, o que nos leva a concluir que as estipulações indicadas possuem caráter geral, não se aplicando somente quando a Lei assim o determinar. Vale dizer que as exceções devem ser expressas e previstas em Lei.

Nesse sentido a lição do Mestre Vicente Ráo, cujos ensinamentos trazemos à colação:

"O início da eficácia dos atos administrativos também se assinala pela publicação, ou pelo termo que indicarem; mas os atos administrativos que afetam pessoa certa e determinada (autoridade, simples agente, ou terceiros), assumem eficácia ao serem por ela conhecidos por via de regular comunicação (Dec. Lei n.º 572, de 12.06.1890).

As seguintes regras à matéria se aplicam:

a) o legislador e a autoridade executiva (bem assim a judiciária nos atos de natureza administrativa incidentes em sua competência), possuem poderes, em princípio, para estabelecer o termo inicial de eficácia e obrigatoriedade dos atos normativos, ou gerais, que expedirem;

b) esses termos são iniciais e suspensivos (termos a quo) e, por serem tais, não afetam a existência nem a validade das normas e mais atos que aderem, mas apenas lhes retardam o começo da eficácia;

c) ao cômputo do tempo, para a apuração do vencimento desses termos, aplica-se a regra geral que manda excluir o dia do início e incluir o fim dos prazos respectivos; (grifamos).

d) quando o início da eficácia dos atos normativos legais depende da regulamentação de seus dispositivos, entende-se que tal eficácia está sujeita a condição suspensiva, cuja verificação pode estar vinculada a termo determinado e expresso, ou, na falta, a termo indeterminado". (in, Ato Jurídico, Ed. Revista dos Tribunais, 3.ª Ed. 1994, págs. 350-351).

Prevalece, portanto, mesmo na área do Direito Administrativo, a regra geral estatuída no Código de Processo Civil, que determina que na contagem dos prazos, deve-se excluir o dia inicial e incluir-se o do vencimento, conforme explicitado in Teoria Geral do Processo: "Outra questão importante é a relativa à contagem dos prazos, que se faz continuamente, computando-se também os dias feriados. O dia inicial (Dies a Quo) exclui-se da contagem, contando-se porém o do vencimento (dies ad quem). Se este, porém, cair em feriado ou em dia de expediente anormal, o vencimento será prorrogado até o primeiro dia útil subsequente (CPC, art. 184 e §§)".

Tendo em vista que o postulante esteve no exercício do cargo comissionado por um período superior a 8 anos, resta-nos afirmar que deve ter assegurado o direito de incorporar a respectiva gratificação. Não é lícito, pois, considerar que tenha havido interrupção se os atos foram intermediados por dias feriados - sábado/domingo - dias em que não houve expediente regular, de modo que tal fato absolutamente não configura hipótese de interrupção de prazo para efeito de aquisição do direito pleiteado.

Diante do exposto somos pela reconsideração do Parecer n.º 128/94 - PGM, sendo assegurado ao interessado, o direito à incorporação de gratificação correspondente ao cargo em comissão de Diretor da Divisão de Controle da Execução Orçamentária, nos termos requeridos, de uma vez que o postulante comprova o perfazimento do interstício legal preconizado pelo art. 121, da Lei n.º 6794, de 27.12.90.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 02 de maio de 1995

Liduína Ofélia D. Barreto
Procurador do Município

Em que pese a doutrina sobre validade e vigência dos atos administrativos, somos por reconsiderar nossa opinião expressada no parecer n.º 128/94 CST, emitido no processo n.º 1.594/94, de interesse do servidor Luiz Carlos Sampaio Cavalcante, que ora se pede revisão, para concordarmos com este parecer.

À consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral
Em, 02 de maio de 1995

Maria Carneiro Sanford
Procurador - Chefe da Consultoria

De acordo com o PARECER. À consideração do Exmo. Sr. Prefeito
Municipal

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador Geral

Aprovo o Parecer

Antônio Elbano Canbraia
Prefeito de Fortaleza

PARECER N.º 014/95-PJA
PROCESSO N.º 3143/92-PGM
INTERESSADO: RAIMUNDO NONATO DE SOUSA
ASSUNTO: REVISÃO DE PROCESSO

EMENTA: Concessão de Aposentadoria com fundamento no art. 1.º, da Lei n.º 3997/72.

-Não há como se negar o direito do requerente, em face das disposições desta Lei e das condições que possuía antes de requerer tal concessão.

RAIMUNDO NONATO DE SOUSA, ocupante do cargo de servente, lotado no Instituto Dr. José Frota, requereu reconsideração da impugnação da legalidade de sua aposentadoria por invalidez, em extenso petítório, conforme se verifica às fls. 03, 04 e 05 dos autos.

Inconformado com o Parecer de n.º 216/89-PJ, exarado pela procuradora judicial Dra. Aila Holanda Monteiro, que concluiu pela "impossibilidade de ser estendido ao interessado o benefício da aposentadoria", renova o pedido.

Por sua vez, a Procuradora Chefe da PJA diligenciou o Instituto Dr. José Frota (IJF) e o Instituto de Previdência do Município (IPM), no sentido de que os referidos órgãos prestassem informações, no que foi atendida em parte, de acordo com às fls. 58 e 60 do processo.

A questão que nos é submetida versa, portanto, sobre a concessão da aposentadoria ao postulante.

Examinando o processo, constata-se que o servidor, originariamente, mantinha, desde 1.º de julho de 1986, contrato de trabalho tácito com o Instituto Dr. José Frota, segundo prova com o doc. de fls. 41-PGM.

Com o fim de regularizar a situação funcional perante a Administração Pública Municipal, mediante o reconhecimento de seu vínculo empregatício a partir de 01.07.86, celebrou contrato de trabalho em 04.11.88, como se apura do instrumento de fls. 41.

Acontece, porém, que antes da celebração de tal contrato foi submetido a inspeção médica, em 02.06.88, em cujo laudo se vê que a Junta Médica o considerou incapacitado para o trabalho, além de noticiar que há 16 meses encontrava-se o requerente prestando serviço ao IJF, sem vinculação trabalhista.

Tendo-se em conta, pois, esses fatos e documentos que se acham anexos aos autos, não há como negar a existência anterior de um contrato de trabalho, embora não formalizado, entre o servidor e o Instituto Dr. José Frota, que resultou sinalagmático, isto é, do contrato resultaram obrigações bilaterais.

Alegar que o contrato assinado posteriormente é nulo de pleno direito, em virtude de um laudo médico anterior, que não afirma se a moléstia contraída inabilitando o peticionante não tenha sido adquirida durante o exercício de suas funções no IJF, seria incoerência, posto que o contrato de trabalho é um acordo entre o empregado e o empregador pelo qual o primeiro se obriga a prestar trabalho não eventual e subordinado ao segundo, mediante pagamento de salário.

Além disso, convém lembrar que para que o contrato de trabalho se forme, é preciso que haja agentes capazes que manifestem a sua vontade livremente e de acordo com a forma permitida em Lei ou por ela não proibida e, finalmente, que o contrato tenha objeto lícito.

Conforme documentos anexos, foram preenchidos todos os requisitos do contrato, tendo inclusive o postulante percebido salário, prestado serviço por 06 anos, 01 mês e 29 dias, além de contribuir para o Instituto de Previdência do Município, o que deixa claro a existência do vínculo empregatício não reconhecido no mencionado parecer.

Segundo o Código Civil (art. 145), o ato é nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz, quando for ilícito ou impossível o seu objeto, quando não revestir a forma prescrita em Lei, quando a Lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

Pelo que consta dos autos, nenhum destes pressupostos ocorreu que resultasse em motivo de anulação do contrato inicial do servidor, datado de 01.07.86.

Se desconhecemos a validade do contrato de trabalho originário, aplicando-se a sua nulidade, no mínimo teria direito o interessado à indenização assegurada na Consolidação das Leis do Trabalho, em face do descumprimento contratual.

De justiça, a nosso ver, deve ser concedida a aposentadoria por invalidez ao suplicante, por força da Lei n.º 3843, de 08.02.71, modificada pela Lei n.º 3997, de 25.04.72, que estabelece em seu art. 1.º, "in verbis":

"Art. 1º - Fica assegurado ao pessoal Tarefeiro, Temporário e Contratado o direito à aposentadoria, nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Fortaleza."

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 1995.

Luiz Gonzaga Gomes Vieira.

Procurador do Município.

De acordo com o Parecer retro. À consideração do Exmo. Procurador Geral Fortaleza, 16.02.95

Luciola Maria de Aquino Cabral
Proc. Chefe da Procuradoria
Jurídico-Administrativa

A situação de fato é clara: houve a prestação de serviços pela via empregatícia, com os direitos e obrigações correspondentes. Não há motivo para discordar do Parecer.

Nada obstante, retorno os autos à PJA, indagando da possibilidade de, com os documentos já nos autos, tornam-se o processo próprio de aposentadoria, nos moldes iguais, para economia processual, evitando novo requerimento.

À PJA.

Fortaleza, 19/04/95

José Emmanuel Sampaio de Melo

Procurador Geral

PGM/ PJA

INTERESSADO: Raimundo Nonato de Sousa

ASSUNTO: Revisão de Processo

SR. Procurador Geral.

Temos a informar que. Tão logo seja aprovado o Parecer nº 014/95-PJA pelo Exmo. SR. Prefeito, poderemos converter estes autos em diligência ao IJF para que aquele órgão preste todas as informações necessárias e inerentes à aposentação do interessado.

Fortaleza, 20. 04. 95

Luciola Maria de Aquino Cabral

Proc. Chefe da Procuradoria Jurídico - Administrativa

PARECER N.º 131/94 - CST

PROCESSO N.º 01199/94

INTERESSADO: RAIMUNDO NONATO FROTA CALDAS

ASSUNTO: CONTAGEM EM DOBRO DE LICENÇA-PRÊMIO POR EMPREGADO DA EMLURB.

EMENTA: As normas da Lei 3.174, de 31.12.65, Estatuto anterior dos Funcionários Públicos do Município, são específicas dos detentores de cargos públicos, não podendo ser aplicadas aos detentores de função ou de empregos públicos sem que outro diploma legal assim o determine.

Aos empregados públicos, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, são aplicados o disposto nos Planos de Cargos e Salários, em caráter obrigatório, bem assim quaisquer direitos estendidos por lei, em virtude da impossibilidade de aplicação, diretamente, das normas estatutárias.

RAIMUNDO NONATO FROTA CALDAS, servidor municipal lotado na EMLURB, com o emprego de engenheiro, vem requerer averbação do tempo de serviço prestado como extranumerário na Prefeitura Municipal de Parnaíba-PI, no período de 10.11.59 a 31.03.61 e, após averbado, seja concedido a contagem em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada, ex-vi do art. 80 da Lei 6.794 de 27.12.90.

Enviados os autos a PROJUR/ EMLURB, foi emitido parecer que concluiu pela possibilidade da averbação, embasada pelo artigo 8.º, I da Lei 7.218 de 15.10.92. No entanto, esclarece que o Decreto 7.810 de 05.08.88, que implantou o Plano de Cargos e Salários daquela entidade, somente permite licença-prêmio a cada 10 (dez) anos de exercício, indeferindo o segundo pedido por falta de amparo legal.

Inconformado, o suplicante refaz seu requerimento, declarando que, desde 1.º de janeiro de 1965, nunca se afastou para o fim de gozo de licença-prêmio e que o parecer da PROJUR/EMLURB deixou de lado outros diplomas legais vigentes à época.

Foi emitido novo parecer, o qual dessa vez concluiu pelo deferimento do pleito.

A coordenadora da PROJUR/EMLURB discorda do segundo parecer, sendo o processo enviado a esta Consultoria para dirimir dúvidas dos dois pareceres apresentados.

É o relatório.

Na realidade, o conflito existente entre os dois pareceristas resume-se, única e exclusivamente, na existência ou não do direito à licença-prêmio e na

possibilidade de, em caso afirmativo, este tempo ser contado em dobro para aposentadoria.

O servidor trabalhou desde 1.º de janeiro de 1965 até 30 de setembro de 1979, na Secretaria de Planejamento do Município, portanto na Administração Direta, ingressando como prestador de Serviço na função de Técnico de Utilidade Pública. Posteriormente, em data de 1.º de outubro de 1979, a Secretaria de Planejamento foi transformada em Autarquia, com a denominação de Superintendência do Planejamento do Município - SUPLAN, passando o servidor a ser regido pela CLT, detentor de emprego público, na função de engenheiro.

Imperioso tecermos algumas considerações sobre a distinção entre cargo público, função pública e emprego público, distinguidos pela própria Constituição Federal, quando em seu artigo 37, I dispõe:

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei.

CARGO PÚBLICO: é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em Lei (Hely Lopes Meirelles).

Aquele que é legalmente investido num cargo público, ou seja, aquele que ingressou no serviço público mediante concurso de provas ou de provas e títulos, é considerado funcionário público que é espécie do gênero servidor público.

FUNÇÃO: é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinado servidores para execução de serviços eventuais (Hely Lopes Meirelles).

Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. Estas funções são autônomas e, por indole, de natureza provisória dada a transitoriedade do serviço. É bem verdade que, em algumas administrações públicas, existem servidores que detêm somente função pública por longos anos, caracterizando uma função permanente sem, contudo, jamais poderem ser considerados funcionários públicos e, conseqüentemente, adquirir os direitos concedidos a estes.

EMPREGO PÚBLICO: A espécie do gênero, servidor público denominado empregado público, é aquele que exerce suas funções na Administração Indireta, especialmente na Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública, sob os auspícios da Consolidação do Trabalho que lhe é aplicada por força de Lei, anteriormente art. 170 § 2º da Constituição Federal e, atualmente, art. 173 § 1º da atual Constituição.

Alguns autores consideram que o regime celetista das empresas estatais

não é o mesmo das empresas particulares, o que concordamos, por ser pigmentado por alguns preceitos de ordem pública, consubstanciados em legislação extra CLT, aplicados à espécie.

Ora, durante todo o tempo em que o servidor em tela trabalhou na Administração Direta, foi ele apenas detentor de função pública. Na época, vigorava a Lei 3.174 de 31.12.65, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos do Município que previa a concessão de licença-prêmio em seu art. 130, VII combinado com os arts. 155 "usque" 162.

Em todos os artigos referentes à licença-prêmio o legislador utilizou-se da palavra **funcionário**, somente empregada para os detentores de cargos públicos que é espécie do gênero servidor. Verifica-se que a legislação estatutária é específica para aqueles que ingressaram no serviço público mediante concurso, para ocuparem cargos públicos de provimento efetivo e, por força do art. 1.º, daquele diploma legal, são considerados funcionários públicos, também os detentores de cargos em comissão.

Vale ressaltar que nada impediria que alguns institutos estatutários fossem estendidos aos demais servidores, como foi o caso da licença-prêmio, estendida aos servidores contratados da Administração Direta, através do Decreto n.º 7.787 de 1.º.07.88, em seu art. 12, em virtude da impossibilidade de se aplicar diretamente a lei estatutária.

Infelizmente, em nenhum momento foi o servidor em questão alcançado por este benefício. É que sempre foi detentor de função pública, não sendo considerado funcionário, além do que à época em que foi publicado o Decreto n.º 7.787/88, o mesmo já se encontrava como empregado da EMLURB, conforme faz prova o contrato de trabalho, datado de 1.º de fevereiro de 1982. Não há, portanto, que se falar de direito adquirido à licença prêmio no período de 1.º.01.65 até 31.01.82.

Somente para argumentar, vamos transcrever o art. 1.º da Lei 3.174/65, "verbis".

Funcionário Público Municipal, para efeito deste Estatuto, é a pessoa legalmente investida em cargo público permanente de provimento efetivo, de carreira ou isolado, ou de provimento em comissão, que perceba vencimentos dos cofres municipais e cujas atribuições típicas correspondam a atividades caracteristicamente estatais da Administração Pública Municipal. (grifos nossos)

Como já foi consignado anteriormente, em data de 1.º de fevereiro de 1982, o requerente foi contratado pela EMLURB, no emprego de engenheiro.

O Instituto da Licença-Prêmio estatutário não foi estendido aos servidores daquela empresa. O que ocorreu foi, dada a publicação do Plano de

Cargos e Salários - Decreto 7.810 de 5.8.88 - ali estava estabelecida a concessão de uma licença especial, em seu art. 12, o qual iremos transcrever:

Art. 12 - A cada 10 (dez) anos de exercício, o empregado fará jus a uma licença especial de 06 (seis) meses, assegurada a percepção da respectiva remuneração e vantagens, de acordo com a conveniência da empresa.

Parágrafo Único - O período aquisitivo para a licença de que trata este artigo será contado da data do ingresso do empregado na Empresa.

Por este artigo, pode-se depreender que o tempo para aquisição do direito à licença especial pode ser contado da data em que o empregado ingressou na empresa. "In casu", o servidor foi contratado em 1.º 2.82, adquirindo o direito à fruição da licença especial a partir de 02.02.92.

O que se deve esclarecer é que o Decreto 7.810/88 é silente quanto à possibilidade de vir o servidor a não fruir de tal benefício. Algumas legislações dispõem sobre a conversão em pecúnia do direito "suso" mencionado, outras, a sua contagem em dobro para aposentadoria, como é o caso dos estatutários.

O fato de não ter a legislação da EMLURB disposto sobre a matéria não implica a aplicação de outras leis para dirimir a questão oriunda da lacuna daquela legislação.

Equivoca-se o peticionante quando interpreta a Cláusula-Terceira do seu Contrato Trabalho, especialmente no que concerne à frase: **aplicado subsidiariamente, a legislação municipal relativo à espécie.**

Toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada. (Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, pg. 287, 16.ª, ed. Saraiva)

Não se pode conceber, por ser antijurídico, um regime de trabalho celetista com aplicação da legislação estatutária. Para estes, o vínculo que os liga à Administração é institucional, enquanto para aqueles, contratual. Os princípios que os regem são próprios e rígidos, de forma a não se envergarem um em contraposição ao outro. As legislações que os regem são flagrantemente distintas e a aplicação de uma pela outra seria querer dar juridicidade à situações de patente ilegalidade.

Pode ocorrer, como de fato ocorre, que a Administração Pública, seja por lei ou por decreto, queira estender aos servidores celetistas benefícios alcançados pelos estatutários ou vice-versa, porém, somente por diploma legal apropriado poderá fazê-lo, caso em que, do contrário, incorrerá em ilegalidade.

Em face do exposto, concluímos que ao servidor assiste o direito de gozar a licença especial prevista no art. 12 do Decreto 7.810/88 em virtude de ter preenchido os requisitos de lei, porém, não poderá contar para efeito de aposentadoria por falta de amparo legal.

É o nosso parecer que submetemos à consideração superior.
Fortaleza, 12 de julho de 1994

Maria Carneiro Sanford
Procurador do Município

De acordo com o Parecer. À consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral

Fortaleza, 26/9/94

Paulo de Tarso Montenegro Barrocas
Procurador Chefe da Consultoria

De acordo. À consideração do Exmo. Sr. Prefeito Municipal.
Fortaleza, 28/09/94

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador Geral em Exercício
Aprovo o Parecer
Antônio Elbano Cambraia
Prefeito de Fortaleza

PARECER N.º 284/95 - CST

PROCESSO N.º 01868/95-PGM

INTERESSADO: Secretário de Administração do Município

ASSUNTO: Consulta faz

EMENTA: ACUMULAÇÃO DE CARGOS NO SERVIÇO PÚBLICO. PSICÓLOGO. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEPCIONALIDADE PREVISTA NO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 17 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS - ADCT.

O Exmo. Sr. Secretário de Administração do Município, atendendo a exposição de motivos da Assessora Técnica para Análise de Acumulação daquele Órgão, encaminha a esta Procuradoria Geral do Município Consulta, objetivando a elucidação de controvérsia existente no que tange à situação de licitude ou não da acumulação, no âmbito do serviço público, de dois (02) cargos de Psicólogo, considerando os termos do § 2.º do Art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição do Brasil no seu § 2.º do Art. 17 do ADCT, a que faz alusão o Consulente, dispõe:

“Art. 17 -

§ 1.º -

§ 2.º - **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.”**

O requisito primordial para a possibilidade de incidência da exceção Constitucional, isto é, a licitude de acumulação, está na satisfação de que o exercício de cargo ou emprego sejam privativos de profissional de saúde.

Cabe-nos, portanto, à luz do ordenamento jurídico pertinente, perquirirmos a real natureza do Curso de Psicologia, tendo em vista a sua caracterização de ser ou não da área de saúde.

Para deslinde da dúvida, basta que se recorra ao texto da Lei n.º 4.119, de 27 de agosto de 1962 que “Dispõe sobre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo”, e o que está regulamentado no Decreto Federal n.º 53.464, de 21 de janeiro de 1964.

O Art. 1.º da Lei n.º 4.119/62 dispõe que:

“A formação em Psicologia far-se-á nas Faculdades de Filosofia, em cursos de bacharelado, licenciado e Psicólogo.”

O § 1.º do art. 13 do mesmo diploma legal prevê que: “Constitui função do Psicólogo a utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes

objetivos: a) diagnóstico psicológico; b) orientação e seleção profissional; c) orientação psicopedagógica; d) solução de problemas de ajustamento.”

Já o Decreto referenciado antes, que regulamentou a Lei n.º 4.119/62, estabelece normas sobre o exercício da profissão de Psicólogo e alinha àqueles que poderão exercer a profissão e em que condições.

No Art. 5.º, determina que “A formação em Psicologia far-se-á nas Faculdades de Filosofia na forma da legislação vigente e deste Regulamento.”

No Art. 4.º, estabelece as funções do Psicólogo, a saber:

“Art. 4.º - São funções do psicólogo:

1) Utilizar métodos e técnica psicológicas com o objetivo de:

- a) diagnóstico psicológico;
- b) orientação e seleção profissional;
- c) orientação psicopedagógica;
- d) solução de problemas de ajustamento.

2) Dirigir serviços de psicologia em órgãos e estabelecimentos públicos, autárquicos, paraestatais, de economia mista e particulares.

3) Ensinar as cadeiras ou disciplinas de Psicologia nos vários níveis de ensino, observadas as demais exigências da legislação em vigor.

4) Supervisionar profissionais e alunos em trabalhos teóricos e práticos de Psicologia.

5) Assessorar, tecnicamente, órgãos e estabelecimentos públicos, autárquicos, paraestatais, de economia mista e particulares.

6) Realizar perícias e emitir pareceres sobre a matéria de Psicologia.

Com efeito, diante da análise de todo o conteúdo legal pertinente, temos que a regra instituída na Lei e no Regulamento da profissão de Psicólogo, cinge-se à área chamada de Ciências Humanas e não na área de Ciências da Saúde, como quer o texto do § 2.º do art. 17 do ADCT.

A situação de servidores públicos que detêm 02 (dois) cargos ou empregos de Psicólogo não é de acumulação lícita, por não se enquadrar na excepcionalidade instituída no texto constitucional vigente.

É notório e ficou evidenciado, à saciedade, que o Curso de Psicologia não pertence à área de saúde, mas sim à área de humanidades. Inclusive, o curso está ligado à Faculdade de Filosofia que, como se sabe, pertence à área de Ciências Humanas.

Diante disso, somos que o Psicólogo não se enquadra na exceção prevista na nossa Lex Fundamental - § 2.º do Art. 17 do ADCT, portanto, não podendo acumular cargos ou empregos públicos.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Fortaleza, 28 de agosto de 1995

Eliza Maria Moreira Barbosa
Procurador do Município

De acordo com o Parecer. Anexamos cópia da Lei 4.119/62 e do Decreto n.º
53.464/64, para maiores esclarecimentos. À consideração do Exmo. Sr.
Procurador Geral.
Em 28 de agosto de 1995

Maria Carneiro Sanford
Procurador-Chefe da Consultoria

PARECER N.º 081/95-PJA
PROCESSO N.º 0291/95-PGM
INTERESSADO: ANA PAULA LIRA DE CARVALHO
ASSUNTO: PENSÃO

EMENTA: Reanálise do pedido de Pensão por designação pós-morte.
Ratificação do Parecer n.º 034/95-PJA.

Foi requerida pensão por Ana Paula Lira de Carvalho, em favor de Mayara Lira de Carvalho, em virtude do falecimento de Manoel José de Lira, ocorrido em 13.11.93, conforme documento anexo.

Conforme parecer n.º 034/95-PJA (fls. 33 e 34), aprovado pelo Exmo. Sr. Prefeito de Fortaleza, a requerida pensão foi indeferida, tendo em vista que a legislação pertinente não admite designação pós-morte e o requerimento de pensão embasou-se no processo de Reinclusão de Dependente (processo n.º 8490, de 23.12.93), ou seja, com data posterior à morte do segurado falecido em 13.11.93.

Após aprovação do referido parecer desta Procuradoria, a requerente vem solicitar reapreciação do mesmo (fls. 35), apontando um suposto equívoco na decisão. É o que diz a petição às fls. 35:

“Ocorre que ao manifestar-se em brilhante parecer, a Douta Procuradoria NÃO ATINOU PARA A EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ANTERIOR, datado de 17.12.91, Processo n.º 1775/91, que concebia, AINDA EM VIDA, a inscrição de dependência de beneficiada ora postulante do justo benefício. Com isto, laborou com equívoco a Douta Procuradoria, exigindo seja este erro reparado, para que se tenha feito a Justiça em sua plenitude.”

O argumento da Requerente chega a comover, não fosse embasado em fraudes e adulterações grosseiras do processo em questão que passaremos a relatar.

O Processo Administrativo do IPM de n.º 8490 de 23.12.93 inicialmente teve sua fotocópia anexa a este processo n.º 291/95-PGM, com suas páginas numeradas de 10 a 24-PGM. Tratava-se de processo de REINCLUSÃO conforme se pode comprovar pelo relatório de Visita da Assistente Social, fls. 21 PGM e não de Inscrição.

Quando este retornou a esta Procuradoria para reanálise, a referida fotocópia do processo de REINCLUSÃO veio anexa, fora do seu local apropriado no processo, depois do Parecer desta Casa, desrespeitando a ordem numérica das folhas.

Como se isso não bastasse, no processo de REINCLUSÃO anexo, onde

se encontrava a palavra Reinclusão, houve uma adulteração grosseira, passando a constar "INSCRIÇÃO", (fls. 57, 58 e 59, capa, página de protocolo e requerimento), exceto no relatório de visita da Assistente Social (fls. 68), ficando assim comprovada cabalmente a fraude.

É lamentável que constatem situações desse naipe no âmbito da Administração Pública Municipal.

A decisão da Procuradoria em indeferir o pedido de fls. 02-PGM coaduna-se, desta forma, com a legislação pertinente. O requerimento inicial embasa-se em ato jurídico nulo e sem nenhum valor legal (designação pós-morte) e o segundo requerimento (petição às fls. 35) embasa-se em fraudes à lei e adulterações processuais grosseiras.

Do exposto, ratificamos o nosso parecer de fls. 33 e 34-PGM, indeferindo o pedido e sugerimos, com base no art. 3.º, X, da Lei Complementar n.º 006 de 29 de maio de 1992 acrescida pela Lei Complementar n.º 0009 de 29 de junho de 1994, e ainda com base no controle interno da Administração Pública, que os fatos lamentáveis aqui mencionados sejam devidamente investigados e aqueles que compactuaram com as referidas fraudes sejam punidos, numa autêntica manifestação de controle da legalidade e da moralidade dos atos da Administração Pública.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 10 de outubro de 1995

Rosaura Brito Bastos Pinto Martins
Procurador do Município
OAB/CE n.º 7078

De acordo com o Parecer, ressaltando-se que, na realidade, os fatos relatados neste parecer apontam possível irregularidade, posto que, se houve um pedido de "REINCLUSÃO" (vide requerimento inicial dese processo), embora grosseiramente rasurado, é de se supor que tenha havido antes uma "EXCLUSÃO".

Assim, convém esclarecer se houve a prática de alguma irregularidade e, se possível, determinar o(s) responsável ou responsáveis, a fim de coibir tais condutas e lesão ao Erário municipal.

À consideração do Exmo. Procurador Geral.

Fortaleza, 18.10.95

Luciola Maria de Aquino Cabral
Proc. Chefe da Procuradoria Jurídico-Administrativa

PARECER N.º 176/95-CST
PROCESSO N.º 0904/95-PGM
INTERESSADO: AURILEDA TEIXEIRA FRANCO CAVALCANTE
ASSUNTO: SOLICITAÇÃO

EMENTA: Assegura-se ao acusado o direito à ampla defesa, quando imputado por cometimento de infração disciplinar, através de sindicância, ex vi do art. 186 da Lei n.º 6.794, de 27.12.90.

01 - Encaminhado a esta Consultoria o processo epigrafado, de interesse da servidora **AURILEDA TEIXEIRA FRANCO CAVALCANTE**, engenheira civil do quadro de servidores da *Secretaria do Controle Urbano e Meio Ambiente - SPLAN*, matrícula n.º 16.233, no qual requer, invocando o art. 5.º, XXXIV e LV, da *Constituição Federal de 1988*, "*lhe seja concedida vista do processo n.º 1568/94 - SPLAN, no qual a requerente, por seu relatório, figura como única responsável pelas irregularidades administrativas denunciadas nos aludidos autos, facultando-se, assim, a formulação de sua defesa.*" (fls. 02-PGM).

02 - Em seguida à petição, o Sr. Secretário da SPLAN autoriza seja providenciada cópia do aludido processo à requerente, em 27.03.95, ao que a servidora formula o relato de fls. 04-PGM, frisando-se os seguintes tópicos:

- A requestante, que ora exerce o cargo em comissão de **Chefe do Serviço de Documentação da SPLAN**, foi notificada pela Presidenta da Comissão de Sindicância instituída pela Portaria n.º 014/94, de 03.05.94, para prestar declarações e esclarecimentos sobre irregularidades encontradas nos autos do Processo N.º 11.866/93-SPLAN, ao qual atendeu prontamente, conforme se vislumbra nos anexos 14 e 15 do referenciado processo (fls. 08 e 09-PGM). Anexada está citada Portaria, nomeando a Dra. Elda Monte Teixeira como Presidenta da Comissão, em 03.05.94, publicada somente em 24.05.94 (fls. 06-PGM).

- A Presidenta da aludida Comissão de Sindicância, em seu relatório final, indiciou a requerente nos arts. 168 e 172 do vigente Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza (Lei n.º 6.794, de 27.12.90), sugerindo posterior abertura de inquérito administrativo, nos termos do art., 190, inc. II do mesmo Diploma Legal.

- Esteia sua defesa no fato de que a Presidenta da Comissão de Sindicância afirmou no Relatório Final por ela assinado, que: "**em verdade, não restou provado nos autos a autoria da falsificação do parecer do IPLAN**", o que se confirma da leitura de cópia do citado documento (fls. 10 usque 12-PGM).

• Finalmente, esclarece a servidora que: "considerando que o processo de tal sindicância encontra-se nesta Pasta para reavaliação e complementação de informações, haja vista que a Presidenta da Comissão de Sindicância não enquadrou a requerente em nenhum ilícito disciplinar, e com certeza por falta de elementos, é que vem a petionária à presença de V.Sa., nos termos do inciso LV, do art. 5.º, de nossa Carta Maior, para requerer o ARQUIVAMENTO do presente feito, por lhe ter sido cerceado o direito de defesa e, ainda, levando-se em consideração que o mencionado relatório está recheado de dúvidas e, como diz o já consagrado princípio 'IN DUBIO, PRO REO', ou seja, na dúvida, decida-se a favor do réu." (fls. 04-PGM)

03 - Constata-se que, após o Relatório Final da Comissão Sindicante haver determinado a abertura de inquérito administrativo, em 08 de julho de 1994, a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar - COPAD, através de seu Presidente, Dr. Eliano Bezerra de Arruda, sugeriu que a citada comissão perquirisse "seu objetivo, isto é, aprofundar em diligências, no sentido de encontrar a verdade", pois "não deve tomar posições dúbias, inexistindo responsável pela falsificação do Parecer" (fls. 13-PGM). Em resposta ao que fora solicitado pela COPAD, a Presidenta da Comissão reitera sua sugestão de abertura do processo administrativo disciplinar, refutando o posicionamento dúbio apontado pela COPAD, aditando que: "com efeito, se por um lado a Comissão Sindicante não conseguiu provas cabais para responsabilizar, por falsificação de documento, a servidora Aurileda Teixeira Franco, não descartou a possibilidade de ter sido de autoria dessa servidora a manipulação de dados no processo analisado, tanto que opinou em seu relatório pela abertura do competente processo administrativo disciplinar..." (fls. 14-PGM).

04 - Ainda no relato dos fatos antecedentes à análise a ser proferida, comunicou o Presidente da COPAD, em 08 de março do corrente, que ficou constatada irregularidade na Portaria n.º 020/94, autorizatória da instauração do processo administrativo disciplinar contra a servidora Aurileda Teixeira Franco, em virtude da ausência do correto enquadramento disciplinar, requerendo que fosse aposto o inciso do art. 168 do Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza no qual se enquadraria o ilícito perpetrado pela servidora (fls. 13-PGM). Solicitou o Sr. Secretário da SPLAN, em conseqüência de tal ofício, a devolução do processo administrativo disciplinar para reavaliação do mesmo e complementação das informações. (fls. 17-PGM).

05 - O ilustre patrono da Assessoria Jurídica da SPLAN, em 03 de abril do corrente, instado a pronunciar parecer acerca da matéria, opinou no sentido de que houve equívocos cometidos por parte da Presidenta da Comissão Sindicante, mais especificamente:

• que a Portaria n.º 014/94, de 03 de maio de 1994, somente foi publicada no D.O.M. em 24 de maio daquele ano, sendo que o Termo de Instalação da Sindicância data de 14 de maio de 1994, anterior, portanto, à publicação oficial daquele ato administrativo competente;

• que "no relatório final, inexistiu proposta conclusiva, inexistiu enquadramento legal, mas existem, em demasia, dúvidas e IN DUBIO PRO REO", além do que "no vertente feito não foi dada oportunidade de defesa à indiciada, o que afronta de forma inexorável o princípio de garantia de fesa assegurado no inciso LV do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal". (fls. 18-PGM).

• Arrematando, conclui a d. Assessoria que, por duas vezes, a Presidenta da Comissão foi chamada a efetuar o enquadramento legal correto, não procedendo tal adição e, em face da insuficiência de provas no relatório final para uma decisão punitiva, "pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público" (fls. 18-PGM), razão pela qual acolheu o pleito da requerente, determinando expedição de ofício à COPAD, a fim de que se comunicasse o arquivamento dos processos referente à questão.

06 - Ocorre que a Coordenadora da Assessoria Jurídica da SPLAN, divergindo profundamente dos argumentos expendidos pelo parecerista daquela Pasta, sustenta que a instalação ocorreu de maneira legal, visto que "posterior a expedição da Portaria n.º 014/94, de 03.05.94, sendo perfeitamente suficiente para desencadear as atividades sindicante apenas a expedição do ato administrativo pela autoridade competente" (fls. 20-PGM). Ademais, argumenta que a "prova" "tem o seu momento oportuno e adequado por ocasião da instalação do processo administrativo disciplinar na fase do inquérito" (fls. 21-PGM). Cita acórdão do Supremo Tribunal Federal em cujo voto o Ministro Sepúlveda Pertence reconhece "que a sindicância tem procedimento unilateral e inquisitivo, funcionando apenas como peça informativa da instrução" (fls. 21-PGM). Corrobora as conclusões a que chegou a Comissão Sindicante, a qual "atuou zelosa e exemplarmente no cumprimento de sua missão, tendo tipificado o fato como falsificação de documento (ver resposta oferecida pela Presidente da Comissão ao Ofício expedido pela COPAD, datado de 08.09.94)" (fls. 21-PGM). Aponta a continuidade do processo administrativo disciplinar contra a servidora, pois, segunda aquela Coordenadora, "restaram incólumes os princípios constitucionais dispostos no art. 5.º incisos LIV e LV, da Carta Magna".

07 - Em decorrência das divergências apontadas entre os citados

pareceristas, o Sr. Secretário da SPLAN determinou a remessa desses autos à Procuradoria Geral do Município que deverá se manifestar sobre a matéria, anexando-se os Processos n.º 0003/95, da COPAD e do Processo n.º 1.568/94 - SPLAN.

08 - Feito o extenso relatório, fundamental à curial compreensão dos fatos, passemos à análise sob o contexto dos ditames legais e doutrinários que permeiam a questão.

09 - O processo de sindicância que culminou apontando a conduta da requerente como "desidiosa" (relatório final, fls. 11-PGM), na verdade, foi cívico de várias irregularidades, as quais passamos a expor articuladamente.

10 - A Portaria n.º 014/94, de 03 de maio de 1994, somente foi publicada no Diário Oficial do Município em 24 de maio do citado ano. No entanto, a Comissão Sindicante iniciou seus trabalhos em 14 de maio de 1994, sem que o ato administrativo - Portaria - houvesse sido publicado em órgão oficial, desrespeitando o princípio da publicidade que, de acordo com o art. 37, caput da Constituição Federal, deverá ser observado pela Administração Pública. O depoimento da requestante foi tomado aos 17 de maio, apesar de estar consignado no respectivo Termo de Declaração que a Comissão Sindicante fora designada pela Portaria n.º 014/94, publicada no D.O.M. de 24.05.94 (?). Como se pode facilmente constatar, houve uma divergência entre a data em que efetivamente se deu o depoimento e aquela aposta nos autos da Sindicância. (ver Anexo 05, integrante do Processo N.º 1.568/94-SPLAN, contendo cópias da mencionada Sindicância).

11 - A respeito dessas questões suscitadas, comporta trazer à baila a correta ensinância de José Armando da Costa, em "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar". Apesar de referir-se especificamente à portaria inauguratória do processo administrativo disciplinar, e não à da sindicância, a similitude de situações nos permite propor uma analogia, senão vejamos:

"A portaria é o instrumento idôneo de que se utiliza a autoridade administrativa para formalizar a instauração do processo disciplinar. Além dessa função iniciatória do processo, a portaria instauradora constitui a comissão, designa o seu respectivo presidente e estabelece os limites da acusação.

Esses efeitos, obviamente, somente passam a produzir eficácia a partir da publicação da portaria inauguratória do processo. Daí em diante, o processo se considera instaurado e estabelecido o dies a quo para a contagem do prazo em que ele deverá ser concluído." (in "Teoria e Prática do processo Administrativo disciplinar", São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 139 - sublinhamos).

12 - Com relação à não concessão da oportunidade de defesa à servidora, no bojo da sindicância, alertamos para a posição dissonante da doutrina. Hely Lopes Meirelles, dissertando acerca da sindicância, transmite-nos, com a lucidez característica, que: "dispensa defesa do sindicato e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal" (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 17.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 596). Há corrente jurisprudencial de nossos pretórios que sustenta a desnecessidade de oferecimento de defesa do acusado no *iter* da sindicância.

13 - Porém, cumpre colacionar a arguta posição de Átila J. Gonzalez, em seu "Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar", o qual defende:

"Na sindicância o *contraditório não é livre*, ou seja, o indiciado não é admitido a discutir livremente o mérito da questão em exame.

Conforme o curso que tomem as investigações e considerada a gravidade dos fatos sob apuração, poderá não ser aberto, ao indiciado, prazo formal específico à defesa.

É aconselhável, porém, de modo geral, que a medida seja adotada, evitando-se eventuais embates vazados em alegações de cerceamento à defesa.

Por essa razão, os memoriais ou razões de defesa escritos, uma vez apresentados à comissão, serão sempre recebidos, autuados e considerados, para fins de análise e julgamento do caso.

De ver-se que, na sindicância, o direito de defesa do acusado emerge dos próprios procedimentos legais, quer através de seu depoimento, quer permitindo-lhe a juntada de documentos, a indicação de provas e arrolamento de testemunhas de seu interesse, quer sendo convidado a acompanhar o curso das averiguações, até o final.

Afastadas, por qualquer motivo, as normas procedimentais de defesa, os atos respectivos restarão inválidos." (in *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar*, 6.ª ed., São Paulo: Livraria e Editora universitária de Direito Ltda., 1994, p. 60).

Adverte aquele autor ainda:

"Sem falar dos riscos da exposição de uma sindicância apressada aos rigores do Judiciário, sempre pronto a resguardar a defesa dos acusados e anular decisões pouco afinadas com os princípios de direito e justiça, vigente nas sociedades democráticas. Sobretudo quando os julgamentos envolvam a vida profissional das pessoas, meio essencial à sua sobrevivência." (op. cit., p. 26).

15 - Adita Jessé Torres Pereira Júnior, em "O direito à defesa na Constituição de 1988":

"O art. 5.º, LV, alterou o quadro e a opinião de JOSÉ ARMANDO DA COSTA, credencia-se a prevalecer agora, com o arrimo que alguns acreditavam já estivesse no art. 153 § 15, da Carta de 1967, emendada em 1969: 'Por força de tal garantia constitucional, deve-se dar a todos os funcionários acusados de infração disciplinar o direito da mais ampla defesa, seja qual for a natureza da falta imputada. Entender o contrário significa restringir arbitrariamente uma das mais importantes franquias do catálogo dos direitos individuais... Ainda que o procedimento apuratório seja o mais simples, como é o caso da sindicância, impõe-se, sem embargo, a observância dessa garantia'" (in O Direito à defesa na Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 71).

16 - Não bastasse essa respeitada corrente doutrinária, da qual somos sectários por adotar uma solução mais justa e consentânea com os rumos traçados pela Lex Magna, o próprio Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza (Lei n.º 6.794, de 27.12.90), comanda, em seu art. 186 que:

"A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa".

17 - É solar o entendimento de que nosso Estatuto estendeu também à sindicância a oportunidade de ampla defesa por parte do acusado. E, no caso vertente, não foi assegurado à servidora tal direito, pois teve a mesma que recorrer ao direito de petição e formular o pleito de fls. 02-PGM, solicitando vista do processo n.º 1.568/94-SPLAN, a fim de formular sua defesa.

18 - É de se avocar outrossim mais uma irregularidade destacável da sindicância em pauta. O Estatuto dos servidores preconiza, em seu art. 189, in verbis:

"Art. 189 - A autoridade que determinar a instauração da sindicância terá prazo nunca inferior a 30 (trinta) dias, para a sua conclusão, prorrogáveis até o máximo de 15 (quinze) dias, à vista da representação motivada do sindicante". (versais nossos)

19 - Ocorre que, como se atesta a partir da aposição da data do Termo de Encerramento da Sindicância, tal se verificou aos 11 de julho de 1994, extrapolando o prazo de 30 (trinta) dias, sem que tenha havido representação ensejadora de prorrogação do aludido prazo.

20 - Finalmente, não se pode olvidar que o Relatório Final da Sindicância não foi conclusivo, vez que, conforme afirmado em diversas ocasiões neste processo: "em verdade, não restou provado nos autos a autoria da

falsificação do parecer do IPLAM, por outro lado, há que ser considerada a conduta da técnica responsável pela análise do projeto objeto desta Sindicância por não ter tido o devido cuidado em verificar pessoalmente os dados fornecidos em um parecer visivelmente adulterado". Ora, se não foi possível à Comissão Sindicante provar a autoria da falsificação, como pode imputar a responsabilidade por tal ato a alguém? Tanto restou desconhecida a autoria dos fatos sindicados, que não se procedeu ao enquadramento correto da conduta da servidora, motivo, aliás, de repetidas solicitações pela COPAD para que se complementasse este requisito.

21 - Mais uma vez recorrendo à doutrina e à sua fundamental contribuição no sentido de aclarar e direcionar a futura exegese do aplicador do direito, ensina-nos Átila J. Gonzalez, que:

"O relatório é a peça final e mais valiosa de todo o procedimento sindicante. Requer, portanto, uma elaboração atenta, criteriosa, objetiva...

Tal relatório deverá constar de cinco partes, a saber: *histórico, legislação, apuração dos fatos, provas e parecer final*.

... *Legislação* - indicará os dispositivos legais infringidos ou supostamente violados pelo indiciado na sindicância.

... *Parecer* - apontará necessariamente o ponto de vista da comissão quanto ao fato apurado, envolvendo sua existência ou não, gravidade, *autoria*, repercussão etc. A comissão dará, também sua opinião sobre o fato sindicado, optando pelo arquivamento dos autos, absolvição do implicado ou sua punição, caso em que será sugerida a pena a lhe ser eventualmente aplicada." (op. cit., p. 77).

22 - No relatório final que a Comissão Sindicante carreou aos autos não se comprovou, de maneira inequívoca, a autoria da conduta supostamente delituosa verificada no Processo n.º 1.568/94-SPLAN, bem como não se delineou aludida conduta com exatidão nas várias proibições catalogados pelo art. 168 da Lei n.º 6.794/90.

23 - Destarte, observamos múltiplas irregularidades a eivar de vícios a sindicância objeto desta análise, redundando prejuízos à reputação da servidora (acusada sem que provas de relevo fossem imputadas a seu desfavor) e à condução do deslinde de situações irregulares verificadas no seio do serviço público. Restam mencionar os rumos a serem trilhados a partir desta constatação.

24 - A Lei Estatutária em vigor não relata, a exemplo da maioria dos outros Estatutos, as hipóteses de nulidade processuais disciplinares. Valemos, mais uma instância, aos trabalhos doutrinários de escol, esclarecendo-nos José Armando da Costa que:

"Os legisladores desses estatutos, com tal omissão, deixaram essa questão (nulidades processuais disciplinares) para ser, naturalmente, deslindada pela

doutrina e pela jurisprudência administrativa e judicial.

... A jurisprudência, tanto administrativa quanto judicial, não é tão rara, mas é vacilante e, por vezes, demasiado trepidante.

O DASP já tem uniformizado, por intermédio de vários pareceres jurídicos, alguns casos de nulidades processuais disciplinares, os quais gravitam sempre ao redor das hipóteses caracterizadoras do cerceamento de defesa.

Esse órgão de pessoal civil da União já cristalizou em forma de princípio que 'somente as irregularidades que impliquem em cerceamento de defesa possuem eficácia invalidativa do processo administrativo disciplinar' (Parecer no Proc. 4. 383/66)" (op. cit., p. 279).

25 - O direito fundamental de defesa encontra-se abroquelado no art. 5.º, inc. LV, da vigente Lex Legum, o qual prevê:

"Ar. 5.º (omissis)

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

26 - O texto transcrito não deixa dúvidas de que qualquer acusado terá direito à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, que são, na precisa ótica do Professor Vicente Greco Filho: "a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado..." (in *Tutela Constitucional das Liberdades*. Editora Saraiva, São Paulo: 1989. p. 110). Apesar desta previsão constitucional, a servidora teve que apelar para o direito de petição, a fim de tomar conhecimento do processo n.º 1.568/94-SPLAN e formular sua defesa, aviltados que se encontravam seus direitos à *ampla defesa* e ao *contraditório*.

27 - É cediço que o direito à *ampla defesa* representa verdadeiro cânone, baluarte de um *Estado Democrático de Direito*, a que faz referência o artigo proemial da vigente *Lex Legum*. Por ilação, apenas um Estado que garanta a máxima exigibilidade dos direitos e garantias fundamentais é que pode augurar a denominação de *Democrático de Direito*, razão pela qual sustentamos que qualquer investida malferidora deste direito inquina de nulidade também a sindicância, *ad instar* do que sobrevém ao processo administrativo disciplinar em tais casos.

28 - Sugerimos, portanto, com supedâneo na análise tracejada, que a sindicância ensejadora do pleito *sub examine* seja acoimada de nulidade, pelos vícios insanáveis que a macularam, determinando a autoridade competente - Secretário da SPLAN - a instauração de uma nova sindicância, onde seja possível a jurídica averiguação dos fatos e a delimitação, com base no que ficar apurado,

do real enquadramento legal da suposta conduta irregular da servidora ou de quaisquer outros servidores envolvidos. Que seja nessa oportunidade assegurado o direito de defesa, insculpido no transcrito art. 5.º, inc. LV da Constituição Federal.

É o parecer, *sub censura*.

Fortaleza, 08 de maio de 1995

Fátima Maria Nunes Memória de Andrade
Procuradora do Município de Fortaleza

Concordamos com o brilhante Parecer, pela bela e bem fundamentada exposição nele contida.

No entanto, quanto à conclusão "permissa venia", entendemos diferente. É que o relatório concluiu que "não restou provado nos autos a autoria da falsificação do Parecer do IPLAN"...

Por questão de economia processual, deveria ficar a critério do Exmo. Sr. Secretário da SPLAN, também, a possibilidade de se arquivar este processo em virtude do cerceamento de defesa da servidora não haver trazido prejuízo à peticionante.

À consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral.

Em, 10 de maio de 1995

Maria Carneiro Sanford
Procurador-Chefe da Consultoria

REF: PROCESSO 0904/ 95 - PGM

INTERESSADA: SPLAN/ AURILEDA TEIXEIRA FRANCO
CAVALCANTE

DESPACHO

Em mãos, para análise, parecer com características referenciais da douta Procuradora Fátima Memória de Andrade e não menos arguto despacho de sua ilustre Chefe imediata, Procuradora Maria Carneiro Sanford.

As teses esposadas no parecer são absolutamente consentâncas com o melhor direito. Difícil torna-se até fazer algum reparo, por decisão administrativa.

Tenho como perfeitamente cabível, então, a observação da Procuradora-Chefe da Consultoria. Assim, se o relatório da sindicância, embora dúbio, disse não se ter encontrado prova dos indícios da falsificação de documento, deve ser permitido ao ilustrado Secretário consultante emitir juízo de valor administrativo, sobre se é conveniente ou não abrir-se nova sindicância, à luz dos fatos já apurados, ou se esses já são suficientes para o convencimento sobre a existência ou não do fato.

Caso a decisão seja nesse sentido, assegure-se ampla defesa à sindicada, tal como apregoa-e bem - o parecer.

Ao Senhor Secretário titular da SPLAN, para decisão de mérito.

Fortaleza, 15 de maio de 1995

José Emmanuel Sampaio de Melo
Procurador Geral

PARECER N.º 054-95-PP-PGM
PROCESSO N.º 02723 DA P.G.M.
INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM E
TRANSPORTES - DERT

ASSUNTO: Ofício n.º 744/95 (DERT) comunicando necessidade de
autorização do DERT para execução da obra na CE-065, trecho Fortaleza
Maranguape realizada pela SUMOV

EMENTA: Avenida como bem público Municipal - acesso à rodovia Estadual -
negação de necessidade de termo de delegação fornecida pelo Estado para que a
municipalidade reforme sua via.

1. RELATORIO (DOS FATOS)

O DERT, entidade paraestatal do Estado do Ceará, em seu OFÍCIO 744/95 COMUNICA ao Superintendente da SUMOV a necessidade de esta Autarquia MUNICIPAL, para continuar as obras na Av. Perimetral, obter junto ao INTERESSADO o competente termo de delegação, já que o Município vem executando serviços rodoviários na Ce.065, trecho: Fortaleza-Maranguape, que é a mesma Av. Osório de Paiva, sem nenhuma autorização do DERT, vez que, conforme estabelece o Decreto estadual n.º 21289 de 27.02.91, o marco zero da supracitada rodovia, encontra-se na Av. Perimetral, constituindo, portanto, ingerência do Município na competência exclusiva do Estado.

A empresa estadual conclui que, caso seja do interesse da Prefeitura continuar as obras, deverá submeter o projeto à sua apreciação e aguardar a autorização que será expedida em caso de aprovação, bem como o termo de delegação, indicando engenheiros rodoviários para procederem ao acompanhamento e orientação técnica necessária.

Diante dos fatos e do interesse do Município em resolver este conflito de competência, passo a emitir parecer.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O problema básico a enfrentar é determinar a quem pertence o bem que vem sofrendo o processo de reforma.

De acordo com os arts. 65 e 66 do Código Civil, ruas, assim como praças, são bens públicos de uso comum do povo.

No presente momento, não se deseja discutir a natureza jurídica do

bem público, nem sua finalidade, mas única e exclusivamente se as ruas são bens públicos estaduais ou municipais?

É público e notório que a Av. Osório de Paiva encontra-se situada dentro dos limites e do perímetro urbano do Município de Fortaleza que possui a titularidade do referido bem.

É sabido que as cidades crescem com o desmembramento ou loteamento de imóveis que se situam dentro do perímetro urbano municipal. Esses desdobramentos de terrenos ou glebas geram lotes autônomos, de acordo com o art. 4.º da Lei Federal n.º 6766/79, que, para possuírem funcionalidade, necessitam que o desmembrador disponha de certa área para as vias públicas que passam à propriedade do Município com a simples aprovação do desdobramento no órgão Municipal.

É desta forma que se abrem novas vias ou aumenta-se a extensão das ruas já existentes.

Toda esta matéria relativa a loteamento e desmembramento encontra-se regulada na Lei acima citada cuja matéria era tratada anteriormente pelo Decreto-Lei N.º 58 de 10 de dezembro de 1937.

O art. 22, em conformidade com o art. 3.º do antigo Decreto-Lei, preceitua:

"Art. 22 - Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo." (grifo nosso)

Os tribunais interpretam o presente artigo da seguinte forma: *"Aprovado o loteamento para urbanização dos loteamentos, as áreas destinadas às vias e logradouros passam automaticamente para o domínio municipal, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é exatamente o de transformar o domínio particular em domínio público, para uso comum do povo"*. Essa construção jurisprudencial vem acobertada por decisão, no mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, publicada na RTJ 79/991.

Com estas informações, conclui-se, tendo em vista a origem das ruas e vias públicas, que estas são bens públicos **MUNICIPAIS**.

O art. 30 da Constituição Federal determina que: *"Compete aos Municípios, além de outras competências, legislar sobre assuntos de interesse local, e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano."* Isto é, se o bem pertence ao seu domínio, logo é o Município competente para protegê-lo e dar-lhe a destinação devida.

Se a Avenida Osório de Paiva, conforme a fundamentação exposta, é um bem público municipal de uso comum do povo, o **MUNICÍPIO DE FORTALEZA NÃO NECESSITA, DE NENHUMA FORMA, PEDIR AUTORIZAÇÃO AO DERT PARA REALIZAR AS OBRAS NA REFERIDA AVENIDA.**

AGINDO DESTA FORMA, NÃO ESTARÁ PERPETRANDO INGERÊNCIA NA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO ESTADO.

A alegação da entidade do Estado do Ceará é que o marco "zero" da Ce.065, trecho Fortaleza-Maranguape, que é a Av. Osório de Paiva, encontra-se na Av. Perimetral, conforme estabelece o Decreto estadual n.º 21.289/91.

O referido decreto é inconstitucional por estar determinando que um certo bem, no caso em análise, (Avenida Osório de Paiva) pertencente ao Município de Fortaleza, seja de propriedade do Estado do Ceará, já que as rodovias estaduais são bens públicos estaduais. (DIREITO A PROPRIEDADE - ART. 5.º, inciso XXII, da CF).

De acordo com o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, um dos nossos grandes constitucionalistas, em sua obra DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO, RT, São Paulo, 1981, esclarece-se por completo a questão em estudo:

"Os acessos e as variantes constituem meios pelos quais as estradas de rodagem federais ou estaduais se ligam ao sistema viário urbano, porque são os meios de entrar nos centros povoados e deles sair.

A diferença entre umas e outras está em que as variantes são rodovias secundárias que saem da estrada, atravessam os núcleos urbanos e retomam noutro ponto a via principal, enquanto o acesso é simplesmente uma vida de entrada no núcleo urbano." (pag. 270)

"Qualquer que seja, porém, a entidade que tenha construído a variante ou o acesso, certo é que, ao ingressar, no perímetro urbano, perde sua condição de rodovia e assume a natureza de via urbana (rua, avenida, etc, de que é titular a Municipalidade, para todos os efeitos jurídicos." (pág. 271) (grifos-nossos).

"Se, apesar disso, o Estado ou a União entender de construir uma travessia (estrada dentro do perímetro urbano), necessitará de aprovação da Prefeitura Municipal para a realização da obra, por que ninguém, nem essas entidades, pode abrir via pública na zona urbana sem aprovação municipal. ... Se não se obtiver a aprovação municipal, a construção da estrada será abusiva. Se penetrar no perímetro urbano sem autorização municipal, este

poderá impugnar, inclusive judicialmente, a obra.

Se a estrada ocupar via urbana, mesmo reconstruída para adequá-la a essa função, não terá o efeito de modificar a natureza urbana da vida, ainda que se tenha obtido licença do Município para tanto. A via continuará rua ou avenida com seu regime jurídico peculiar, apenas com predisposição a receber também tráfego extra-urbano." (pags. 274-275) (grifos nossos).

Sintetizando o exposto, a rodovia CE-065 é um bem público estadual, mas quando adentra o perímetro urbano do Município de Fortaleza, através de um acesso ou travessia, juntando-se à via, transforma-se num bem público municipal e a quele acesso será a mesma rua ou avenida anteriormente existente. isto é, a única coisa que muda é que aquela via municipal servirá de acesso à rodovia.

3. CONCLUSÃO

Pela explanação apresentada, somos da opinião que a SUMOV não necessita pedir o termo de autorização ao DERT, pois as obras estão ocorrendo na Avenida Osório de Paiva, que é um bem público municipal, e que, apenas por coincidência, é uma via de acesso a rodovia CE-065 que só possui a qualidade de bem público estadual após o final do perímetro urbano.

Já que a Avenida Osório de Paiva não se trata de um bem público estadual, as obras que ocorrem em sua extensão não poderão ser embargadas pelo DERT, que não tem a competência alegada em seu ofício.

Conclui-se, também, que se o Estado do Ceará for construir ou reformar qualquer acesso de rodovia estadual dentro do perímetro urbano do Município de Fortaleza, terá que obter, junto à Prefeitura, a prévia e competente licença na forma da Lei 5.530, art. 20, Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza.

Pela generalidade da matéria tratada, pede-se o caráter normativo a este parecer.

É o Parecer.

À superior consideração.

Fortaleza, 09 de novembro de 1995

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Procurador do Município

PARECER N.º 05/93

REF. PROCESSO N.º 08425/93

INTERESSADO: SECRETARIA DA SAÚDE DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

O SECRETÁRIO DE SAÚDE DE FORTALEZA, requer, ao Exmo. Sr. Secretário de Finanças do Município, a instituição de três (03) códigos distintos com o fito de identificar as receitas arrecadas através da **TAXA DE REGISTRO SANITÁRIO, AUTOS DE INFRAÇÃO E TAXAS DE EXPEDIENTE**, vez que, atualmente, as respectivas fontes de arrecadação, vêm sendo, simultaneamente recolhidas em um mesmo código, qual seja, o código 280 proveniente da **SECRETARIA DE FINANÇAS**;

Em resposta, o Departamento Central de Processamento de Dados dessa Secretaria, informa da impossibilidade de inclusões de novos códigos nos programas, aduzindo a necessidade de implantação de um novo sistema, a ser instalado, supostamente, no mês de agosto vindouro, ademais ensejaria gastos e tempo, aduz o Diretor daquele Departamento;

SÃO OS FATOS.

Mantida esta situação, o que vem ocorrendo até o presente momento, **A SECRETARIA DA SAÚDE DO MUNICÍPIO**, se acha na deficiência de identificar as receitas oriundas das arrecadações desta Secretaria, mormente, das **TAXAS DE REGISTRO SANITÁRIO**, ferindo sobremaneira a Legislação pertinente, a Lei n.º 7.043 de 26 de dezembro de 1991, instituidora da taxa supra e que prescreve no seu art. 3.º a destinação específica de seu produto para o Fundo Municipal de Saúde. **In verbis:**

“Art. 3.º - O produto da arrecadação da taxa criada pelo artigo 1.º desta Lei, será destinada ao Fundo Municipal de Saúde.”

Premente, se faz, portanto, a devida correção na identificação das arrecadações préfaladas, com o objetivo precípio de dar cumprimento a Lei Municipal n.º 7.043/91, desta forma, ensejando a correta destinação das respectivas receitas na área de saúde, sob pena de manifesta ilegalidade na aplicação dos recursos originados e distribuídos com base em Lei.

Quantos aos argumentos levados a efeito pela Secretaria de Finanças, obstados ao pleito da Secretaria da Saúde, cremos, trata-se de matéria eminentemente financeira, e de classificação de receitas a ser equacionada pela Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza, por ser de sua competência interna.

É o que opinamos. S.M.J.

À apreciação superior.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA,
Fortaleza-CE, 08 de julho de 1993

Francisco Jacinês Gurgel Luz
Procurador do Município

De acordo com o Parecer. À apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral.
Fortaleza-CE, 08/07/93

João Carlos de O. Uchôa
Procurador do Município
Coordenador da Procuradoria Fiscal

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3.ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

**PROCESSO N.º 108/94
CONTESTAÇÃO**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de Direito Público interno, sita na Av. Santos Dumont, 5335, por seu procurador e estagiária que esta subscrevem, vem, mui respeitosamente, contestar a ação promovida por **DEPÓSITO CANAL**, pessoa jurídica de Direito Privado fartamente identificada nos autos do processo em epígrafe.

PRELIMINARMENTE

Incidiu em equívoco o autor ao indicar como ré da ação, ora em análise a **PREFEITURA DE FORTALEZA**. A Prefeitura é órgão público, logo, ente despersonalizado. O **MUNICÍPIO DE FORTALEZA**, pessoa jurídica de Direito Público interno, é que deveria, acertadamente, figurar no pólo passivo da ação.

É esta a opinião indiscutível do Mestre Hely Lopes Meirelles:

A ação de indenização da vítima deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda. O lesado por ato da Administração nada tem a ver com o agente causador do dano, visto que o seu direito, constitucionalmente reconhecido, é o de **SER REPARADO PELA PESSOA JURÍDICA**, e não pelo agente direto da lesão.

(Direito Administrativo Brasileiro, 16.ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 555).

DO MÉRITO

O caso em pauta trata de tema instigante, embora espinhoso: a responsabilidade do Estado por omissão. É fartamente sabido que o nosso texto maior, a exemplo da maioria dos estados modernos, acolhe a teoria da responsabilidade objetiva do Estado na modalidade do risco administrativo, consubstanciada no art. 37 § 6.º da Constituição Federal.

Contudo, tal teoria tem aplicação restrita aos comportamentos comissivos do Estado.

Quando se trata de danos ocasionados por suposta omissão estatal, há de se examinar o fato à luz da teoria da responsabilidade subjetiva. É este o

entendimento do inolvidável Hely Lopes Meirelles:

"O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiro, ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37 § 6.º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos da natureza que causem danos aos particulares. Para a indenização destes fatos e atos estranhos à atividade administrativa, observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. Daí porque a Jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova de culpa da administração nos de depreciação por multidões, enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares.

(Direito Administrativo Brasileiro, pág. 552 16.ª edição, 1991, Ed. Revista dos Tribunais).

Tragamos também à baila a lição de outro grande Mestre do Direito Administrativo pátrio, Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou insuficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

(...) Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da sociedade (**NÃO O NÍVEL DE ASPIRAÇÕES**), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado."

(Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 4.ª ed., 1993, págs. 447 e 448).

Feita esta breve - porém indispensável - introdução, passemos à análise do caso em tela. O DEPÓSITO CANAL, autor, sito na Av. Eduardo Girão, nas adjacências do canal que lhe dá o nome, sofreu prejuízo devido ao alagamento ocasionado pelas fortes precipitações ocorridas no dia 29.04 do corrente ano. O referido alagamento observa-se em virtude da existência de um cano transversal na ponte sobre o canal, que diminui a vazão das águas. Tencionando

responsabilizar o Município, alega o autor ter havido omissão culposa deste, já que o mencionado cano não fora removido.

Há que se considerar serem as chuvas fato da natureza, e, como tal, absolutamente imprevisíveis, mormente em região como a nossa que as tem tão escassas. Ainda que previsíveis fossem, não se poderia deixar de levar em conta, segundo a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, *supra*, a possibilidade de a Prefeitura evitar alagamentos e transbordamentos em uma cidade de crescimento incontrolável e desordenado e de infra-estrutura tão deficiente como a nossa capital.

É óbvio que um dos objetivos de qualquer governo é proporcionar à população o máximo de proteção e segurança, inclusive na hipótese de força maior decorrente de fatos da natureza compreendidos na idéia de "calamidade pública". Inobstante isso, os Governos do Estado e do Município não dispõem de recursos financeiros para obras absolutamente completas de defesas contra as inundações, tampouco de poderio econômico suficiente para efetuar desapropriações de áreas marginais aos rios para impedir a construção de edifícios em locais previsivelmente sujeitos a inundações periódicas.

Os proprietários de terrenos assim situados sabem que estão sujeitos a alagamentos no período de chuvas. Não obstante isso, constroem e, o mais das vezes, com o mínimo de cautela, confiantes no auxílio da bolsa da coletividade, através dos governos dos estados e municípios.

Assim, descabe responsabilizar o Município se, embora apresentando atuação condizente com as possibilidades - e dentro das limitações - de um serviço normalmente organizado e eficiente, não pôde evitar o evento danoso gerado por força material, por força maior.

É este o entendimento de nossa Suprema Corte, nos autos do RE n.º 81.751:

"Inundação - Enchente do rio Tamanduateí - Prédios comerciais invadidos pelas águas - Ação de indenização contra a Municipalidade - Improcedência - Recurso Extraordinário não conhecido.

Não há responsabilidade civil do Município, decorrente de prejuízos ocasionados por inundações de rio, quando a ocorrência é de força maior, a qual, conjugada a circunstâncias fáticas emergentes da prova, afastam a pretensão."

(STF - RE n.º 81.751 - SP)

Mais uma vez, fazemos coro às sábias palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer

evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que 'o serviço não funcionou'. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!"

(Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 4.^a edição, 1993, pág. 449).

Assim, não tendo se afastado o Estado do escorreito cumprimento de suas funções, não há fundamento para responsabilizá-lo e qualquer iniciativa neste sentido seria constituí-lo em segurador universal, civilmente responsável por quaisquer danos ocorridos no âmbito da sua jurisdição.

Necessário ressaltar a inexistência denexo de causalidade entre a suposta omissão do Município e o dano ocorrido. A chuva, fato natural imprevisível, foi a causa principal do dano.

Sem esta, o evento não ocorrira, sendo o cano transversal apenas causa acessória que, com a ocorrência da principal, contribuiu para o dano, embora, por si só, não fosse suficiente para ocasioná-lo. Leciona o Prof. Celso Antônio que "o Estado não é autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que se houvesse ocorrido teria impedido o resultado." (ob. cit., pág. 449)

Examinemos a Jurisprudência a respeito.

"Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva, por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n.º 1/69 e, atualmente, no § 6.º do art. 37 da Carta Magna, não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexode causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. (...) Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Ac. un. da 1.ª T do STF-RE 130.764-1/PR - Rel. Min. Moreira Alves)

Como se pode constatar, o dano em questão não foi efeito necessário da suposta omissão da autoridade pública, mas sim resultado de concausa determinante: a chuva. É o que reconhece também o julgado a seguir:

Responsabilidade civil do Estado. Desabamentos verificados durante chuvas excepcionais ocorridas em 1967.

O Estado responde objetivamente pelos atos ilícitos comissivos praticados por seus prepostos. A responsabilidade objetiva, imposta pelo texto

constitucional, não compreende os atos omissivos.

Se o dano decorre de omissão, a responsabilidade do Estado é subjetiva, só havendo lugar para a reparação se aquela resulta de culpa imputável à Administração.

Ainda que se admita a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão dos funcionários, é indispensável a demonstração de nexo causal entre a omissão e o dano. Inteligência do art. 107 da CF de 1969.

A doutrina da falta do serviço, do Conselho de Estado francês, funda-se na responsabilidade subjetiva e não na objetiva.

Confirmação, por maioria de votos, da sentença que julgou improcedente o pedido.

(Apelação n.º 10.752 - Rio de Janeiro - TJRJ)

Face ao exposto, é forçoso reconhecer não ter havido falta do serviço - e, em consequência, inexistir culpa da administração - já que os serviços foram executados dentro dos parâmetros normais e compatíveis com os recursos do Poder Público. Responsabilizar o Estado pelo serviço não se ter desenvolvido dentro das aspirações da coletividade (e sim dentro de parâmetros condizentes com as suas possibilidades e limitações) seria erigi-lo em verdadeiro segurador universal. E mesmo que se admitisse - o que se coloca "ad argumentandum" apenas - que houve omissão do Poder Público, este ainda não seria responsável por faltar o nexo causal entre o dano e sua omissão.

Ex positis, requer-se a V.Exa. que se digne a:

- 1 - Indeferir a inicial, face à ilegitimidade passiva da Prefeitura de Fortaleza;
- 2 - Julgar improcedente a pretensão do autor, por carecer esta de fundamentos jurídicos;
- 3 - Condenar o autor nos encargos sucumbenciais de estilo;
- 4 - Deferir desde já a produção de todas as provas em Direito admitidas, mormente juntada posterior de documentos, perícia, oitiva testemunhal e depoimento pessoal da parte.

E. deferimento.

Fortaleza, 01 de junho de 1994.

ANTONIO EDVANDO ELIAS DE FRANÇA

Procurador Municipal

Ana Beatriz Nogueira
Estagiária

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA N.º 24.736
Fortaleza, 25/10/95

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, comparece ante V.Exa., respeitosamente, por seu Procurador signatário, para requerer SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE LIMINAR, concedida pelo d. Juiz da 1.ª Vara da Infância e da Juventude de Fortaleza, em exercício nos autos da Ação Civil pública, processo n.º 2.762/95, impetrada pelo Ministério Público Estadual, contra o Município de Fortaleza, tudo pelos fatos e fundamentos seguintes:

Firma-se a competência de V. Exa. para conhecer do presente pedido, e a legitimidade do requerente, por tratar-se de pleito de suspensão de execução de liminar em ação civil pública, regido pela disciplina emenda do disposto do art. 4.º da Lei n.º 8.437/92, "verbis":

"art. 4.º - Compete ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERESSADA, em caso de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

A generalidade da expressão "ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes" já garantiria por si só, a existência de interesse processual, e a inclusão das ações civis públicas no rol daquelas sujeitas à incidência da regra transcrita. Não fosse bastante, o parágrafo primeiro do citado art. estender às sentenças nesse tipo de ação a previsão de suspensão de executoriedade, com o mais - a decisão terminativa - justificando ao menos - a decisão liminar interlocutória.

Há, pois, competência, legitimidade e interesse.

DOS FATOS

Em fevereiro do corrente ano, após terminada a averiguação por parte dos técnicos da Secretaria de Educação, em visitas às escolas conveniadas com

o município, foi verificado, que algumas escolas não haviam cumprido os convênios feitos com a municipalidade. Identificadas as escolas que não vinham cumprindo os convênios, por ser encontrado nas mesmas diversas irregularidades, o Sr. Secretário de Educação então comunicou a todas essas escolas através do ofício circular n.º 001/95 GB SEDUC - CIRCULAR, a não renovação do convênio para o ano em curso.

Todas as escolas desconveniadas, liberaram seus alunos para que os mesmos fossem matriculados nas escolas públicas do bairro respectivo.

Todavia, somente uma escola resolveu se rebelar contra a não renovação do convênio, não liberando seus alunos tempestivamente, para que os mesmos procurassem outras escolas da comunidade. Esta escola foi a de nome **ENTRADA DA LUA**.

Essa escola, resolveu então, usar seu aluno como escudo protetor, para forçar a renovação do convênio de forma coercitiva com o poder público municipal. O fato é que mesmo sendo informada, tempestivamente, da não renovação do convênio, (em fevereiro do ano em curso), não providenciou para que as crianças fossem matriculadas em outras escolas, como fizeram as demais escolas desconveniadas.

Desta chantagem, por parte da escola, resultou um Inquérito Civil Público, na promotoria da infância e da adolescência.

Ocorre, que o Município não foi ouvido regularmente no Inquérito Civil Público, pois a intimação para esclarecimentos, foi dirigida para setor distinto da Procuradoria Geral do Município, e, com isto, não houve manifestação, por quem de direito, representando o município na fase inquisitorial.

Cumprir esclarecer, que quem representa o município judicial ou extrajudicialmente é a Procuradoria Geral do Município. Isto não foi observado durante a feitura do inquérito respectivo.

Terminado o Inquérito Civil Público apressadamente, sem a manifestação oficial do município, o Ministério Público propôs a Ação Civil Pública, com pedido de liminar, o que foi deferido "in totum", o que é mais grave, sem a ouvida da pessoa jurídica de direito público interessada no prazo de 72 (setenta e duas horas), tal como determina a lei.

Ora dispõe o art. 2.º da Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992 o seguinte:

"No Mandado de Segurança Coletivo e na Ação Civil Pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas horas)."

Assim, no caso houve precipitação por dois motivos; 1.º - A escola não

liberou as crianças de forma dolosa - pois que já fora informada desde fevereiro do ano em curso da não renovação do convênio. Segundo, porque, na fase inquisitorial, o Município não teve chance de se pronunciar em espaço dedicado especialmente para esse fim sobre o assunto.

Acrescente-se a tudo isto o fato substancialmente importante para a suspensão da liminar de que o município como pessoa jurídica interessada que é não ter sido ouvido no prazo legal, conforme é a imposição do art. 2.º da Lei 8.437/92, retrocitada.

Assim Sr. Presidente, o magistrado de 1.º grau na ânsia de fazer justiça, deixou de cumprir uma formalidade de substancial importância para a expedição válida e regular em princípio, para o cumprimento da liminar.

Concedeu "inaldita altera partes" a liminar nos seguintes termos, acolhendo "in totum" o pedido do autor para que fossem tomadas de imediato as seguintes providências:

I - Que sejam abertas vagas na rede pública municipal de ensino, ou compra de vagas no ensino particular pela Prefeitura Municipal de Fortaleza, no Bairro de João Arruda e Pici, para matrícula imediata das 119 (cento e dezenove) crianças afetadas com o fechamento da Escola comunitária "Entrada da Lua".

II - Que seja feito um calendário escolar no sentido de recuperar o tempo perdido e reposição da carga escolar.

III - Tudo sob pena de prevaricação e aplicação, impôs o deferimento liminar, de multa no valor diário de R\$ 100,00 (cem reais) por cada criança excluída da escola, corrigida e com juros de lei, em execução própria.

Assim Sr. Presidente, além dos argumentos de ordem processual, que envolvem a não ouvida da pessoa jurídica no prazo legal, outros se apresentam, tornando inviável o cumprimento da liminar, por ser materialmente impossível o seu efetivo cumprimento, quer no plano jurídico, quer no plano material, pois a medida fere os princípios da proporcionalidade e da racionalidade, senão vejamos:

1. Fazer um calendário especial a esta altura do ano letivo, seria inverter a ordem do setor educacional, pois os técnicos da área, já estão fazendo o seu planejamento para o ano letivo de 1996. Tumultuaria a ordem do planejamento da Secretaria de Educação. Acrescenta-se ainda o desgaste das crianças que teriam de recuperar o que foi perdido em um ano apenas em um só mês, já que estamos quase no final do ano. Assim, é materialmente impossível o cumprimento da liminar neste aspecto primeiro.

2. Quanto à compra de vagas em escolas particulares é impossível juridicamente, já que, para esse tipo de contrato é necessário a inexistência de lei

municipal específica, ou então, no mínimo a aquiescência imediata da Câmara Municipal.

Assim, Sr. Presidente, o magistrado de 1.º grau ao conceder a liminar, não examinou se era racional, a esta altura do ano letivo, conveniente ou não, conceder, sem ouvir a pessoa jurídica interessada para se manifestar sobre o assunto. Não examinou que na proporção do desenrolar do ano letivo, seria impossível o atendimento do pleito, não chegou sequer a cogitar desta hipótese.

Assim, Sr. Presidente, urge a necessidade de suspensão imediata da liminar atacada, mesmo porque a pessoa jurídica de direito público, ora requerente, não tem possibilidade de dar o efetivo cumprimento imediato, pois lhe falta condições materiais e jurídicas e, mesmo "ad argumentandum tantu" se essas condições estivessem presentes, o seu cumprimento inverteria a ordem do setor educacional municipal, fato este, que por si só, já justificaria a suspensão da liminar.

Daí ser impositiva, pelo articulado, e pela farta prova colecionada, a suspensão da execução da liminar, na forma prevista e permitida pelo disposto no art. 4.º da Lei n.º 8.437/92, até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública sob comento, quando estará essa Presidência resguardando o ordenamento de nele vir a surgir a malfadada ordem judicial adversada.

Nestes Termos

P. Deferimento

Advogado Antônio Carlos Azevedo Costa
Procurador do Município

Seguem em anexo os seguintes documentos:
Xerox da Liminar juntamente com a Inicial
Xerox da Contestação da Ação feito pelo peticionante. local e data retrocitados.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR N.º 2006-3, DE FORTALEZA

REQUERENTE: O Município de Fortaleza

Procurador: Antonio Carlos Azevedo Costa

REQUERIDO: Juízo de Direito da 1.ª Vara da Infância e da Juventude

DESPACHO DO EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE

Vistos, etc.

Cuida-se de pedido de suspensão de execução de medida liminar requerido com base no artigo 4.º, da Lei Federal n.º 8.437/92 pelo Município de Fortaleza, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo n.º 2.762/95, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Alega a municipalidade que a concretização fática da ordem judicial irá causar sérios transtornos à ordem pública municipal, nesta incluído o conceito de ordem administrativa, além do fato de que a autoridade jurisdicional prolatora da decisão impugnada, não observou os ditames contidos na Lei Federal n.º 8.437/92, ao deferir provimento iníto litis sem a prévia oitiva do ente público municipal (art. 2.º).

É o relatório.

Nota-se pelo exame da peça vestibular que a controvérsia suscitada em Primeiro Grau de Jurisdição envolve diversas considerações.

Uma delas, relativa ao descumprimento por diversas escolas particulares dos convênios celebrados com o Município de Fortaleza, cuja respectiva rescisão originou a insatisfação de apenas uma delas, a qual não liberou seus alunos para que fossem matriculados na rede pública de ensino.

Diante desse fato, o Ministério Público Estadual aforou a ação civil pública de que se cogitou acima, perante o Juizado da Infância e da Juventude.

Na decisão liminar, o Magistrado de Primeiro Grau determinou:

- a. abertura de vagas da rede pública municipal ou aquisição de vagas, às expensas do Município de Fortaleza, na rede particular de ensino, para matrícula dos 119 alunos - não liberados pela escola insubmissa;
- b. a elaboração de um calendário escolar apenas para os 119 alunos, no sentido de recuperar e repor a carga escolar;
- c. multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), em caso de descumprimento do preceito.

O Supremo Tribunal Federal, em histórico aresto, já decidiu que o conceito de "ordem pública" envolve o conceito de "ordem administrativa", que significa o regular funcionamento da administração pública, no sentido próprio que o termo denota.

Ora, o cancelamento de convênios celebrados com o Município de Fortaleza deu-se em fevereiro do corrente ano. Desta época até hoje todas as escolas particulares cujos convênios foram rescindidos, em atitude até mesmo louvável, tomaram o cuidado de liberar seus alunos para que matriculados fossem na rede pública.

Não se justifica, por razões óbvias, que venha a ser efetuada toda uma

série de atividades administrativas, tendentes a solucionar um problema que sequer foi criado pelo ente público municipal, que, no exercício de sua atividade fiscalizadora, sancionou os estabelecimentos de ensino que não observaram os termos do convênio celebrado.

O cumprimento da medida liminar, portanto, sob esse aspecto, irá causar não só transtornos à ordem administrativa municipal, como irá importar em quebra das previsões orçamentárias vez que está em jogo o dispêndio de verba pública não programada, que envolve considerações até mesmo acerca dos princípios básicos acerca da atividade orçamentária.

De outro turno, já se aproxima o final deste ano não sendo de se imaginar como possível a recuperação das cargas horárias de alunos prejudicados por interesses de ordem puramente pessoal.

É de se ressaltar, por fim, que o Município de Fortaleza, se concretizada a liminar objurgada, irá suportar um ônus com relação ao qual sequer teve a oportunidade de se contrapor nas hipóteses em que deveria ter sido chamado para defender-se; no inquérito civil, ajuizado pelo Ministério Público (aqui, nota-se o defeito de representação pelo não chamamento do órgão público legitimado) e no processo da ação civil pública (com efeito, o ente público deve ser ouvido preliminarmente antes da apreciação do pedido de medida liminar).

Presentes, portanto, os requisitos contidos no artigo 4.º, da Lei Federal 8.437/92, **DEFIRO** o pedido de suspensão da execução da medida liminar, tal como formulado.

Oficie-se ao Juízo de Primeiro Grau acerca de todo o conteúdo desta decisão.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.
Fortaleza/Ce, 30 de outubro de 1995

DESEMBARGADOR JOSÉ ARI CISNE
Presidente

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DESTA
CIDADE DE FORTALEZA

PROCESSO N.º 0217/95

AUTOR: FABRÍCIO COLARES BARBOSA FILHO E OUTROS

RÉU: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

ACÃO ORDINÁRIA

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por sua procuradora judicial *in fine* firmada, vem, com o devido respeito e costumeiro acatamento, à presença de V. Exa., oferecer, tempestivamente, **CONTESTAÇÃO** à **ACÃO ORDINÁRIA**, que lhe promove **FABRÍCIO COLARES BARBOSA FILHO E OUTROS**, nos autos do processo em epígrafe, pelas razões fáticas e de direito a seguir expostas:

DOS FATOS:

Pretendem os suplicantes, por meio da Ação Ordinária proposta, obter prestação jurisdicional que lhes reconheça suposta lesão de não menos suposto direito adquirido, perpetrada pelo Município de Fortaleza, quanto da transformação da Gratificação de Exercício, instituída pela Lei n.º 5.177, de 03 de agosto de 1979, em Vantagem Pessoal Reajustável - VPR, criada pela Lei n.º 6.712, de 24 de setembro de 1990, malferindo, este ente, com tal atitude, segundo ainda a avaliação dos próprios autores, o disposto nos arts. 5.º, XXXVI e 37, XV, da Constituição Federal.

DO DIREITO:

01. Insurgindo-se contra o disposto no art. 10, da Lei n.º 6.712/90, os autores cometem um lamentável equívoco, posto que tal preceito, pela análise de seus claros termos, não se vislumbra mais que uma simples **transformação de nomenclatura e forma de cálculo**, passando o que dantes era denominado gratificação de exercício a chamar-se Vantagem Pessoal Reajustável, não advindo desta conversão nenhuma alteração no valor financeiro da vantagem atribuída aos postulantes.

02. A Administração Pública Municipal, em atendimento aos anseios de **conveniência e oportunidade**, e, utilizando-se do método consentâneo para concretizar a **multicitada modificação**, qual seja, a **lei**, resolveu quantificar o efetivo exercício das funções inerentes aos cargos ocupados pelos servidores públicos em questão, com valores pecuniários, que serão majorados pelo mesmo índice quando da ocasião dos reajustes remuneratórios do vencimento-padrão do servidor, ao invés de quantificar tal exercício na percentagem sempre rígida de 100% do vencimento-base do servidor.

03. Torna-se patente, portanto, a inexistência de qualquer espécie de redução dos vencimentos dos multicitados servidores, agindo o Município de Fortaleza, tão somente, na tentativa de melhorar e simplificar os seus procedimentos administrativos, prerrogativa esta inerente ao Poder Público na consecução do bem comum, notadamente quando se trata de expurgar da Administração Pública Municipal forma de cálculo ineficiente e custosa para os cofres públicos.

04. Por conseguinte, afastada se acha a alegada violação ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, sendo mesmo sintomático a **inexistência de informações**, na vestibular, que possam demonstrar em que níveis se deu tal redução, posto que, o que se depreende é que, em agosto de 1990, o Sr. Fabrício Colares recebeu, com a soma do vencimento e a gratificação de exercício, o valor de 12.068,00, e, em setembro de 1990 - depois da Lei n.º 6.712/90 - o valor de 16.594,00, fora as outras vantagens. Conclui-se, portanto, que, logicamente não houve redução de vencimentos, e muito menos, que com a transformação em VPR, passaram os autores a receber menos de 30% (trinta por cento) do que recebiam. Tal informação não deixa de ser um procedimento de má-fé, tentando assim confundir este respeitável juízo, por ocasião da formação de seu convencimento.

05. Quanto ao direito adquirido e sua **suposta lesão**, inexistem na espécie **sub judicis**, devido a repelência que tem tal princípio à idéia de mutabilidade, "**indispensável quando se trata de o poder público redefinir os termos debaixo dos quais ele vai atingir os seus sempre renovados cometimentos**". (IN Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 05.10.88), Ribeiro Bastos, Celso, Editora Saraiva, 1.ª edição, 1989, pág. 189). Portanto, direito adquirido e normas elaboradas pelos entes estatais com a finalidade de definir a relação servidor/Estado, num dado momento, são idéias incongruentes, dado ser da essência destas normas o caráter de mutabilidade, visando o acompanhando da evolução experimentada na vida social. Pensar de modo contrário, admitindo-se a existência de direito adquirido a socorrer os promoventes, *in casu*, seria usurpar dos entes estatais as prerrogativas que lhes foram conferidas pela Carta

Magna, vedando-se ao Estado o aperfeiçoamento de sua máquina administrativa, sob o pretexto de proteção a direitos adquiridos (manifestação do interesse particular) em detrimento do interesse de toda uma coletividade. Erigir o direito adquirido a dogma de fé, cogitando-se de sua presença em todas as ocasiões, notadamente contra disposições emanadas de entes estatais, na tentativa de melhor disciplinar a relação servidor/Estado, como na espécie em análise, acarretaria, além da supra referida superposição do interesse particular sobre o coletivo, na permanência de normas ultrapassadas, porque revestidas de imutabilidade, conferindo à própria sociedade um caráter estático.

06. A propósito, revela trazer a lume o que afirmou o insigne José Afonso da Silva, sobre direito adquirido, interesse particular e interesse coletivo: "... não ocorre direito adquirido contra interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral." (in Curso de Direito Constitucional Positivo, Afonso da Silva, José, Editora R.T. 6.ª Edição, 1990, pág. 247)

07. Tratando da inexistência de ofensa a direito adquirido, especificamente, quando da transformação da Gratificação de Exercício (GE) em Vantagem Pessoal Reajustável (VPR) afirma o Douto Dr. Valmir Pontes Filho em brilhante parecer:

"Em primeiro lugar não há falar em ofensa a direito adquirido, quando da transformação, por Lei, da Gratificação de Exercício em VPR. Isto posto, como é farta sabença, o servidor público não adquire direito a tal ou qual Gratificação, mas, sim, apenas não pode ter reduzido o quantum final de sua remuneração."

08. Em análise ao dispositivo vergastado de ofensivo do direito adquirido dos suplicantes, percebe-se, claramente, a inexistência dos elementos caracterizadores de tais direitos, apontados pelos promoventes em sua exordial, como sendo oriundo de um fato capaz de produzi-lo, ou seja a transformação da GE em VPR. Ora, declarar que tais valores já estavam incorporados ao patrimônio do servidor e que, por isso, ocorreu a afronta a direito adquirido, constitui total desconhecimento dos conceitos do instituto da gratificação. "São vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos servidores..."

09. Prosseguindo ainda na exposição das razões de direito que negam a existência de direito adquirido na espécie *sub judice* iremos agora beber na fonte dos ensinamentos de Direito Administrativo, ressaltando a peculiar posição que ocupam os multicitados autores em face da Administração Municipal. São estes, servidores da municipalidade, e como tais, não convencionam, com o ente público na tentativa de estabelecer as condições, por meio das quais, irão prestar os seus serviços. Muito pelo contrário, subordinam-se aos ditames estabelecidos

unilateralmente por tal entidade, que visa exclusivamente o atendimento de suas conveniências, não existindo direito adquirido a abrigar os suplicantes, na expectativa desesperada de permanecerem, estes, sob o comando das mesmas disposições, quando de seu ingresso no serviço público.

10. É o que consigna Hely Lopes Meirelles:

"Desde que o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar as condições de serviço e de pagamento, uma vez que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando as conveniências da Administração". (In Direito Administrativo Brasileiro, Lopes Meirelles, Hely, Ed. Malheiros, 18.ª Edição, 1993, pág. 398).

11. Com mais precisão e abrangência leciona de maneira lapidar Celso Antônio Bandeira de Mello:

"No liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando do ingresso. Então, benefícios e vantagens dantes previstos podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que dele derivam não se incorporam ao patrimônio do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual". (grifo nosso) (In Curso de Direito Administrativo, Bandeira de Mello, Celso Antônio, Ed. Malheiros, 4.ª edição, págs. 127 e 128).

12. Diante de incontrastáveis ensinamentos torna-se flagrante, também, a incompatibilidade entre servidor público, in casu, municipal e a idéia de "já incorporado", como alegado na exordial. Em verdade, o que *prima facie*, toma a enganosa feição de "já incorporado", levando os autores a erro de avaliação, no sentido de se acharem detentores de tal situação, nada mais é do que a fruição de um direito - não adquirido, porquê mutável - advindo dos efeitos de uma norma em vigor, mas que, pela sua própria natureza, in casu, redefinidora da relação servidor/Município, torna-se passível de revogação a qualquer tempo, não implicando a mutação desta - norma - em sacrifício de direito, porque era de sua essência a alterabilidade.

13. Portanto, agiu acertadamente o Município de Fortaleza ao conceder aos servidores em questão a Gratificação de Exercício (GE), enquanto perdurava o suporte normativo que instituiu tal vantagem. Assim, até agosto de 1990 perceberam corretamente, como confirmam em sua exordial, a gratificação que lhes devia a Municipalidade e, da qual faziam jus, devido a implementação da condição fática de prestarem serviços a este ente, pelo lapso temporal de um mês. Era um direito, não adquirido, devido sua essência mutável, advindo da

subsunção do suporte fático ao suporte normativo, então em vigor, concedendo aos promoventes a gratificação de 100% sobre o seu vencimento-padrão.

Todavia, já no mês de setembro de 1990, agindo também corretamente, modifica a Administração Municipal, no uso de suas atribuições administrativas, a legislação anterior, pela superveniência de norma que extingue os direitos surgidos sob a égide do instrumento revogado. Agora, a prestação de serviços à municipalidade, pelo período de 01 (um) mês (**suporte fático continuou inalterado**) premia o servidor com a percepção da denominada **Vantagem Pessoal Reajustável - VPR**, consistente esta, em pecúnia majorada pelo mesmo índice, quando da ocasião dos futuros reajustes remuneratórios do vencimento-base do servidor público municipal.

15. Desta feita, discrepa do senso comum, a tentativa dos servidores em quererem, **forçosamente**, continuar usufruindo de um direito advindo de um suporte normativo não mais existente no mundo jurídico e, mais grave ainda, **que contraria frontalmente** as disposições da norma revogadora (Lei n.º 6.712/90), posto que inexistente tal direito atualmente, qual seja, o da percepção de 100% sobre o vencimento-base muito menos, não existindo nestes o caráter da imutabilidade. O servidor público, é bom que se ressalte, não tem direito ad aeternum à percepção de dada vantagem, mas aos efeitos da Lei que a previu sobre seu patrimônio, enquanto se mantiver válida e efetivamente incidir, podendo o Estado, assim como os demais entes estatais, até mesmo **suprimi-la sem afetar** a supostos direitos adquiridos, o que, no caso em análise não ocorreu, pois trata-se do instituto da **gratificação**, vantagem mutável a qualquer tempo pela Administração Pública.

16. Não olvidando-se da jurisprudência, vem ao lume o pronunciamento do **Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, no Mandado de Segurança n.º 2.788, que teve por relator o Exm.º Sr. Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, in verbis:

“EMENTA: - (...) A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO É DE NATUREZA PERPÉTUA, DAÍ PORQUE NÃO HÁ QUE SE COGITAR DE OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO A TRANSFORMAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO EM VANTAGEM PESSOAL REAJUSTÁVEL, MORMENTE QUANDO ESTA MUDANÇA NÃO ACARRETOU REDUÇÃO DE VENCIMENTOS”.

Em face de todo o exposto, e diante da evidência de que não houve qualquer redução na re remuneração dos promoventes, bem como inexistindo, também, lesão a direito adquirido, como restou demonstrado, requer-se que V. Ex.ª se digne de julgar improcedente o pedido dos autores, **em todos os seus termos**, condenando-os, ao final, nos encargos sucumbenciais de estilo.

Protesto provar o alegado, de logo, por todos os meios de prova em

direito admitidos.

Nestes termos,

{Pede deferimento.

Fortaleza, 01 de setembro de 1995.

Regina Stella Carneiro Gondim

Procurador do Município