

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

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

**Fortaleza (CE) - 1998
Ano 6 - Volume 6**

Sumário

1 - APRESENTAÇÃO	13
2 - ARTIGOS	15
2.1 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE IPTU / TAXA DE LIXO Stênio Carvalho Lima	17
2.2 - PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA Mantovanni Colares Cavalcante	25
2.3 - NORMAS DE ISENÇÃO E IMUNIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL Valmir Pontes Filho	41
2.4 - LA REVELACION DEL DIAGNÓSTICO Ricardo David Rabinovich-Berkman	49
2.5 - DA TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO RESCISÓRIA Danilo Fontenelle Sampaio	55
2.6 - TUTELA ANTECIPATÓRIA Lira Ramos de Oliveira	63
2.7 - A LEI 8.935/94 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES Ricardo Cunha Porto	77
2.8 - PENHORA DO FATURAMENTO E PRINCÍPIO DA PROPORCIO- NALIDADE Eduardo Rocha Dias	85
2.9 - REFLEXÕES SOBRE PODER E TRIBUTAÇÃO Alcides Saldanha Lima	91
2.10 - CONSIDERAÇÕES SOBRE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO Ricardo Luis Sant'Anna de Andrade	103
2.11 - A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO ROMANO Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz	115

2.12 - A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL Adriana do Vale Farias Saldanha	135
2.13 - A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AMBIENTAL Denise Barbosa Sobreira	145
2.14 - DIREITO DE CONSTRUIR LEVANDO-SE EM CONTA A PROPRIEDADE DO SOLO Marcelo Sampaio Siqueira	151
2.15 - DA EFETIVIDADE DO ESTÁGIO PROBATÓRIO NO CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO BRASILEIRO Fátima Maria Nunes Memória de Andrade	163
2.16 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE ATIVA E O E.C.A Francisco Lisboa Rodrigues	177
2.17 - A BUSCA DO DIREITO NATURAL Lucíola Maria de Aquino Cabral	185
2.18 - BREVES REFLEXÕES SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE Walber Siqueira Vieira	201
2.19 - INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS REFERENTES À REMOÇÃO A PEDIDO E LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL José Vidal Silva Neto	207
2.20 - O NOVO PERFIL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO Karla de Almeida Miranda Maia	211
3 - PARECERES	219
3.1 - INOCORRÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELATIVAMENTE ÀS LISTAS TELEFÔNICAS Lilian Bezerra Paz	221
3.2 - APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE SERVIÇO COM PROVENTOS INTEGRAIS Maria Teresa Magalhães Cabral	225
3.3 - PARCELAMENTO DO SOLO À REVELIA DA LEI 6766-79. ILÍCITO PENAL CARACTERIZADO José Soares de Souza Neto	231

3.4 - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE BEM PÚBLICO Francisco de Assis Mesquita Pinheiro	237
3.5 - AFASTAMENTO DO SERVIDOR POR COMETIMENTO DE INFRAÇÃO PENAL Elny Siqueira Saker Pontes	243
3.6 - NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO DE SIMBOLOGIA DNI NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA Maria Carneiro Sanford	247
3.7 - EXAME DE MINUTA DE DECRETO SOBRE TRANSFERÊNCIA DE VAGA DE TÁXI Paulo de Tarso Montenegro Barrocas	251
3.8 - COMPLEMENTAÇÃO DE VANTAGEM PESSOAL REAJUSTÁVEL Eliza Maria Moreira Barbosa	257
3.9 - ATUALIZAÇÃO DE PLANTA DE LOTEAMENTO Débora Costa Oliveira	261
3.10 - DISPENSA DE LICITAÇÃO Manuela Lourenço Pires Torquato	267
3.11 - REPRESENTAÇÃO AO PREFEITO CONTRA ANULAÇÃO DE EDITAL Eugênia Grace de Sousa	269
4 - TRABALHOS FORENSES	275
4.1 - RECLAMAÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Ingrid Barreira	277
4.2 - RÉPLICA EM AÇÃO POSSESSÓRIA Stefenson Pinheiro Silva	285
4.3 - AGRAVO REGIMENTAL Francisco de Assis Mesquita Pinheiro	289
4.4 - MANDADO DE SEGURANÇA - INFORMAÇÕES. LICITAÇÃO. GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO Luis Gentil Chaves	303



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

APRESENTAÇÃO

É com justificado júbilo que a Procuradoria Geral do Município, edita o 6º volume de sua Revista.

É fruto do empenho e da dedicação dos que fazem o - CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO - CETREI, a quem cabe a editoração.

Espero que os trabalhos inseridos neste volume possam ensejar subsídios valiosos aos que tiverem o privilégio de lê-los, mercê de suas autorias.

Fortaleza, julho de 1998

Stênio Carvalho Lima
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE IPTU/TAXA DE LIXO - DIGRESSÕES

STÊNIO CARVALHO LIMA

Procurador Geral do Município de Fortaleza

Como Procurador Geral do Município de Fortaleza, em fevereiro de 1997, enfrentei interessante problema relacionado com o IPTU e a cobrança da Taxa de Lixo - TCLD.

Por sua importância, resolvi trazer, neste volume da Revista da PGM, a matéria, para servir de debate e discussão sobre tão importante assunto.

É que o Partido Comunista do Brasil - PC do B, o Partido dos Trabalhadores - PT, o Partido Socialista Brasileiro - PSB e o Partido Democrata Trabalhista - PDT, manearam ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, com o objetivo de retirar do ordenamento jurídico do Município de Fortaleza, os arts. 3º e 5º da Lei Municipal nº 8.125/97, art. 7º, da Lei nº 6.545/89 e art. 4º, da Lei nº 6.806/91, que versam sobre a cobrança do Imposto Territorial Urbano - IPTU e da Taxa de Coleta de Lixo Domiciliar - TCLD, referente ao exercício 1997.

Aduziram que o IPTU conteria progressividade, vedada pelos §§ 2º e 4º, do art. 182, § 1º, do art. 156, todos da Constituição Federal e que a TCLD, "por possuir base de cálculo própria", do IPTU afrontaria o art. 156 da Carta Magna.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição Plenária, concedeu a Liminar suspendendo a cobrança da TCLD, e quanto ao IPTU, exercendo as funções de legislador positivo, estabeleceu a alíquota uniforme de 0,7% (sete décimos por cento) - que era prevista na Lei para os imóveis residenciais - também para os não residenciais (comerciais) e para os não edificados.

Averbe-se que a concessão dessa liminar, resultou em vultoso prejuízo para os cofres municipais, porquanto o IPTU teve reduzidas suas alíquotas, enquanto a cobrança da TCLD, foi pura e simplesmente suspensa, sob o pretexto de que é inconstitucional.

Restará demonstrado, em tópico próprio, a inexistência de afronta do texto constitucional. Após a concessão da liminar, o Município de Fortaleza aforou perante o Supremo Tribunal Federal uma Reclamação por entender da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma local em face da Constituição Federal perante os Tribunais de Justiça, tema, alias, debatido perante a citada Corte e cuja pacífica jurisprudência aponta para essa impossibilidade, rogando a cassação do citado "decisum".

Ao meu ver, *in casu*, salvo melhor juízo, a ilegitimidade do TJ-CE patente, pelo que o STF, na qualidade de guardião da Constituição Federal não poderá quedar-se inerte diante dessa decisão flagrantemente ilegítima.

É certo que, a justificar a competência do TJ-CE, os promoventes transcreveram ementas inaplicáveis ao caso concreto e engendraram raciocínio sofisticado que induziu os julgadores originários ao erro, manipulando expressões como "reprodução compulsória de normas da Constituição Federal" e invocando a Reclamação nº 383, dentre outras decisões lapidares.

Da Incompetência do TJCE.

Da suposta Afronta de Norma da Constituição Federal por Lei Municipal. Impossibilidade.

Com efeito, os dispositivos constitucionais supostamente afrontados (arts. 156 e 182, CF/88) são repetidos no texto da Constituição do Estado do Ceará.

Inobstante, pretenderam os requerentes que esta reprodução seja obrigatória, ela não o é.

O fundamento jurídico para justificar a competência do TJCE baseia-se inteiramente nesta premissa falsa.

Observe-se que o Sistema Tributário Nacional está positivado na Constituição Federal e não é de reprodução obrigatória no texto constitucional estadual.

Cuida-se o argumento, tão-somente, de uma forma escamoteada do Tribunal estadual operar um controle de constitucionalidade de norma local em face da Carta Magna - pronunciamento absolutamente ilegítimo.

O STF, em Reclamação relatada pelo Ministro Paulo Brossard, manifestou-se nos seguintes termos:

"EMENTA: RECLAMAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL.

LEI MUNICIPAL. Inconstitucionalidade por ofensa à Constituição Federal. Arguição *in abstracto*, por meio de ação direta, perante Tribunal de Justiça.

O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102.

O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido "incidenter tantum", por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento da causa em concreto.

Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa a norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL

Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva a jurisdição dessa Corte, como guardião primacial da Constituição Federal. Art. 102 "caput", I, "e", da CF." (RCL 337, Ministro Paulo Brossard, Reclamante: Câmara Municipal de Cariacica e Reclamado: Relator de Ação de Inconstitucionalidade 7.517 do TJES)

Ausência dos Pressupostos da Medida Liminar

Ao meu ver, além da flagrante incompetência do TJ-CE, afigura-se-me claro que, no presente caso, não compareceram, ainda, os requisitos essenciais para o deferimento do provimento liminar.

De fato, não existia a aparência do bom direito, nem muito menos o perigo da demora, como facilmente se demonstra.

Com efeito, não existe a aparência do bom direito porque as teses de mérito sustentadas pelos autores são da mais absoluta improcedência. A tese mais eloqüente diz respeito a aumento supostamente abusivo.

Ocorre que a questão do aumento dos tributos é um problema político, que é resolvido pelo Poder Legislativo. A garantia do contribuinte, quanto a isto, reside em que o tributo só pode ser cobrado nos termos da lei. E temos lei, regularmente aprovada e publicada pela Câmara, conforme, aliás, os autores reconhecem expressamente reportando-se inclusive ao Diário Oficial em que a mesma foi publicada, e instruindo a inicial com um exemplar do mesmo.

Os autores argüíram, é certo, a inconstitucionalidade da lei relativamente ao IPTU.

Apontam uma suposta progressividade, transcrevendo o art. 7º, do Decreto 9.575, de 23.11.95, dispositivo já revogado, e portanto sem qualquer valia para a defesa da tese do autor.

A progressividade, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que invoca e transcreve, colocaria esse imposto em conflito com a Constituição.

Transcrevem, porém, os autores, desmentindo suas próprias teses, o art. 7º, da Lei nº 6.545, com redação que lhe deu a Lei nº 8.125, de 26.12.97, onde estão fixadas as alíquotas do IPTU, que de nenhum modo são progressivas.

Com certeza, não distinguem **progressividade**, que nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é inadmissível, de **seletividade**, que é permitida, e mais que isto, é recomendada pela Constituição, pois realiza melhor a função social da propriedade, e torna o imposto mais justo.

Ora, como se sabe, o imposto pode ser fixo, proporcional, ou graduado, segundo lição do saudoso mestre Aliomar Baleeiro e a progressividade é uma forma de graduação da alíquota:

É que no imposto graduado, que pode ser progressivo, ou regressivo, tem-se no primeiro caso alíquota que aumenta na medida em que aumenta a base de cálculo, e no segundo, alíquota que diminui na medida em que aumenta a base de cálculo.

"Há uma relação matemática crescente, ou decrescente, conforme o vulto da coisa ou fato sujeito ao gravame fiscal." (Aliomar Baleeiro, Uma Introdução à Ciência das Finanças, Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. I, p.265).

Trata-se de conceito antigo e universal. Primário até, para quem conhece alguma coisa de Ciência das Finanças e Direito Tributário. "PROGRESSIVE TAX - a tax in which rate increases as the amount subject to tax increases." (Steven H. Gifis, Law Dictionary, Barron's Educational Series, New York, EUA, 1991, p. 481). "Se denominam progresivos a los impuestos establecidos com una alícuota creciente del monto imponible y regresivos aquellos cuya alícuota es decresciente a medida que crece el monto imponible." (Dino Jarach, Finanzas Públicas, Editorial Cangallo, Capital Federal - República Argentina, 1978, p.303).

No mesmo sentido inúmeras obras podem ser citadas, nacionais e estrangeiras, porque se trata realmente de um conceito antigo e universal, tranqüilo entre os tributaristas e financistas.

A bem dizer e proclamar, o IPTU, na lei vigente do Município de Fortaleza - nº 8.125/97 - não é progressivo, porque as suas alíquotas não variam em função do valor do imóvel, nem em função de qualquer elemento do mesmo imóvel.

É ele **SELETIVO**, porque tem alíquotas diferentes para imóveis em situações diferentes.

Sublinhe-se que a alíquota mais elevada, de 5% (cinco por cento), incide sobre os imóveis não edificados (terrenos) situados nos distritos 1, 2, e 3, vale dizer, em zonas nas quais, em face do desenvolvimento urbano

que a Cidade alcançou, já não se justifica permaneçam terrenos sem edificação, que somente assim permanecem no interesse de imobiliários que dos mesmos não se utilizam, desprezando a função social que a propriedade deve ter.

E confundir **seletividade** com **progressividade**, data máxima vênua, é erro primário.

Por outro lado, argüem os autores também a inconstitucionalidade da lei com relação à Taxa de Coleta de Lixo.

Sustentam, em argumentação empolada e preta de conceitos equivocados, que a referida taxa tem base de cálculo própria de imposto.

Falam de Taxa de limpeza pública, em flagrante demonstração de desconhecimento da matéria, citando dispositivos de lei já não mais vigente, e asseveram que a Taxa está contaminada pela progressividade, que invalida a cobrança do imposto, e em consequência também a da Taxa. Dizem lesionado o princípio da isonomia, o princípio da capacidade contributiva, e inobservado o princípio da proporcionalidade razoável, e concluem afirmando a ocorrência de bitributação, invocando jurisprudência inteiramente superada, porque relacionada a leis de outros Municípios, e cujas disposições similares, do Município de Fortaleza, já não estão em vigor.

Quanto à incoerência de progressividade, repete-se, aqui, toda a argumentação desenvolvida já em relação ao IPTU, a demonstrar que invidiosamente inexistente tal progressividade, seja em relação ao IPTU, ou em relação à TCL.

Com efeito, a Taxa de Coleta de Lixo Domiciliar - TCLS - do Município de Fortaleza, tem por fato gerador a prestação do serviço de coleta do lixo produzido no domicílio do contribuinte, e assim, um serviço específico e divisível.

Não leva em conta o valor do imóvel, que é a base de cálculo do IPTU. Mais rigorosamente, a Taxa de Coleta de Lixo Domiciliar, na maioria dos casos não tem sequer base de cálculo. É cobrada com referência a uma tabela de valores fixos, determinados em função da área construída, do padrão e da localização do imóvel do contribuinte.

Não tem valor exorbitante, como se pode ver. Mesmo em relação aos imóveis de padrão LUXO e de área edificada superior a 500 m², está fixada em apenas R\$ 270,00 por ano, o equivalente a apenas R\$ 23,12 por mês, o que equivale dizer que o contribuinte paga menos de R\$ 1,00 por cada coleta realizada.

Por outro lado, não lesiona o Princípio da Isonomia nem o da Capacidade Contributiva, mas pelo contrário, realiza esses dois princípios tanto quanto é possível.

Poderia, é certo, o Município, ter legislado no sentido de que a Taxa de Coleta de Lixo Domiciliar fosse cobrada tendo-se em vista o custo total do serviço, dividido igualmente por todos os contribuintes. Cobraria,

então, de um hotel de grande porte, de um supermercado, de um restaurante, de um grande hospital, o mesmo valor cobrado do proprietário de um prédio humilde, de pequenas proporções.

Será que isso seria isonômico? Será que assim estaria respeitando o Princípio da Capacidade Contributiva?

Poderia, outrossim, cobrar a taxa na exata proporção do lixo coletado.

Teria, então, de equipar cada caminhão de coleta de lixo com uma balança.

E o tempo, e o pessoal empregado no serviço, terminaria por encarecer o custo do serviço.

Será que isso seria razoável?

Da matéria de fato controvertida

Procurei mostrar que da leitura da inicial e das razões oferecidas na Reclamação de que se trata, existe, na ADIN, matéria de fato controvertida, a demandar acurado exame de provas, o que seria bastante para recomendar o indeferimento da medida liminar requerida.

Por outro lado, um número absolutamente insignificante, no universo dos contribuintes, contados em milhares, muitos dos quais pagando pacificamente seus tributos, está a sugerir que os que reclamaram junto ao órgão autor encontram-se em situações excepcionais, nas quais pode ter havido erro de lançamento. Erro para cuja correção a lei aponta o caminho adequado da reclamação administrativa junto à Secretaria de Finanças, direito que não foi exercitado pelos contribuintes belicosos, certamente porque estão eles a serviço de interesses políticos dos senhores Vereadores da oposição, de nenhum modo interessados em que a Prefeitura realize boa administração da cidade.

Aspectos de mérito

Quanto ao mérito, sustentei a tese de que é flagrantemente improcedente a ADIN em tela.

Enfatizei, que quanto a TCLD, não se trata de limpeza pública, mas de coleta de lixo domiciliar: serviço específico e divisível, portanto, sendo impertinente a jurisprudência invocada.

A tabela em que se determina os valores respectivos, da TCLD e o cálculo que em situações excepcionais é feito, levam em conta a área, e não o valor dos imóveis, valor que é diferente em cada um dos vários distritos em que está dividida a cidade. Área, e valor, no caso, são coisas bem diferentes, e a área funciona como critério de dimensionamento da quantidade de lixo produzido.

Portanto, por aí há de se ver que não há, na Taxa em questão, nenhuma inconstitucionalidade, como bem demonstra o Professor Hugo

de Brito Machado, em brilhante parecer que foi acostado à Reclamação, no qual analisa exaustivamente todos os argumentos colocados no apelo em causa.

Sobre Taxa de Lixo, devo aduzir, ainda, por oportuno, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversos casos, já afirmou a constitucionalidade da Taxa em questão, em causas envolvendo outros Municípios, em situações idênticas ao de Fortaleza, como se vê no REsp 000 33996 - 4/GO e REsp 000 11940 - 0/SP.

O interesse público a ser preservado

Por fim, sublinhei que há de se considerar, finalmente, que o caso envolve inegável interesse público, sendo certo que o deferimento da liminar suspendendo os efeitos das Leis Municipais em tese, causou seríssimo abalo às finanças do Município de Fortaleza, já combalidas em face de uma série de medidas adotadas pelo Governo Federal, que tudo vem fazendo, como é de todos sabido, para anular as vantagens que a Constituição de 1988 deu aos municípios em matéria de partilha tributária.

Diante do exposto, o Município de Fortaleza requereu a cassação da decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, exorbitante de sua competência e ofensiva à jurisdição da Suprema Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal.

A matéria até agora - julho de 1998 - não mereceu decisão do Exceiso Pretório. E impacientemente, como Procurador Geral do Município aguardo a decisão do Pleno do Tribunal Máximo sobre tão palpitante tema.

PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA

MANTOVANNI COLARES CAVALCANTE

(Juiz de Direito - membro acadêmico do Instituto dos Magistrados do Ceará)

SUMÁRIO

1. A IMPORTÂNCIA DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA.
2. O EFEITO DEVOLUTIVO NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
3. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA.
4. A CAUÇÃO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.
5. A CARTA DE SENTENÇA NO MANDADO DE SEGURANÇA.
6. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM RELAÇÃO AO PAGAMENTO DE VALORES DEVIDOS A PARTIR DA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.
7. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA.
8. O DESCUMPRIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PELA AUTORIDADE IMPETRADA.
9. CONCLUSÃO.

1. A importância da execução da sentença.

Sempre que alguém busca a solução de um conflito existente, através da atividade jurisdicional do Estado, visa a obtenção da aplicação do direito ao caso concreto.

Moacyr Amaral Santos, por isso mesmo, diz que a sentença "*tem função declaratória de direito pré-existente. É a aplicação da norma jurídica reguladora da lide, a fim de compô-la, o objetivo da sentença. O direito abstrato, contido na norma aplicável, se concretiza com a declaração da sua aplicação à espécie*"¹.

Não basta, porém, a mera obtenção dessa aplicação através da sentença. É necessário que a decisão judicial possa ser executada, vale dizer, que seja passível de exigibilidade no seu cumprimento.

Afinal, como bem lembra Humberto Theodoró Júnior há "*no processo judicial a atividade de conhecimento e a de execução formando os dois grandes capítulos da sistemática jurídica de pacificação social, cujo objetivo maior é a eliminação das lides ou litígios no relacionamento humano, para tornar a vida possível em sociedade*"².

No mandado de segurança, a execução da sentença assume importância ainda mais relevante, uma vez que tal ação integra um dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal³, de tal sorte que o seu pronto cumprimento deve ser encarado não somente como a concretização da decisão judicial, mas também como um atendimento a princípio constitucional.

¹ Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º Volume, 10ª edição, Saraiva, 1989, p. 13.

² Execução, Volume 3, Aide Editora, 1991, p. 158.

³ Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988.

Dáí porque o legislador, nesse aspecto, previu que, tão logo fosse concedida a segurança, a parte poderia executar provisoriamente a sentença⁴, deixando, contudo, várias dúvidas de como se dá o processamento dessa execução, exatamente pela ausência de outras normas na lei do mandado de segurança disciplinando a matéria.

O presente trabalho visa analisar vários enfoques sobre a referida execução provisória, de modo a adequar as normas de direito processual civil sobre execução de sentença com o procedimento especial do mandado de segurança, este a merecer sempre o tratamento diferenciado das outras ações por estar no elenco constitucional dos direitos e garantias individuais.

2. O efeito devolutivo na apelação em mandado de segurança.

Para o correto enfoque da possibilidade da execução provisória no mandado de segurança, é importante primeiramente ressaltar que a apelação em mandado de segurança não pode ter o efeito suspensivo.

Já escrevi, a propósito⁵, que "(...) no mandado de segurança, a parte impetrante, se vencedora, pode executar provisoriamente a sentença, conforme expressamente prevê o art. 12, parágrafo único, da Lei n° 1.533/51⁶. Como doutrina Hely Lopes Meireles, "o 'efeito dos recursos', em mandado de segurança, é somente o devolutivo porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental. A essa regra a Lei 4.348/64 abriu exceção, que se nos afigura inconstitucional, para os recursos contra decisões concessivas de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, vencimentos e vantagens, casos em que impõe o efeito suspensivo (arts. 5° e 7°)"⁷.

Ressaltei na ocasião que "não teria o menor sentido a norma contida no parágrafo único do art. 12 da Lei n° 1.533/51, que permite a execução provisória da sentença concessiva da segurança, se a apelação fosse recebida em ambos os efeitos, vale dizer, através do recebimento do apelo no efeito suspensivo, estaria o Juiz negando vigência à referida norma. Pode-se então levantar a hipótese de necessidade da suspensão dos efeitos da sentença, mas aí tal decisão não deve ser apreciada quando do recebimento de apelação, e sim em instrumento próprio, no caso, através de suspensão da segurança, como magistralmente adverte Hely Lopes Meireles, ao dizer que "para a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança, há recurso

⁴ Lei n° 1.533, de 31 de dezembro de 1951, "Art. 12. (...) Parágrafo único. A sentença que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente."

⁵ "A antecipação da tutela contra a Fazenda Pública", artigo publicado na Revista da Associação Cearense de Magistrados, ano V, n° 6, Fortaleza, julho/97.

⁶ Conforme art. 12 da Lei n° 1.533, de 31 de dezembro de 1951, já transcrito na nota n° 4.

⁷ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 13ª edição, RT, p. 71.

específico ao Presidente do Tribunal (Lei 1.533/51, art. 13), o que está a indicar que essa suspensão não pode ser obtida por via de apelação ou de qualquer outro recurso genérico"⁸.

Destaquei ainda que "Theôtonio Negrão enumera, entre outros julgados, os que afirmam que "a atribuição de efeito suspensivo ao recurso manifestado contra decisão concessiva de segurança importaria, por uma via transversa, na sustação da execução da sentença proferida no 'mandamus', providência incompatível com a legislação específica (RSTJ 43/197); o efeito do recurso, em mandado de segurança, é sempre devolutivo, à vista do caráter auto-executório da decisão nele proferida (STJ - Corte Especial, MS 771-DF- AgRg, rel. Min. Torreão Braz, j. 12.12.91, negaram provimento, v.u., DJU 3.2.92, p. 420, 2ª col., em.); a sentença concessiva da segurança apresenta caráter auto-executório, salvo as hipóteses previstas nos arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348, de 26.6.64, e no caso de ser deferida suspensão de segurança (Lei 4.348, de 1964, art. 4º) (RSTJ 58/162)."⁹.

Em relação à última anotação acima referida, ressalte-se que as hipóteses contempladas pela Lei n° 5.021, de 9 de junho de 1966 são as de sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, que implicar em pagamento de atrasados.

Já a Lei n° 4.348, de 26 de junho de 1964, refere-se à execução de sentenças somente após o trânsito em julgado em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Não pode o Juiz, portanto, salvo nos casos expressamente previstos nas leis aqui citadas, emprestar efeito suspensivo à apelação em mandado de segurança, de modo a impedir sua execução provisória.

3. A execução provisória.

Exatamente pela impossibilidade de se dar efeito suspensivo ao recurso contra sentença em mandado de segurança, que o legislador destacou taxativamente que a parte vencedora poderia executar provisoriamente o julgado¹⁰.

Resta saber, então, a forma como deve ser processada tal execução provisória.

Segundo Hely Lopes Meireles, "a execução provisória foi estendida à sentença concessiva de mandado de segurança, pela Lei 6.071, de 3.7.1974, mas daí não se conclua que essa provisoriamente exija a caução e a carta de sentença referidas

⁸ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 13ª edição, RT, p. 69.

⁹ Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Saraiva, 1ª edição em CD-ROM, atualizado até 23.03.96.

¹⁰ Conforme o já citado art. 12 da Lei n° 1.533/51.

no art. 588 do código de processo civil. E assim já se decidiu. Pois se a liminar é executada independentemente desses requisitos, ilógico seria exigí-los para execução da decisão de mérito, ainda que sujeita a recurso" ¹¹.

Já Humberto Theodoro Júnior entende que "(...) pouco importa a natureza que se atribua à sentença do *mandamus* porque a lei é expressa em destinar-lhe o regime de execução provisória" ¹².

Continua o festejado doutrinador, em sua explanação sobre o tema, que "O cumprimento da sentença, *in casu*, não observa o rito das execuções forçadas disciplinadas pelo Livro II do CPC, pois realiza-se por meio de simples ofício remetido pelo juiz da causa à autoridade contora (Lei n. 1533/51, art. 11). Mas, antes do trânsito em julgado, o regime dessa execução *sui generis* é o das execuções provisórias, como deixa bem evidenciado o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1533/51 (CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. cit.*, RT 543/3). Adverte CELSO BARBI que a nova redação do comentado dispositivo legal é muito clara ao dizer que a sentença será "executada provisoriamente": "Com isso, tornou inequívoca a sujeição dessa execução em mandado de segurança às normas do Código relativas à execução provisória, e que são as constantes do art. 588" (CELSO BARBI, "Do Mandado de Segurança", 4a. ed., n. 270, p. 317). No mesmo rumo é a lição de J. CRETELLA JÚNIOR: "Determinando a Lei n. 6.071, de 03.07.74, que a sentença concessiva do mandado pode ser executada provisoriamente, não só adaptou o processo do mandado de segurança ao espírito do Código de Processo Civil de 1973, que mudou a denominação "recurso ex officio" para "exame em duplo grau de jurisdição", como também esclareceu o modo pelo qual a sentença poderia ser executada - provisoriamente -, o que a submete às normas do art. 588 do Código de Processo Civil" ("Comentários à Lei do Mandado de Segurança", 3a. ed., Rio, Forense, n. 84, p. 271). Tranqüila, portanto, é a posição da lei e da doutrina em face da natureza e do regime jurídico da execução da sentença concessiva do mandado de segurança, na pendência de recurso, seja voluntário, seja necessário. Incidirão sempre as regras do art. 588 do CPC" ¹³.

Resta saber então qual das duas posições deve ser adotada pelo Juiz, no instante em que se vai processar a execução provisória no mandado de segurança.

4. A caução na execução provisória.

A primeira questão a ser enfrentada é a que diz respeito à possibilidade de o Juiz exigir caução quando da execução provisória no mandado de segurança.

É que, de acordo com o código de processo civil, quando da execução provisória de sentença, há que ser observado alguns princípios, entre eles o de que o credor deverá prestar caução, pois o procedimento corre por sua

¹¹ Mandado de Segurança (...), 13ª edição, 2ª tiragem, RT, 1991, p. 68.

¹² Execução, Volume 3, Alde Editora, 1991, p. 527.

¹³ *Ob. cit.*, pp. 528/9.

conta e responsabilidade, obrigando-se a reparar prováveis danos causados ao devedor" ¹⁴.

Cumpra analisar, assim, se referida disposição do código de processo civil deve ser aplicada em mandado de segurança, quando de sua fase executória em relação à sentença.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o tema, bem dissertou que "a questão prática colocada, que é uma só, poderá ser formulada por duas maneiras, dependendo do ponto de observação em que se ponha quem a faz. Aplica-se à execução provisória no mandado de segurança a exigência da caução imposta pelo art. 588, I, do CPC? - pergunta o processualista. Tem a autoridade administrativa o poder de exigir caução (suficiente e idônea, a seu critério), ou deve ela curvar-se ao acórdão, como mandamento oriundo de outro Poder do Estado? - indaga-se o administrador. Trata-se, como se vê, de um ponto de convergência entre o Direito Administrativo e o Processual, não podendo o processualista desconhecer as razões de Direito Administrativo e as distinções que perante este não de ser consideradas para a solução do problema e não podendo o administrativista ficar alheio à disciplina do processo e especificamente a execução provisória e dos efeitos dos recursos; nem poderá qualquer deles, acima de tudo, ignorar as superiores razões que levam a Constituição Federal a instituir a garantia representada pelo mandado de segurança" ¹⁵.

Por isso mesmo, sob a ótica do maior dos administrativistas brasileiros, o grande Hely Lopes Meireles, no mandado de segurança a sentença deve ser cumprida "(...) diante da só notificação do Juiz prolator da decisão, independentemente de caução ou de carta de sentença, ainda que haja apelação ou recurso extraordinário pendente" ¹⁶.

Mereceu reforço tal assertiva na posição de Cândido Rangel Dinamarco, ao doutrinar que "(...) o mandado de segurança estando destinado a ser um fator de equilíbrio, para que os agentes estatais possam estar munidos de poderes mas permaneçam sujeitos a controle eficiente, o equilíbrio se romperá se muitos óbices se colocarem no caminho da efetivação do remédio heróico" ¹⁷.

Pode-se então levantar a questão da aplicação subsidiária do código de processo civil no mandado de segurança, a exigir a aplicação das dispo-

¹⁴ Código de processo civil: "art.588 A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior. Parágrafo único. No caso do número III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução".

¹⁵ Mandado de Segurança - Execução Provisória, Revista dos Tribunais 543, janeiro de 1981, p. 25.

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 69.

¹⁷ Mandado de Segurança - Execução Provisória, Revista dos Tribunais, 543, janeiro de 1981, p. 33.

sições relativas à execução de sentença, notadamente a que impõe o oferecimento de caução.

É certo que se aplicam subsidiariamente as normas contida no código de processo civil em relação ao mandado de segurança, como nas questões relativas ao litisconsórcio, explicitamente referida tal aplicação na Lei 1.533/51¹⁸.

Todavia, a aplicabilidade subsidiária do código de processo civil no mandado de segurança é parcial, como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, tanto que de acordo com a súmula 597 do Supremo Tribunal Federal não são admissíveis embargos infringentes contra acórdão oriundo de apelação em mandado de segurança¹⁹.

Entende o processualista, mesmo assim, que caberá ao Juiz verificar se é o caso ou não de caução para a execução provisória, ficando o magistrado com o que chama de poder discricionário. Diz que "em cada caso, a discricionariedade do juiz (ou tribunal) consistirá em descobrir, dentre todas essas razões em dois sentidos, se é ou não de se exigir a caução"²⁰.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina, ao se debruçar sobre o tema, concluiu que "de outra parte, a justificativa da caução, pretendida pelos citados autores - que residiria no risco de dano ao sujeito passivo da impetração - perde relevância diante do mecanismo que a Lei 1.533 adota (art. 13) e a Lei 4.348 regula (art. 4º) para a suspensão da segurança, por ato do Presidente do Tribunal competente, de forma a prevenir "grave lesão à ordem pública, à saúde, à segurança e à economia públicas". A suspensão da liminar ou da sentença concessiva da segurança, em tais hipóteses, "a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada", representa, para essa, uma garantia mais eficaz que a caução em dinheiro, prestada pelo impetrante"²¹.

Esse último argumento me parece o mais convincente para se concluir pela impossibilidade de se exigir caução quando da execução provisória no mandado de segurança.

Ora, a caução existe exatamente para que se evite dano à parte contrária, no caso do cumprimento antecipado da decisão cuja reforma poderá ocorrer quando da apreciação do recurso contra ela dirigido.

O mandado de segurança já dispõe de meio eficaz para se evitar o dano à administração, no caso, através de instrumento próprio denominado de pedido de suspensão de segurança, que pode ser utilizado na hipótese de a administração verificar que a execução provisória do julgado poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

¹⁸ Lei nº 1.533/51: "art. 19. Aplicam-se ao processo de mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio".

¹⁹ Ob. cit., p. 34.

²⁰ Ob. cit., p. 36.

²¹ Execução provisória em mandado de segurança, Revista de Processo 54, p. 38.

É certo que há essa limitação da utilização do pedido de suspensão de segurança. E realmente deve existir essa limitação, pois do contrário se tornaria inviável a utilização do mandado de segurança para suspender os atos arbitrários da administração pública.

Vale dizer, no instante em que se colocassem obstáculos à concretização do banimento do ato violador do direito líquido e certo da parte impetrante (e a exigência de caução, a meu ver, se constitui em um desses obstáculos), tornar-se-ia inviável a utilização do remédio constitucional para salvaguardar direitos líquidos e certos violados.

Por isso mesmo, condicionou-se a suspensão da segurança concedida às hipóteses de possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, porque nesses casos prevalece o interesse da coletividade, sobrepondo-se à suposta lesão individual.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que "(...) a efetividade da tutela jurisdicional se apresenta na razão proporcional inversa da margem de arbítrio daquela que exercem o poder, para intrometerem-se com as liberdades públicas. Retirar da via do mandado de segurança a possibilidade da execução provisória, outrossim, representa a aniquilação da garantia constitucional. É que o mandado de segurança, por sua própria natureza, pressupõe a execução provisória da sentença como forma de fazer eficaz a prestação jurisdicional garantidora do direito ameaçado ou violado por ato (ou omissão) ilegal ou de abuso de poder. A execução provisória no mandado de segurança, portanto, é instrumento indispensável para a própria efetividade da garantia constitucional concretizada no *mandamus*. A subtração da execução provisória do procedimento no mandado de segurança equivale à criação de outro procedimento especial. Procedimento, com certeza, sem a mesma efetividade. Equivale à destruição do remédio constitucional"²².

Discute-se até mesmo a validade da exigência de caução em mandado de segurança quando da concessão de liminar.

O Superior Tribunal de Justiça vem emitindo julgamentos divergentes em relação a essa matéria. Conforme anota Theotonio Negrão "a questão do condicionamento de caução para deferimento de liminar em mandado de segurança é controvertida no STJ, tendo sido inclusive suscitado incidente de uniformização, que todavia não foi conhecido pela Corte Especial do referido Tribunal. Há decisões contrária e a favor"²³.

Parece-me, todavia, mais razoável não se exigir prestação de caução para o cumprimento de liminar ou de sentença em mandado de segurança, pelos motivos aqui alinhando, valendo ainda destacar a feliz observação do Ministro José de Jesus Filho, no sentido de que "Mandado de se-

²² O direito à adequada tutela jurisdicional, Revista dos Tribunais 663, janeiro de 1991, p. 246.

²³ Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 1997, Saraiva, 1997, p. 1128.

gurança pressupõe direito líquido, certo e indiscutível, aflorando à primeira vista. Se o direito se apresenta dessa forma, deve o juiz, se pleiteada, conceder a cautelar sem contracautela, porque ao final, em tese, a segurança deverá ser concedida. A exigência de contracautela em mandado de segurança para concessão de liminar não se ajusta à índole dessa ação de natureza constitucional²⁴.

Dessa forma, se para a concessão sob a forma liminar não há de se exigir caução, muito menos tal exigência seria cabível em execução provisória do julgado.

5. A carta de sentença no mandado de segurança.

Segundo a doutrina dominante, a parte que deseje executar provisoriamente o julgado que lhe foi favorável em mandado de segurança, deve simplesmente requerer ao Juiz da causa a expedição de ofício à autoridade impetrada para cumprir de imediato a ordem emanada do juízo respectivo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "Sentença de natureza mandamental, antes de transitada em julgado, pode ser cumprida provisória e imediatamente, via simples notificação por ofícios, independentemente de caução ou de carta de sentença"²⁵.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina esclarece que "(...) a execução da segurança é, assim, imediata ou decorre da simples concessão da medida. Para esse aspecto já advertia, em lição lapidar, o saudoso Min. Costa Manso: "Como a denominação desse remédio constitucional está indicando, a sentença nele proferida não comporta execução forçada, no sentido comum. Não se expede carta de sentença. Expede-se um simples mandado de segurança, análogo à ordem de *habeas corpus*. Munida desse mandado assecuratório, a parte evitará que, contra ela, seja praticado ou continue a ser praticado ato lesivo"²⁶. E conclui que "a execução provisória, em tal perspectiva, se apresenta como a via natural para a realização da prestação jurisdicional. Não se requer, para o seu processamento, nenhuma forma especial de tramitação, porque ela não afeta a marcha do processo principal; antes, a completa ou lhe dá seqüência"²⁷.

Entendo, porém, que se deva agir de modo diverso.

É que, havendo concessão da segurança, sempre haverá recurso, seja através de apelação (recurso voluntário), seja através do reexame necessário (duplo grau de jurisdição obrigatório a que se refere o parágrafo

²⁴ STJ - 2ª Turma, RMS 324-0-SP, rel. p. o ac. Min. José de Jesus Filho, j. 18.8.93, DJU 22.11.93 citado no Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotonio Negrão, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 1997, Saraiva, 1997, p. 1128.

²⁵ STJ - 1ª Turma, RMS 2.019-8-CE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.4.94, DJU 23.5.94, citado no Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotonio Negrão, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 1997, Saraiva, 1997, p.1134.

²⁶ Execução provisória em mandado de segurança, Revista de Processo 54, p. 36.

²⁷ Ob. cit., p. 37.

único do art. 12 da Lei n° 1.533/51), devendo, por isso, os autos subir imediatamente ao órgão de segundo grau, tão logo seja findo o prazo do recurso voluntário.

José Carlos Barbosa Moreira leciona inclusive que "Não havendo apelação, a remessa deve ser feita logo após o esgotamento do prazo em que o recurso podia ter sido interposto; mas a eventual omissão é suprável a qualquer tempo. O próprio presidente do tribunal, de ofício ou mediante provocação do interessado, poderá avocar os autos, se o juiz de primeiro grau não os remeter (art. 475, parágrafo único)"²⁸.

Nesse aspecto é que vejo necessária a expedição de carta de sentença, pois se os autos devem subir imediatamente ao órgão de segundo grau, como então será cumprida a ordem judicial decorrente da sentença processar nos próprios autos?

A prioridade, a meu ver, quando se interpõe recurso, é fazer a remessa do feito ao órgão que apreciará o recurso, tanto que o Presidente do Tribunal poderá avocar o processo, não tendo sido feita a remessa²⁹.

Caso não se extraia, portanto, a carta de sentença, determinando-se a simples expedição de ofício à autoridade impetrada, deve-se aguardar a resposta da autoridade, e, se for o caso, adotar as providências no caso do não cumprimento da ordem. Ou seja, na execução provisória da sentença, não basta somente a expedição da ordem, deve-se verificar o seu cumprimento, pois do contrário de nada valeria executar o julgado.

Nessa hipótese, somente após a verificação da concretização da execução provisória, com o pronto atendimento da ordem pela autoridade impetrada, é que seriam os autos remetidos ao Tribunal, o que, evidentemente, representaria prejuízo para a parte recorrida.

E mais, se durante o período da verificação do cumprimento da execução provisória (através de simples ofício, como se vem entendendo), o Presidente do Tribunal avocar os autos, como lhe é permitido fazê-lo, ficará a execução pendente, pois ao remeter os autos, o Juiz do feito não mais poderá adotar quaisquer providências em relação ao pedido executório.

Pode-se então dizer que, no caso de não atendimento do ofício determinador da execução provisória da sentença, estando os autos no Tribunal, a parte recorrente poderá requerer ao relator do processo as mesmas medidas que postularia no juízo singular.

Todavia, resta saber se, nessa hipótese, o relator daria continuidade à execução provisória, uma vez que deve tal procedimento ter seu andamento no juízo da decisão, e ainda pelo fato de que a prioridade no manda-

²⁸ O Novo Processo Civil Brasileiro, 19ª ed., Forense, 1997, p. 89.

²⁹ Código de processo civil, "art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - que anular o casamento; II - proferida contra a União, o Estado e o Município; III - que julgar impropriedade a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 585, VI). Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los".

do de segurança, quando ocorre sua remessa ao Tribunal, é o julgamento do recurso, tanto que o feito tem prioridade para ser colocado em pauta sobre os demais de natureza cível, como geralmente previsto nos regimentos internos dos Tribunais³⁰.

Por isso, para que não haja conflito entre a necessidade de remessa imediata do feito ao Tribunal no caso de recurso (voluntário ou obrigatório) e o processamento da execução provisória, entendendo que, no caso de manifestação da parte vencedora em executar provisoriamente o julgado, há de ser expedida a Carta de Sentença.

Extraída a Carta, a parte então pode livremente, e sem obstacular a remessa do mandado de segurança ao Tribunal, executar o julgado.

Até mesmo para efeito de controle e operacionalidade da execução provisória na Secretaria da Vara ou cartório³¹, a carta de sentença proporciona maior segurança ao exequente, já que o feito deverá ser registrado no respectivo Livro de Tombo, ficando de fácil acompanhamento e fiscalização o desenvolvimento da execução provisória.

6. A execução provisória em relação ao pagamento de valores devidos a partir da impetração do mandado de segurança.

Todas as questões até aqui expostas dizem respeito à execução provisória da sentença em mandado de segurança, no sentido de que seja sustado de imediato o ato da autoridade impetrada, cujo reconhecimento de violação de direito líquido e certo da parte ocorreu quando da prolação da sentença.

Pode acontecer, todavia, que tal ato tenha repercussão patrimonial para a administração³², implicando em pagamento de valores, que, como se sabe, serão devidos a partir da impetração do mandado de segurança.

Nesses casos, há que se destacar que a execução provisória deve seguir rumo diferente, uma vez que, como lembra Cândido Rangel Dinamarco, "(...) contra a fazenda desencadeiam-se apenas meios de coação e não meios de sub-rogação. (...) a lei não tolera a execução forçada contra a Fazenda. A expedição de ofício requisitório (chamado "precatório") não é senão um convite à autoridade a satisfazer, sob as sanções políticas estabelecidas"³³.

³⁰ Art. 173, II do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e art. 145, VI do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

³¹ A depender, obviamente, da estrutura de organização judiciária de cada Estado, no caso de mandado de segurança processado perante a Justiça Comum Estadual. No Ceará, com a vigência do novo Código de Divisão e Organização Judiciária (Lei Estadual n° 12.342, de 28 de julho de 1994), foi implantado o sistema de Secretaria de Varas semelhante ao existente na Justiça Federal, retirando dos cartórios a tarefa de administração de expedientes processuais, através de atitude corajosa e sempre digna de elogios do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no sentido de proporcionar uma Justiça mais moderna e célere, respeitando a autonomia e independência que devem acompanhar o trabalho do Magistrado, e facilitando o acesso do jurisdicionado à Justiça.

³² É o que ocorre, por exemplo, nos mandados de segurança em que se visa a revisão de benefício previdenciário, onde o instituto previdenciário é obrigado a implantar em folha de pagamento do beneficiário a diferença da pensão devida.

³³ Mandado de Segurança - Execução Provisória, Revista dos Tribunais, 543, janeiro de 1981, pp. 27 e 28.

Por isso, em tais situações, deve obedecer a execução o procedimento previsto no art. 604 do código de processo civil.

Segundo o art. 604 do código de processo civil, "quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo".

Anotando o art. 604 do código de processo civil, Theotônio Negrão ressalta que "do texto decorre que o devedor não é mais intimado para dizer sobre a conta elaborada pelo vencedor, nem deve esta ser homologada pelo juiz. Fica, porém, ressaltada ao devedor a possibilidade de alegar excesso de execução, no prazo de embargos (art. 741-V)"³⁴.

O pedido de execução provisória nessa hipótese, portanto, há que ser devidamente instruído com a discriminação do cálculo.

Dever-se-ia, então, concluir que a medida adotada em seguida seria citar o réu para pagar ou nomear bens à penhora. Só que segundo anota Theotônio Negrão, "A Fazenda Pública é citada para opor embargos à execução (v. art. 730), e não para pagar"³⁵.

Didaticamente, sobre o assunto Sérgio Ferraz resume que "pode também ocorrer execução de obrigação pecuniária (desde que não tenha a índole de reparação substitutiva e se refira a período não anterior à impetração), como posto, com nitidez, nas Leis 4.348 e 5.021. Nesses casos, a execução realiza-se através de liquidação, por cálculo, satisfazendo-se o crédito mediante precatório"³⁶.

As hipóteses de cabimento e as matérias que podem ser invocadas nos referidos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, serão estudadas no próximo item.

7. Os embargos à execução provisória em mandado de segurança.

Para melhor análise da questão dos embargos à execução provisória, há que se distinguir que tipo de execução a parte ingressou após o julgamento do mandado de segurança.

É que, como se viu, o impetrante poderá executar provisoriamente a decisão tanto no aspecto na sustação imediata do ato violado pela administração, como também no tocante à percepção de valores devidos entre a impetração da segurança e a sentença.

Quanto ao primeiro tipo de execução, não se pode embargar a execução, pois a segurança foi concedida e deve ser atendida de imediato.

O Tribunal de Justiça do Paraná, inclusive, já decidiu que "(...)na "execução" provisória da decisão proferida em mandado de segurança, são inadmissíveis embargos do devedor"³⁷.

³⁴ Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Saraiva, 1ª edição em CD-ROM, atualizada até 23.06.96.

³⁵ Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Saraiva, 1ª edição em CD-ROM, atualizada até 23.06.96.

³⁶ Mandado de Segurança, individual e coletivo, aspectos polêmicos, Malheiros, 1992, pg. 145.

³⁷ Embargos de declaração n° 48084, relator Desembargador Francisco Muniz, 1º grupo de Câmara Cíveis.

No mesmo sentido, o então Tribunal Federal de Recursos, através de voto do Ministro Torreão Braz, já havia destacado em trecho de acórdão que "não se admitem embargos à execução do mandado de segurança"³⁸.

Obviamente, como já destacado anteriormente, a administração pode requerer a suspensão da referida execução, no caso de entender que com sua concretização restará violada gravemente a ordem pública, ou a saúde, a segurança ou economia públicas. Deverá, contudo, valer-se do instrumento próprio, no caso, o pedido de suspensão de segurança.

Exatamente há a previsão da utilização de tal instrumento, por ser esse o único meio capaz de barrar a execução provisória da sentença em mandado de segurança.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão conduzido pelo Ministro Garcia Vieira, firmou posicionamento em sua 1ª Turma, no sentido de que sequer se possa utilizar outro mandado de segurança para barrar a execução provisória, decidindo ser "incabível mandado de segurança para impedir a execução provisória de sentença concessiva do writ. A medida cabível seria a suspensão da segurança (Lei nº 1.533/51, art. 13 e Lei nº 4.348/64, art. 4º)"³⁹.

Por isso, entendo indevida a utilização de embargos como forma de se suspender a execução provisória no mandado de segurança, quando tal execução visa tão somente a suspensão do ato tido como violador de direito líquido e certo do impetrante, pois o meio adequado para obstaculizar a execução é o pedido de suspensão de segurança.

Já em relação à postulação de pagamento de vantagens a partir da impetração, são perfeitamente admissíveis os embargos.

É que, nesse caso, há que se obedecer o procedimento previsto no art. 604 do código de processo civil, e por isso mesmo deve ser intimado o ente responsável pelo referido pagamento para tomar ciência dos cálculos efetuados pela parte exequente, e, querendo, opor os embargos no prazo legal.

Nessa última hipótese, deve o Juiz receber os embargos, e conseqüentemente determinar a intimação do credor para impugná-los em dez dias.

A parte, assim, que desejar executar provisoriamente a sentença concessiva da segurança, deve fazê-lo através de dois procedimentos distintos.

No caso da postulação da suspensão do ato que motivou a ação, para imediato cumprimento da sentença de segurança propriamente dita,

³⁸ TRF - 6ª Turma, AC 61.195-AM, j. 19.9.83, DJU 13.10.83, citado no Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor de Theotônio Negrão, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 1997, Saraiva, 1997, p.1134.

³⁹ STJ - 1ª Turma, RMS 2.011-3-CE, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17/3/93, DJU 26/4/93, citado no Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor de Theotônio Negrão, 28ª ed., atualizada até 5 de janeiro de 1997, Saraiva, 1997, p.1134.

deverá ingressar com um pedido específico de execução da segurança concedida, pois aí a única hipótese em que o Poder Público poderá barrar a execução será através do pedido de suspensão de segurança.

Caso pretenda a parte o pagamento de valores devidos a partir da impetração, deve ingressar com outro pedido de execução provisória totalmente distinto do anterior, ficando ciente de que tal procedimento obedecerá as regras relativas ao processamento de embargos e pagamento do débito, ao final, através de precatório.

8. O descumprimento da execução provisória pela autoridade impetrada.

Pode-se a essa altura indagar-se qual providência a ser adotada no caso de descumprimento da execução provisória pela autoridade impetrada.

Sobre o tema já se debruçaram muitos estudiosos⁴⁰, notadamente em relação aos aspectos penais que gerariam tal descumprimento, havendo ainda hoje dúvida se tal prática implicaria em crime de desobediência⁴¹ ou de prevaricação⁴².

O presente trabalho não pretende abordar tal questão, pois limita-se a estudar o processamento da execução provisória no mandado de segurança sob o aspecto do direito processual civil.

Quanto aos aspectos civis, se é fato que no caso de execução contra particular há a autorização legal de constrição de bens para satisfazer o débito, contra o Poder Público idêntica providência não pode ser adotada.

Outras atitude, porém, deverão ser tomadas pelo Juiz, no caso do não pagamento do que é devido na execução provisória no mandado de segurança.

Nessa hipótese, o Juiz requisitará o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal competente, para que seja o crédito satisfeito na ordem de apresentação do precatório⁴³.

E é também nesse ponto que ressalto a importância da extração da Carta de Sentença para o pleno atendimento da segurança concedida, pois com um procedimento próprio, instrumentalizado, poderá o Juiz adotar as providências no caso de descumprimento da ordem judicial emanada.

Caso a execução provisória seja realizada nos próprios autos, sem maiores formalismos, como é a orientação hoje predominante, no caso de descumprimento haverá um emperramento do feito, ao impedir sua remessa ao Tribunal para reexame da decisão, ficando cada vez mais afastada a decisão definitiva na ação. E a decisão definitiva, em qualquer causa, é o que efetivamente interessa às partes.

⁴⁰ A propósito, leia-se o excelente trabalho de autoria do Juiz Federal Agapito Machado, intitulado "O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental", publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (RTJE) nº 154, de fevereiro de 1996.

⁴¹ Art. 330 do código penal brasileiro.

⁴² Art. 319 do código penal brasileiro.

⁴³ Art. 100 da Constituição Federal de 1988 e art. 730 do código de processo civil.

Já sendo a execução realizada com a extração de carta de sentença, tal prática proporciona inclusive a adoção de medidas cabíveis contra a autoridade que descumpra a ordem judicial, sem que o mandado de segurança sofra interrupção em seu andamento.

No caso, descumprindo a autoridade impetrada a decisão emanada na execução provisória, caberá, como já dito, a requisição do pagamento ao Presidente do Tribunal competente.

Tal requisição é importantíssima, uma vez que, incluída no orçamento a verba necessária ao pagamento do referido débito, caso seja preterido o direito de precedência do credor, caberá até mesmo o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito⁴⁴.

Em lapidar voto da lavra do Ministro Celso de Mello⁴⁵, ficou evidenciada a necessidade da extração de precatório, para fins de recebimento de crédito contra a Fazenda Pública, para que se possa adotar a providência devida (seqüestro de valores) no caso de desrespeito à ordem cronológica.

Ressaltou o eminente Ministro que "O regime constitucional de execução por quantia certa contra Poder Público - qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) - impõe a necessária extração de precatório, cujo pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (*prior in tempore, potior in jure*). A exigência constitucional pertinente a expedição de precatório - com a conseqüente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento - tem por finalidade (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo".

Destacou ainda o Ministro Celso de Mello que "A Constituição da República não quer apenas que a entidade estatal pague os seus débitos judiciais. Mais do que isso, a Lei Fundamental exige que o Poder Público, ao solver a sua obrigação, respeite a ordem de precedência cronológica em que se situam os credores do Estado. - A preterição da ordem de precedência cronológica - considerada a extrema gravidade desse gesto de insubmissão estatal as prescrições da Constituição - configura comportamento institucional que produz, no que concerne aos Prefeitos Muni-

⁴⁴ Conforme expressamente prevê o § 2º do art. 100 da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 731 do código de processo civil.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE132031-SP, recorrente: Prefeitura Municipal da estância balneária de Ubatuba, recorridos: Edgard Magalhães dos Santos e outro.

cipais, (a) conseqüências de caráter processual (seqüestro da quantia necessária a satisfação do débito - CF, art. 100, 2º), (b) efeitos de natureza penal (crime de responsabilidade, punível com pena privativa de liberdade - DL n. 201/67, art. 1º, XII) e (c) reflexos de índole político-administrativa (possibilidade de intervenção do Estado no Município, sempre que essa medida extraordinária revelar-se essencial a execução de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário - CF, art. 35, IV, *in fine*)".

9. Conclusão.

Pode parecer à primeira vista que o processamento da execução provisória em mandado de segurança deva ser o mais simples possível, a impedir até mesmo discussões processuais sobre o tema.

Todavia, entendo que, como forma de proteção do indivíduo quando seu direito líquido e certo é lesado pelo Poder Público, deve se revestir o Judiciário de todas as ferramentas que possibilite à parte utilizar em sua totalidade os benefícios previstos no procedimento de mandado de segurança.

A garantia da pronta restauração do direito lesado já existe através da criação de mecanismo próprio de acionamento do Poder Judiciário, em ação constitucionalmente prevista sob a forma de mandado de segurança.

Isso, porém não é o bastante, pois as prerrogativas processuais que induzem à efetividade do direito material devem ser estimuladas, e isso somente será possível com a clareza dos mecanismos que possa a parte utilizar, em busca da concretização do reconhecimento de seu direito.

No caso do mandado de segurança, o mecanismo da execução provisória da sentença há que merecer reflexão, em busca de sua melhor forma de aplicação.

As soluções aqui sugeridas podem efetivamente não ser as mais razoáveis, mas devem ser encaradas como forma de tentativa de discussão em torno do aprimoramento desse valioso instrumento de proteção ao direito individual que é o mandado de segurança.

NORMAS DE ISENÇÃO E IMUNIDADE: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL.

VALMIR PONTES FILHO(*)

Insistente chegou a ser a doutrina na sustentação da tese de que a interpretação das normas de isenção tributária haveria de ser "restritiva", por motivos que vão desde sua "excepcionalidade", até à circunstância de veicularem elas um "privilégio". De BERNARDO RIBEIRO DE MORAES a DINO JARACH, são inúmeros os respeitados juristas a defender esse ponto de vista.

Sem querer menoscabar os preciosos argumentos em sentido oposto, parece-nos necessário analisar a questão sob outro ângulo, partindo do pressuposto de que nem sempre as chamadas *regras de interpretação*, ainda quando positivadas, são assim tão cogentes, ou vinculantes, quanto possam parecer. Iniciemos por lembrar que a tentativa de "determinação" do sentido, da vontade ou da finalidade da lei há sido a questão crucial da Hermenêutica. Afinal, se a interpretação tem por escopo a busca desse sentido, vontade ou finalidade da norma jurídica, duas perguntas básicas devem preliminarmente ser postas: cada uma das normas do Direito teria um *único* sentido, vontade ou finalidade? Em caso positivo, como *determiná-la(s)*?

Importa vislumbrar, de logo, uma incontestável realidade, qual a de que a atividade hermenêutica importa o desenvolvimento de um esforço mental unificado, a compreender não só a interpretação em si mesma, mas a conseqüente e necessária aplicação do Direito interpretado. Isso quando não se faz imperioso recorrer aos instrumentos de integração (à vista das *lacunas técnico-normativas*¹, é dizer, das eventuais ausências de normas específicas voltadas à regulação de uma dada conduta²). O fundamental é perceber, portanto, que ninguém interpreta a lei³ senão para a ela dar aplicação, assim como impossível será "aplicar a lei" sem que antes se proceda à sua interpretação. Não é novidade alguma, portanto, afirmar-se que a interpretação vem a ser algo ínsito ao próprio Direito, atividade mental indispensável à sua realização⁴.

¹ Expressão utilizada na esteira do pensamento de MARIA HELENA DINIZ.

² A presença de tais *lacunas técnicas* não importa dizer não seja o ordenamento jurídico completo, pleno, à vista da regra de fechamento do sistema, segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II); com efeito, à falta de uma regra que prescreva ser obrigatória ou proibida uma certa conduta, ter-se-á essa mesma conduta como juridicamente permitida (lícita).

³ Entenda-se o termo no seu sentido mais largo.

⁴ Superada já foi, de há muito, a tese segundo a qual se devia buscar, por meio da interpretação, *esclarecer* a norma jurídica; como bem já restou explicado pelo doutos, interpreta-se necessariamente qualquer norma, *obscura ou não*, até porque só se chega à conclusão de que ela é *clara* por meio do esforço interpretativo.

Com base em tal pressuposto, qual seria a técnica recomendável, a ser adotada pelo hermenêta, com vistas à obtenção de uma "segura" (ou "correta") interpretação das normas jurídicas? De outra sorte, até que ponto o intérprete/aplicador do Direito está livre para fixar os efeitos – extensivos, restritivos ou meramente declaratórios, como em geral se diz – da interpretação/aplicação que vier a proceder? Encaremos cada uma das perguntas com a prudência dos iniciantes no trato do tema.

Superada, sem embargo das opiniões em contrário, a idéia de que o apego à literalidade da regra conduziria a porto seguro (de vez que a chamada "interpretação literal" outra coisa não pode ser senão o mero ponto deflagrador da atividade hermenêutica⁵), chegou-se, modernamente, à indicação da técnica *lógico-sistemática* como aquela mais adequada à obtenção do fim pretendido. Assim, "correto" seria empreender labuta intelectual no escopo de indicar a razão objetiva da lei (a *ratio legis*), por meio de raciocínio lógico (dedutivo ou indutivo), sem perder a perspectiva de que cada norma se vê inserta num dado contexto normativo (num ordenamento ou sistema jurídico), dele sofrendo direta influência, notadamente de suas regras de maior hierarquia e/ou generalidade. Sem existir isoladamente, como se fora um departamento estanque, cada regra do Direito se conecta com diversas outras do sistema a que pertence – inclusive e principalmente com a Constituição, fundamentante de todas as demais – e seu sentido só deve ser "fixado" sob o influxo dessa correlação inter-normativa.

Dizer apenas isto não nos parece suficiente, todavia. Mesmo que se adote a técnica *lógico-sistemática* (sem deslembrar que outra não deve ser adotada), persiste o problema da indicação "precisa", pelo intérprete/aplicador, do sentido da lei, na medida em que tal indicação não é produto apenas de um ato cognoscitivo, mas também de um ato de vontade desse mesmo intérprete/aplicador.

Tão desaconselhável quanto o apego à "literalidade" da lei, sem dúvida, é imaginar-se seja possível identificar a *vontade da lei* com a *vontade do legislador*⁶. Assente é a boa doutrina em sustentar que a *voluntas legis* se aparta, no momento da elaboração da norma, da *voluntas legislatoris*, até pelo fato que o intuito de quem a elaborou nem sempre se cristaliza ou materializa na lei em si mesma. Esta, uma vez trazida ao mundo jurídico, passaria a ter uma "vontade própria", embora "despsicologizada", como inteligentemente a denominou CARLOS AYRES BRITTO. A questão fundamental permaneceria intocada: por qual trilha deveria seguir o exegeta para

⁵ As palavras de que a lei se utiliza não passam de "rótulos", às vezes não tão bem empregados, e hão de servir como um ponto de partida, e não de chegada, dessa empreitada interpretativa; a linguagem normativa, como qualquer outra, haverá de ser objeto de interpretação e chegará ao intérprete desta ou daquela maneira, a depender de circunstâncias várias, como adiante se tentará explicar.

⁶ Como bem anotava o insuperável e saudoso GERALDO ATALIBA, o sentido de uma dada lei independe daquele que lhe tenha querido dar seu criador; tanto isso é verdade que se por acaso o legislador haja mudado de vontade, nem por isso a lei por ele elaborada ter-se-ia como "revogada".

descobrir essa "vontade própria" da lei?

A trilha da razão, dir-se-á. Ocorre que o próprio esforço racional tem limites, posto que ao homem – e a interpretação/aplicação do direito é atividade tipicamente humana – não parece ser dado o condão de conhecer as coisas (os objetos cognoscíveis) em sua inteireza ou plenitude, senão conhecê-las relativamente, depois de "filtradas" pela gama de sentimentos, paixões e idiossincrasias que inelutavelmente carrega consigo. Até mesmo quando se trata de realizar um conhecimento científico tido como "exato" – como o dos fenômenos físicos – hoje se concluiu que a interpretação deles nunca conduz a uma conclusão unívoca. Como observou o jovem e notável físico nuclear brasileiro MARCELO GLEISER⁷, o estudo "... da realidade quântica prescreve um papel surpreendente para o observador dos fenômenos físicos: no mundo do muito pequeno, o observador não tem um papel passivo na descrição dos fenômenos naturais; se a luz se comporta como onda ou partícula dependendo do experimento, então não podemos mais separar o observador do observado. A noção de que uma realidade objetiva existe independentemente da presença de um observador, parte fundamental da descrição clássica da natureza, tem de ser abandonada. De certo modo, a realidade física observada (e apenas essa!), ao menos no mundo do muito pequeno, é resultado de nossa escolha" (o grifo é nosso).

Eis ser razoável afirmar, sem qualquer intuito de originalidade, que os objetos não nos chegam ao conhecimento do modo que eles são (ou supostamente sejam), mas, sim, da maneira que nossa relativa capacidade de conhecimento nos permite percebê-los, levada em conta a circunstância de que, enquanto observadores (ou intérpretes), interferimos, de um modo ou de outro, nos próprios objetos a conhecer.

Seria diferente em relação às normas jurídicas e à interpretação/aplicação que delas fazemos? Provavelmente não. Já bem ensinava GOFFREDO DA SILVA TELLES que interpretar é fazer renascer a regra em nosso espírito. É recriá-la. Se assim é, também não devemos perder de vista a singularidade de que, ao interpretarmos/aplicarmos uma lei, promovemos uma "redução" da norma geral a uma norma individual (KELSEN). De um preceito genérico, buscamos extrair uma norma especificamente adequada a um situação concreta, "pequena", destinada ao oferecimento de uma resposta institucionalizada a um problema da vida real, enfim. Neste *desideratum*, é forçoso que nos concentremos, primeiramente, no dito "problema", analisando-o em todas as suas peculiaridades e em todos os seus aspectos, sentindo-o em suas mais tênues manifestações e, não raro, com ele interferindo. É o que recomenda o pensamento *tópico*, segundo o qual o raciocínio do intérprete/aplicador há de obedecer a uma "seta dinâmica": do problema para o sistema jurídico, neste último buscando encontrar a(s) norma(s) –

⁷ V. sua obra "A dança do universo – dos mitos da criação ao big-bang", Companhia das Letras, 1997, p.299.

inclusive e principalmente a(s) principiologia(s) – que ofereçam a “melhor” ou “mais adequada” resposta ao dito problema; caso, numa primeira tentativa, essa “melhor resposta” não surgir (ao menos a ponto de contentar o intérprete/aplicador), deve-se voltar ao problema e conseqüentemente ao ordenamento jurídico tantas vezes seja necessário, até a tarefa se tenha por (razoavelmente) cumprida. Não sem razão se poderá dizer que o esforço de interpretação/aplicação é, por isso, circular (como bem anotou MÁRCIO DINIZ). Ao cabo, o operador jurídico terá produzido uma decisão (a resposta institucionalizada a que aludimos, e que terá, acaso oriunda do Poder Judiciário, caráter de definitividade) a qual lhe parecerá “justa” para aquele caso. Ainda aí, porém, estar-se-á diante de uma norma jurídica (individual, como vimos), e que o é exatamente por prescrever uma conduta, admitir seu descumprimento e encontrar fundamento de validade em outra norma também jurídica (não se confundindo, pois, com a sanção propriamente dita).

Eis porque fica difícil aceitar a assertiva, tão ardorosa quanto brilhantemente defendida por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES - por cuja séria e fecunda produção científica nutrimos a mais profunda admiração - segundo a qual “...as expressões interpretação extensiva ou restritiva configuram autênticos idiotismos da linguagem jurídica. Com efeito, não é possível ao intérprete estender ou restringir o alcance da lei. A exigência de interpretação restritiva ou extensiva é ditada pela própria norma. O método de interpretação não restringe nem amplia o preceito: a restrição ou ampliação do seu âmbito de incidência resulta objetivamente da norma interpretada... A mens legis é insuscetível de alteração pela via interpretativa”⁸. É que parte o eminente Professor de uma premissa que nos parece, *data venia*, equivocada: a de que a *mens legis* existe bastante e integralmente em si mesma, exteriorizando-se quando da interpretação da norma, independentemente do “querer” do intérprete.

Há de ver, todavia - tal como dantes lembrado - que, sendo a interpretação feita pelo homem, será exatamente ele, o homem-intérprete, a fixar (e veicular, por meio da proposição jurídica que elabora) a *razão* ou a *vontade* de uma dada lei. Ao fazê-lo, fará uso não apenas da razão pura, mas também, inevitavelmente, de toda a carga de emoções, preconceitos e ideologias impregnada em seu espírito. No máximo conseguirá ele dosar esses fatores, privilegiando o aspecto racional; mas nunca deixará de lado seus sentimentos, ou sequer homem será! Jamais se deve olvidar, enfim, que toda norma jurídica alberga um dado valor, nela feito inserir no momento de sua edição, valor esse, porém, captado pelo exegeta num dado espaço-tempo futuro (em relação ao da feitura da norma). Isso importa dizer que esse valor normativo será indicado, em certa medida, pela vontade do próprio intérprete-aplicador, e não dela extraído “automaticamente”,

⁸ “Isenções tributárias”, Seg. Lit., 1980, 2ª ed., ps.110/111.

como de uma máquina de calcular se extrai a raiz quadrada de um número qualquer.

Recorramos, a título de esclarecimento da questão, a um exemplo simples: diante de uma lei que conceda isenção do ICMS aos “fabricantes de calçados”, poder-se-á considerar isento do imposto alguém que, em pequeno estabelecimento, manufature sozinho sapatos por encomenda? A um exegeta mais ortodoxo (apegado talvez à dita “interpretação literal”) ocorrerá que a vantagem só há de beneficiar a quem produza calçados numa fábrica, em linha industrial; mas a outro, a quem os princípios da isonomia e da razoabilidade mais impressione (a par de aderir à técnica lógico-sistemática de interpretação) poderá parecer que a expressão “fabricante” deve ser substituída por outra mais adequada, como “produtores”, com o que o artífice seria beneficiado com a isenção.

Perguntar-se-á se houve, no caso, uma interpretação com efeitos extensivos ou mera utilização da analogia. Pouco importa isto, neste passo, até porque a diferença entre ambas, se existente, é sobremodo sutil. O que é importante é perceber que a “mens legis” foi uma ou foi outra, a depender do intérprete, sem que se possa, em tom de verdade absoluta, afirmar que qualquer delas tenha sido uma interpretação “correta” ou “errada”. Tanto quanto esta, qualquer outra norma jurídica - posta em conexão com as demais do sistema - terá uma “vontade”, um “sentido” ou um “alcance” a ser determinado, caso a caso, pelo intérprete/aplicador.

O que se deve por claro, porém, é que esse intérprete-aplicador não se encontra inteiramente livre para indicar qual seja a *mens legis*. Ainda de Kelsen se extrai a insuperável lição de que essa liberdade esbarra da moldura normativa, a funcionar como uma muralha, um obstáculo a que a percepção lógico-racional do exegeta há de guardar mesura. Para além da moldura, estar-se-á saindo do próprio ordenamento e caindo no campo da insegurança jurídica. Voltando ao exemplo de que nos valem, irracional, e portanto inaceitável, seria supor que a isenção alcançasse os produtores de guarda-chuvas (estes, sem dúvida, postos ao largo da “moldura” normativa).

Tal não importa dizer que o ato de conhecimento dessa moldura - como fronteira dentro da qual a ação volitiva do intérprete/aplicador se desenvolve - também não acarrete certas dificuldades. Para alguns, a própria fronteira (moldura) pode parecer maior ou menor⁹, e este é problema a exigir reflexão ainda mais profunda e cuidadosa.

⁹ Tem-se como inadmissíveis emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa de estado (CF, art.60, § 4, I); mas a que federação está a aludir a Constituição: aquela que pressupõe, segundo a doutrina tradicional, a existência de pelo menos duas esferas de governo? ou, ao contrário, a que foi criada pela própria Lei Maior, compreendendo, além da União e dos Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal? Adotado o primeiro entendimento, seria possível excluir a pessoa política municipal do concerto federativo; o segundo - que nos parece mais “correto” - conduz a uma resposta negativa.

A interpretação/aplicação do Direito, finalmente, só se tem como adequada quando feita à luz e sob o influxo das normas e princípios e princípios constitucionais. A Constituição, para além de ser a regra suprema do ordenamento e o estatuto da nacionalidade (por via da qual o poder se transforma em competências e, de resto, são resguardados os direitos individuais e sociais), influi na interpretação das demais regras do sistema a ela inferiores¹⁰. E ela própria, por sua vez, é um todo sistemático, o que autorizou ROQUE ANTONIO CARRAZZA a assim se pronunciar: *"Sem dúvida a hermenêutica profliga o exame apartado de artigos da Carta Magna. Insulá-los, dissociando-os do todo harmônico a que pertencem, é encampar as idéias dos 'tecnocratas', que, arvorando-se em juristas, superestimam o método literal para a interpretação do Direito"*¹¹.

Repisando-se: não apenas as normas infra-constitucionais, mas as regras da própria Constituição, hão de ser interpretadas de acordo com o "todo harmônico" em que se vêem inseridas e, principalmente, sob a direta influência dos princípios constitucionais, de larga generalidade e inspiradores cogentes de todo e qualquer esforço interpretativo. Os valores erigidos pela Lei Maior, pela via principiológica, em pilares de sustentação do ordenamento jurídico-positivo nacional, servirão de bússola bem afinada para o trabalho do hermeneuta. Destituídos de significado é que não podem ser, pelo valores relevantes que encerram, princípios como o republicano, o democrático, o da igualdade, o federativo, o da erradicação da pobreza, o da redução das desigualdades sociais, o da construção de uma sociedade justa e solidária, o do valor social do trabalho, o da dignidade da pessoa humana, o da busca do pleno emprego e tantos outros (CF, arts. 1º, 3º, 170).

Assim, se as leis que concedem isenção tributária – porque infraconstitucionais – devem ser interpretadas (ou ter seu alcance determinado) à luz da Constituição e das demais, mesmo comuns, que com elas se conectem, as concessores de imunidade – estas de patamar constitucional – também hão de ser enxergadas sob o prisma dos princípios jurídicos que o sistema adotou. Isso sem excluir a possibilidade de estas virem a sofrer, excepcionalmente, até mesmo a influência de normas inferiores, quando o sentido de dada palavra ou expressão depender dessa recorrência¹². Em qualquer hipótese, é fundamental que o dito "alcance" dessas normas se indique por meio de um esforço de interpretação-aplicação que considere o problema específico, o "caso" a ser examinado, a reclamar uma resposta

¹⁰ Tal não querendo dizer que uma norma inferior não influa na interpretação da própria Constituição; afinal, quando a Lei Suprema garante do "direito de propriedade", o conceito de propriedade se retirará da lei civil.

¹¹ "Curso de direito constitucional tributário", Malheiros, 8ª ed., 1996, p.32.

¹² Imagina-se que por "partido político" – a que se refere o art. 150, VI, c, da CF/88 – se deva entender a agremiação como tal considerada pela legislação eleitoral.

institucionalizada e que certamente possuirá singularidades relevantes a partir das quais o esforço mental do jurista se deve movimentar. A depender de cada "caso" ao problema se dará uma aplicação (fruto de prévia interpretação) com efeitos restritivos ou extensivos, sem qualquer posicionamento apriorístico do intérprete-aplicador do Direito.

(*) o autor é Advogado, Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica da UNIFOR e da UFC e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.

LA REVELACION DEL DIAGNOSTICO

por Ricardo David RABINOVICH-BERKMAN ¹

"Nunca es triste la verdad.
Lo que no tiene, es remedio."

Joan Manuel SERRAT, SINCERAMENTE TUYO

1. PLANTEO

¿Existe un derecho subjetivo, en cabeza del paciente, a conocer su propio diagnóstico médico? Siendo capaz de hecho, ¿posee la prerrogativa de exigir del galeno que esa información sea reservada de terceros, inclusive de sus seres queridos, familiares cercanos o personas convivientes? ¿Comete mala praxis el profesional que oculta al enfermo su estado real, o que lo comunica a otros, o ambas cosas? ¿Cómo funciona el secreto profesional en este contexto?

La respuesta a estas preguntas (o, por lo menos, su análisis), es muy importante, sobre todo en marcos como el de la Argentina, donde aparece una inveterada tradición en el sentido de mentir al enfermo grave o terminal, inventándole dolencias menores, al tiempo que la verdad se vierte, por detrás, a sus familiares. Creo que en este, como en tantos otros temas vinculados con los aspectos jurídicos más esenciales de la persona humana, es menester, como con pasión lo sostiene el gran civilista peruano FERNANDEZ SESSAREGO², comenzar por bucear en las raíces filosóficas. Hagámoslo, siquiera brevemente³.

2. EL TIEMPO EXISTENCIAL

"Porque el tiempo es una rueda,
Y rueda es eternidá;
Y si el hombre lo divide
Sólo lo hace, en mi sentir,
Por saber lo que há vivido
O le resta que vivir"⁴.

¹ Profesor de Derecho Civil (Parte General) e Historia del Derecho, en la Universidad de Buenos Aires Y en la Universidad del Salvador (Bs. As., Argentina), autor del proyecto de la Ley de Trasplantes de Organos argentina.

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, PROTECCIÓN JURIDICA DE LA PERSONA, Lima, Universidad, 1992, pp15 -17

³ He tratado ya antes este apasionante tema en RABINOVICH, Ricardo David, ACERCA DE PROBLEMATICA FILOSOFICA DEL DERECHO AL DIAGNOSTICO, en ANALES DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL (Compilación de Comunicaciones, VIII JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL, Tucumán, AAFD, 1993, PPI-10

⁴ HERNANDEZ José, MARTIN FIERRO, Barcelona, Bruguera, 1984, p344

Así respondía el gaucho Martín FIERRO, en la obra más clásica de la literatura argentina, con profunda y sencilla sabiduría, a la pregunta sobre la esencia del tiempo. Como buen gaucho, hombre de acción más que de relojes, recurre al sentido *existencial* del tiempo, esse que vincula inexorablemente tiempo y vida.

Todo paciente que es examinado, o cuyos análisis o estudios son interpretados por un médico, inmediatamente suele preguntar su diagnóstico. Tal como esa es su actitud normal, esperable, lo es, por parte del médico, la de responderle con una explicación de su estado actual de salud, sus perspectivas, y los tratamientos del caso.

Sin embargo, la *normalidad* no es tan clara cuando lo que se ha diagnosticado es una enfermedad grave, o deformante, o degenerativa, o terminal. Hay quienes sostienen que en esos casos no debe decirse al paciente la verdad, pues se le arruina su último segmento de vida. A veces se agrega que la revelación puede afectar de modo abrumador el corazón o los nervios del sujeto, acercándolo a la muerte. Otros aducen que la verdad, por cruel que resulte, debe ser comunicada, si bien con todos los recaudos (intervención de psicólogos, adecuación del lenguaje, etc.) destinados a minimizar su efecto.

El primer criterio generalmente conduce a una puesta en escena, dirigida por aquellas mismas personas en que el enfermo más confía (su cónyuge, sus familiares cercanos, sus amigos íntimos), destinada a engañarlo, a hacerle creer que los síntomas que percibe responden a otras causas, que se repondrá, que volverá a sus actividades corrientes. Los pacientes terminales suelen aferrarse con tesón increíble a esas farsas, aun cuando resulta obvio su deterioro progresivo. La idea es que finalmente muera, sin haber sabido nunca que se estaba muriendo (creyendo que aún le sobra el tiempo, diría Martín FIERRO). Por otra parte, efectivamente existen ejemplos reales de personas de apariencia fuerte que, al enterarse fehacientemente que padecen una dolencia terminal, sufren fallas cardíacas fatales, o se sumergen en insondables simas depresivas.

El humano, ser que se auto-construye, elabora proyectos para su futuro. Ese futuro se mide con su tiempo. Al proyectar, el existente prioriza fines, que vislumbra como situaciones futuras posibles. Esos fines requieren, a juicio del sujeto, conductas determinadas. Esas conductas son las que, de hecho, se priorizan, frente a otras conductas alternativas factibles. El existir importa un *querer llegar* a ser, que a su vez necesita un obrar, y ese obrar sólo puede darse en un tiempo.

La priorización de conductas en el tiempo es un imperativo resultante de la finitud de la vida biológica (y, por tanto, de la existencia) y la consecuente escasez del tiempo. "Ser inmortal es baladí; menos el hombre, todas las criaturas lo son, pues ignoran la muerte; lo divino, lo terrible, lo

incomprensible, es saberse inmortal", hacia decir a uno de sus personajes el gran BORGES.

Las conductas son un hacer en el tiempo. Ese hacer usa nuestro tiempo, lo *gasta*. Un mismo espacio de tiempo no tiene cabida para muchas conductas simultáneas. Normalmente, ni para más de una. Y las conductas sucesivas podrían (hipotéticamente) ser tantas como tiempo se tenga para concretarlas. Siempre el proyectar o proyectar-se es un proyectar en el tiempo y sobre el tiempo. El tiempo es un presupuesto del proyecto. Pero no el tiempo físico, no el tiempo intervalo entre situaciones o hechos: el tiempo como tiempo propio, como *duración* del existir. El capital más precioso de cualquier existente: como diría el gaucho FIERRO, el tiempo "que le resta que vivir".

Pero la enorme mayoría de los humanos no saben cuánto es ese tiempo "que les resta". Sólo pueden basarse en estadísticas, en la propia experiencia sobre la duración normal de la vida, y calcular que morirán en la vejez. Sobre esa expectativa es que priorizan unos proyectos sobre otros, y en consecuencia las respectivas conductas.

3. LA HORA DE LA VERDAD

Una enfermedad terminal, si es conocida, altera ese esquema de prioridades, porque introduce un cambio en el sustrato temporal del proyecto. La variable *tiempo* deja de ser totalmente incierta, para quedar acotada en uno de sus extremos. Al ver reducido su tiempo existencial, el sujeto también observa cercenada su expectativa de realizar conductas, y consecuentemente de concretar fines. Se verá, pues, obligado a replantear su proyecto, re-evaluando y re-priorizando objetivos, y conductas tendientes a lograrlos. He aquí un sujeto que trabaja duro y ahorra la mitad de sus ingresos, pensando en retirarse algún día y viajar. Le detectan un cáncer terminal. Según todas las previsiones, quedará postrado en un par de meses. Su ahorro a largo plazo ahora carece de sentido. Su sueño era viajar. Tal vez, entonces, prefiera vender todo lo que tiene, y salir ya mismo de viaje. Claro que, si por piedad le ocultan el diagnóstico, ha de pasarse esos dos preciosos meses finales trabajando para ahorrar.

Como todos los problemas existenciales, éste nos golpea duro. La propia muerte está presente en todo proyecto existencial, pero de un modo vago. Es un sobreentendido, visceral y remoto al mismo tiempo. En cambio, el diagnóstico terminal la torna concreta, le pone fecha. Nadie puede prever cómo reaccionaría en esa situación. Sobre todo si es joven, pues en los ancianos la conciencia de la finitud existencial va volviéndose cada vez

* BORGES, Jorge Luis, EL INMORTAL, en NUEVA ANTOLOGIA PERSONAL, Bs. As., Emecé, 1969, p.166

menos abstracta. Un sujeto normal, ¿seguiría con su vida y sus planes, si supiera con certeza que habría de morir en semanas? ¿O habría personas con las que hablar, lugares que conocer, cosas que hacer, libros para leer? O tal vez satisfacer íntimas convicciones religiosas. O poner los bienes en orden. O tender una mano para poner fin a una pelea. O decirle a alguien cuánto lo quiere. O escribir. O, simplemente, sentarse a pensar. O a contemplar la maravilla del atardecer.

Desde este punto de vista, el daño que se le hace al enfermo terminal ocultándole el diagnóstico es enorme. Se privilegia su consideración como animal biológicamente vivo, antes que como humano existente. El engaño lo priva de la posibilidad de re-proyectar-se, sobre la base de su nuevo límite de tiempo, de intentar cerrar su construcción de sí mismo, de rubricarla.

Y existe outro argumento, de índole muy diversa. Es bien sabido que numerosos enfermos con diagnóstico letal luchan contra su enfermedad y la vencen. A veces la derrotan del todo, otras le arrancan insólitas prórrogas. Algunos recurren a la Medicina. Otros a la fe. Pero, ¿es posible combatir contra algo cuya existencia misma se desconoce? También esa batalla debe formar parte de un proyecto (muy esencial, sin duda). Y, ¿cómo proyectar una lid sin saber quién es y dónde está el enemigo, cómo es de poderoso? Si se le esconde al enfermo terminal la verdad, en aras de hacerle más dulces sus últimos meses se lo priva de la posibilidad de combatir. Sin quererlo, se monta una conjura en favor de la dolencia. Y el jefe de los conjurados es el médico.

Una vía para escapar de tan espinoso sendero es aducir que cada caso debe resolverse en particular, según sus circunstancias. Pero sólo desvestimos a un santo para vestir a otro. Pues, ¿quién ha de resolver? ¿El médico? ¿Los parientes? ¿El cónyuge? ¿Quién ha de tener (y en virtud de qué normas inexistentes) el poder supremo de cercenar la posibilidad de un semejante de re-proyectar-se y de luchar por su vida? ¿Quién podría tener (o alegar siquiera) un interés mayor en la realización existencial del enfermo, que éste mismo?

4. CONCLUSIONES

Por todas estas razones, creo que en un ordenamiento jurídico respetuoso de los individuos y de sus derechos básicos, debe reconocerse ínsita la facultad de todo enfermo capaz (diría, en el caso argentino, por coherencia con otras áreas, mayor de 18 años) a conocer su diagnóstico, sea éste cual sea. Es decir, que el médico está obligado a dárselo, inclusive aunque el paciente no se lo pregunte. La omisión genera siempre de por sí un enorme daño moral, al afectar seriamente el derecho personalísimo del sujeto

sobre su propio proyecto existencial, al impedirle re-plantearlo. De ese perjuicio, así como del material, si existiera, es responsable el galeno.

Los sobres conteniendo análisis y estudios relativos al enfermo, o interconsultas, no deben estar dirigidos al médico, sino al propio interesado. Es inconcebible que el sujeto deba incurrir en una suerte de violación de correspondencia ajena (con la carga emotiva extra que ello implica) para enterarse acerca de su misma salud y futuro. El cuadro pintoresco de nuestras abuelas abriendo los sobres al vapor de una pava, para volverlos a cerrar cuidadosamente después (no sea que el médico se enoje) corresponde a un tiempo pretérito y afortunadamente superado. Aún cuando los laboratorios o similares pongan en el sobre el nombre del galeno, debe entenderse que se trata de material *del* enfermo, dirigido exclusivamente a él.

El diagnóstico de los sujetos mayores de edad (o de 18 años) no dementes ni sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, debe serles confiado directamente a ellos por el o los médicos, en absoluta privacidad y reserva. No a otra persona. No a sus parientes, ni a su cónyuge, ni a sus amigos. El diagnóstico es un dato personal, y como tal su manejo y administración debe quedar en manos exclusivas de su titular, que es el enfermo. El será quien resuelva a quién revelarlo, y a quiénes no. Suyo es el *derecho de mentir* (que pocas veces aparece tan claro como en este penoso supuesto). No de los otros.

De hecho, existe en los países de tradición más germánica (especialmente en Inglaterra y sus secuelas) una mayor comprensión de estas circunstancias. La línea de la *puesta en escena* piadosa y bien intencionada es más común en los galenos el mundo latino. Tal vez ello se deba a los rígidos principios jurídicos sobre responsabilidad médica que caracterizan a aquellas latitudes. Quizás a una diferente forma de encarar el *respeto* del existente individual. O a motivaciones de índole religiosa, derivadas de los criterios protestantes, en lo inherente a la consideración de las dos vidas, la biológica finita y la espiritual eterna.

Digamos por fin, para concluir esta brevísima nota, que sea cual sea la causa de esta diversidad, la *cultura de la verdad dolorosa* ha derivado en el desarrollo de plausibles disciplinas accesorias de la Medicina, fundadas en las enseñanzas de la Psicología y de la Psiquiatría especializada, y destinadas a ayudar al enfermo terminal a asumir sus difíciles circunstancias, y en base a ellas re-proyectar su existencia.

DA TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO RESCISÓRIA

DANILO FONTENELLE SAMPAIO

Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Ceará. Ex-Procurador da República e do Município de Fortaleza

1. INTRODUÇÃO

A antecipação da tutela significa a possibilidade de obter-se decisão de mérito provisoriamente executável antes de cumpridos todos os trâmites normais do processo.

Frise-se que a tutela suscetível de ser antecipada é a correspondente ao pedido formulado na inicial, podendo ser total ou parcialmente. O juiz é limitado pelo próprio pedido do autor, não podendo deferir a tutela pretendida nem *ultra* nem *extra petita*.

A razão da existência da antecipação da tutela prende-se aos fatores sociais e processuais de nossa época. Na verdade, tal instituto foi idealizado como forma de agilização da prestação jurisdicional, pelo que é de ser deferida quando, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação do autor e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273 e incisos do CPC)^{1 2}.

Pergunta-se, pois, da possibilidade de tutela antecipada na ação rescisória ou, simplesmente, medida cautelar de "ofício"

Entendo que antes de tentar responder a indagação acima, é importante traçarmos alguns comentários a respeito da ação rescisória como forma de revogação da sentença.

¹ Observe-se que o legislador pátrio procurou dar maior celeridade à prestação jurisdicional na concepção de processos sumários de cognição sumária (cautelar ou não) e na criação de processos especiais de cognição concorrente em que, por exceção, é permitida a tutela antecipatória como, por exemplo: a) ação possessória - arts. 928 e 929 do CPC; b) ação de nunciação de obra nova - arts. 937; c) ação de busca e apreensão de coisa vendida a crédito com reserva de domínio - art. 1071; d) embargos de terceiros - arts. 1051; e) ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia - Decreto-Lei n. 911/69 - art. 3.f) mandado de segurança - Lei 1533/51, art. 7.º II g) ação popular - Lei 4717/65, arts. 5 parágrafo 4 h) ação civil pública - Lei 7347/85, art. 12; i) tutela específica de fazer ou não fazer - Código de Defesa do Consumidor, art. 84, parágrafo. ² Ver Kazuo Watanabe, *Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 273 e 461 do CPC), in Reforma do Código de Processo Civil, Coordenador Min. Sálvio de Figueiredo, São Paulo: Saraiva, 1996, p.30.

2. AÇÃO RESCISÓRIA

2.1 Antecedentes Romanos

No Direito Romano é preciso distinguir que no regime do *Ordo iudiciorum privatorum*, o *iudex*, cidadão comum escolhido para decidir uma controvérsia, condenando ou absolvendo o demandado, ao proferir o julgamento se desincumbia de sua missão e encerrava o processo, sendo sua decisão irrecorrível e gerando a *obligatio iudicati*. A impugnação da sentença através da *appellatio* era desconhecida na República.

O devedor, tendo sido sua situação jurídica modificada com a sentença, deveria efetuar o seu cumprimento no prazo de trinta dias (*tempus iudicati*). Findo tal prazo, caso o devedor não tivesse cumprido o determinado, o credor poderia conduzi-lo novamente à presença do pretor para o início do processo de *actio iudicati*, mediante execução sobre a pessoa ou sobre os bens do condenado.

Perante o pretor, o condenado poderia confessar a existência da *obligatio iudicati*, o que faria o pretor autorizar o credor a praticar os atos de execução contra a pessoa do condenado (*manus iniectio*) ou contra seus bens (*missio in bona rei servandae causa*), ou desconhecer a condenação, contestando a existência e validade da sentença, iniciando-se o processo de *actio iudicati*.

O devedor, portanto, podia aguardar a iniciativa do credor e defender-se através da *infinitio*, ou, então, assumir a iniciativa de promover a nulidade da sentença, mediante um remédio processual denominado *revocatio in duplum*, expondo-se, em todos os casos, à condenação em dobro, no caso de confirmação do primeiro julgamento.

Assim, segundo Moacyr Lobo da Costa³, "o devedor era obrigado a prestar caução, que garantisse a execução da nova sentença que viesse a ser proferida no julgamento da *actio iudicati* - 'satisfactio iudicatum solvi' (Gaio, IV, 25 e 102)-, além de correr o risco de ser condenado no dobro do valor da *obligatio iudicati* anterior, segundo o princípio 'lis infinitando crescit in duplum', se a primeira sentença for julgada válida."

Reconhecia-se a possibilidade da existência de vícios que tornassem a sentença nula e, conseqüentemente, inválida, sendo a sentença nula considerada inexistente. Os motivos de nulidade, porém eram atinentes apenas aos pressupostos processuais exigidos, não dizendo respeito à injustiça do julgado, inobservância de preceitos do direito substancial ou ao mérito da questão decidida.

Acrescente-se, ainda, que floresceu no período republicano romano, um outro instituto processual concedido pelo pretor e destinado à anulação de sentenças formalmente válidas. O pretor, concedendo a *restitutio in*

³ A Revogação da Sentença, Rio de Janeiro: Icone Editora, 1995, p. 13.

integrum, podia "prometer a concessão de um meio para eliminar os efeitos prejudiciais de atos, ou de negócios jurídicos, que se apresentavam formalmente válidos de acordo com o rigorismo do *ius civile*, sempre que, a seu critério, houvesse um fundado motivo de equidade para justificar a concessão."⁴

Savigny conceituava a *restitutio in integrum* como "a reitegração de um anterior estado jurídico, fundada sobre a contraposição entre a equidade e o estrito direito, e efetuada graças a potestade pretória que modifica cientemente um direito efetivamente existente."⁵, sendo que tal instituto, nas palavras de Sargenti, "não nasceu como instrumento para disciplinar relações entre cidadãos, mas foi originariamente o fruto da liberdade de poderes de que gozavam os magistrados romanos em face dos estrangeiros e nas províncias"⁶

A utilização da *restitutiones* pelos magistrados das províncias acabaram por influenciar sua adoção pelo próprio pretor urbano que, caso a caso e segundo sua apreciação prévia das circunstâncias específicas dos fatos narrados pelo interessado, impunha sua autoridade para fazer restabelecer uma situação jurídica (*auxilium extraordinarium*).

Tal prática ensejou a adoção de casos-tipo e a formulação de editos, fazendo surgir uma grande jurisprudência. Sálvio Juliano foi, então, incumbido por Adriano a reunir e condensar em um único o material disperso dentre os inúmeros editos, o que possibilitou a codificação o direito pretoriano e ensejou uma maior garantia de sua aplicação pelos juizes. Tal edito foi chamado *Edito Perpetuo*.⁷

Um detalhe interessante merece comentário. É que "o pretor restituía o interessado na posição em que se encontrava anteriormente, de ter de novo aquelas ações que ele havia perdido por motivos contra os quais era concedida a restituição, mas como as ações de direito civil não podiam renascer, pois era efeito da *litiscontestatio* nos *iudicia legitima* a consumação da ação, o pretor concedia uma *ação civil*, como fórmula fictícia, na qual se fingia que o ato ou o fato, que segundo o direito civil tinha produzido a perda da ação, não havia ocorrido."⁸

O procedimento adotado pelo pretor para a concessão da *restitutio in integrum* é ainda hoje debatida na doutrina, sendo que os autores concordam com a existência de duas fases, no que pese a possibilidade de variação de procedimento. A primeira era destinada à apuração dos fundamen-

⁴ Moacyr Lobo da Costa, ob.cit.p.26.

⁵ F.C. von Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, trad.de V.Scialoja, Turim, 1896, v.7, p.119, citado por Moacyr Lobo da Costa, ob.cit. p.26.

⁶ Sargenti Manlio, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1966, v.69, p.230, citado por Moacyr Lobo da Costa, ob.cit.p.27-28.

⁷ A data de tal acontecimento é imprecisa, sendo que alguns a situam entre os anos de 125 e 128 d.C. e outros entre os anos de 130 e 134 d.C.

⁸ Moacyr Lobo da Costa, ob. cit. p.39.

tos empreendidos pela parte autora pelo pretor (*causae cognitio*) que, caso os adotasse, proferia um decreto pronunciando a rescisão do ato impugnado (*iudicium rescindens*). Na segunda fase, denominada *iudicium rescissorium*, fazia-se valer as conseqüências práticas da rescisão decretada pelo pretor⁹.

2.2 Antecedentes Brasileiros

A história da revogação da sentença nas causas cíveis e comerciais, no Brasil, teve início com intenso debate doutrinário a respeito da possibilidade de coexistência da ação rescisória e do recurso de revista.

Durante quase quatro séculos, o meio jurídico-processual previsto para a revogação de sentença em última instância era o recurso de revista, nas modalidades de Revista de Justiça e Revista de Graça Especial, consagrado nas Ordenações Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521, no Código Sebastião de 1569, nas Filipinas de 1603 e nas Leis Extravagantes posteriores a 1640.

Após a Independência, o processo civil continuou sendo regido pelas Ordenações Filipinas acrescidas de dispositivos das Leis Extravagantes. A Constituição do Império, de 1824, criou, no seu art. 163, o Supremo Tribunal de Justiça, ao qual foi atribuída a competência para "conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar" (art. 164).

A lei de 18 de setembro de 1828 criou o Superior Tribunal de Justiça, sendo que o seu art. 6. dispunha sobre o recurso de revista e limitava sua concessão aos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória, nas sentenças cíveis ou comerciais proferidas em todos os Juízos em última instância.

No entanto, os doutrinadores da época defendiam o entendimento da coexistência de dois remédios contra a sentença eivada de nulidade, o ordinário *per viam nullitatis* e o extraordinário da Revista. Em decorrência da terminologia adotada pelo art. 17 da lei de 19 de dezembro de 1843, a antiga ação de nulidade passou a ser conhecida como ação rescisória, delimitando-se, ainda mais, tais institutos.

A polêmica subsistia, ainda, sobre a possibilidade de ser intentada ação rescisória após o julgamento da revista.

O legislador, em 1850 e através do Regulamento 737, proibiu ação rescisória contra sentença proferida em grau de revista em causas comerciais, sendo que vários autores propugnaram pela extensão da norma proibitiva a todos as sentenças preferidas em grau de revista.

No ano de 1878, o Supremo Tribunal de Justiça firmou a jurisprudência no sentido de as disposições do Regulamento 737 (parágrafo 4. do art. 681) referentes à proibição eram aplicáveis tanto às causas comerciais

⁹ Observe-se que o nosso Código de Processo Civil adota a cumulação do *iudicium rescindens* com o *iudicium rescissorium*.

como às causas cíveis, acolhendo a doutrina professada por Caetano Alberto e Carvalho Moreira, em 1843 e 1847.

Na verdade, os doutrinadores e os ministros do Supremo "não atentaram para a possibilidade de ocorrer uma nulidade em relação ao ato de julgamento da revista, no Supremo Tribunal ou na Relação revisora, e, então, ser necessária a ação rescisória para reparar a nulidade superveniente em grau de revista, que não se confundia com a nulidade que constituía o fundamento do recurso".^{10 11}

Apenas na República é que foi estabelecida a competência da Justiça Federal para julgar as ações rescisórias das decisões do Supremo Tribunal Federal.¹²

O que caracteriza a razão de ser da ação rescisória é a percepção de que a sentença, tal como qualquer ato jurídico, pode conter vícios ou nulidades e, "quando a sentença é nula, por uma das razões qualificadas em lei, concede-se ao interessado ação para pleitear a declaração de nulidade".¹³

Barbosa Moreira define com precisão a ação rescisória: "Chama-se *rescisória* à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada".¹⁴

Atualmente, a ação rescisória é prevista no art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil e pressupõe que a sentença de mérito tenha transitado em julgado e a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente previstos no Código.

3. A TUTELA E A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR NA AÇÃO RESCISÓRIA

A doutrina processual pátria esforça-se na diferenciação dos requisitos e hipóteses de cabimento da tutela antecipada e da liminar.

Na realidade, já é antiga a preocupação da efetividade do processo, sendo que a relação custo-duração do mesmo é considerado como fator preponderante para a realização da verdadeira justiça.

A nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil surge, assim, como uma possibilidade real da parte que apresenta, dentre outros

¹⁰ Moacyr Lobo da Costa, ob. cit. p.264.

¹¹ Observe-se que é admissível, pelo nosso sistema processual, ação rescisória de acordo proferido em ação rescisória, quando contiver qualquer dos vícios do art. 485 do CPC. No Código de 1939, a permissão era expressa, mas com a ressalva do seu art. 799.

¹² A Constituição de 1988 previu, nos seus arts. 102, I, j e 105, I, e, a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para processar e julgar, originariamente, as ações rescisórias de seus julgados.

¹³ Batista Martins, in *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*, n. 54, p. 78, citado por Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 626.

¹⁴ *Manual de Direito Processual Civil*, vol.III, n. 704, p. 257, citado por Humberto Theodoro Júnior, ob. cit. p.628.

requisitos, provas pungentes sobre o seu direito violado, ver a situação jurídica recomposta.

Frise-se que a antecipação de tutela não possui os contornos da tutela cautelar clássica, ou seja, não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado, por medida que impeça o perecimento do direito ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro mas, verdadeiramente, executa os efeitos da prestação jurisdicional ainda não totalmente fornecida. Tal aspecto rompe com as noções clássicas de partição estanque dos processos de conhecimento e de execução, trazendo uma forte carga executiva ao processo de conhecimento e concedendo ao autor o exercício antecipado de seu direito.

Assim, no dizer de Cândido Dinamarco, "Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade."¹⁵

Os requisitos da antecipação da tutela mais debatidos na doutrina são os que dizem respeito à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Analisando as duas locuções aparentemente contraditórias (*prova inequívoca* e *convencer-se da verossimilhança*), Cândido Dinamarco chega ao conceito de *probabilidade*, ou seja, "Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar."¹⁶

Outrossim, a tutela antecipada possui os requisitos da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inc. I e II do art. 273 do CPC). Ademais, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (parágrafo 2 do mesmo artigo).

Pois bem, a análise do cabimento da tutela antecipada nas ações rescisórias dirige-se, inevitavelmente, à análise dos fatos alegados na inici-

¹⁵ Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.139-140.

¹⁶ *ob. cit.* p.143.

al ou, como diz José Eduardo Carreira Alvim, "Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da *probabilidade* de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada."¹⁷

Entendo, pois, que a concessão da tutela antecipada ou de uma liminar prende-se à análise do que foi exposto pelo autor, sendo que ambas possuem requisitos diversos e atendem à finalidades diferentes.

No entanto, um detalhe merece ser esclarecido. Quando falamos na possibilidade da antecipação da tutela em ação rescisória, é de notar-se a *limitação*, ao nosso ver, da antecipação dos efeitos parciais do pedido principal, ou seja, o que se pode antecipar são pedidos outros que não os *constitutivos negativos* típicos e essenciais da ação rescisória, mas os efeitos destes.¹⁸

Assim, se a parte deseja antecipar a execução provisória do que é o pedido principal, deve atender aos requisitos do art. 273 do CPC. Caso não possua uma prova tão contundente quanto a exigida para a tutela, pode valer-se de uma liminar para assegurar o seu direito.

Creemos que os dois institutos processuais convivem harmonicamente, não sendo aplicável a antiga Súmula 234 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que proibia a ação cautelar em ação rescisória por entender que obstava os efeitos da coisa julgada, nem compatível com a nova ordem processual e constitucional a interpretação restrita do disposto no art. 439 do Código de Processo Civil que afirma não ter a ação rescisória força legal para suspender a execução da sentença rescindenda¹⁹, sendo que tal artigo merece temperamentos que só a análise dos casos específicos pode precisar.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIN, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A Revogação da Sentença*, Rio de Janeiro: Ícone Editora, 1995.

¹⁷ *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995, p.105.

¹⁸ Registre-se a polêmica a respeito da possibilidade da sustação de um proleto como forma de antecipação de tutela de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica, tendo como causa de pedir o pagamento da dívida.

¹⁹ Registre-se, no entanto, opiniões contrárias facilmente encontráveis na jurisprudência dos Tribunais, bem como a conclusão que, por conseguinte, a ação cautelar, sendo dependente da ação rescisória principal, não poderia ter efeito que esta última não possui.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FIGUEIREDO, Sálvio de. (Coordenador). *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.

FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996.

NERY JÚNIOR. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TUTELA ANTECIPATÓRIA

LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

Trabalho apresentado á Escola Superior da Magistratura do Ceará, no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados com convênio firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará com a Universidade Federal do Ceará, Fundação Paulo Bonavides e Governo do Estado do Ceará, sobre as reformas do Código de Processo Civil, ministrado pelo Professor José de Albuquerque Rocha.

SUMÁRIO

- 1 - INTRODUÇÃO
- 2 - A TUTELA JURISDICIONAL
- 3 - PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 4 - REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 5 - DISTINÇÕES ENTRE TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR
- 6 - LIMITAÇÃO: IRREVERSIBILIDADE
- 7 - CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 8 - PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 9 - MOTIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 10 - EFETIVIDADE DO PROCESSO E A TUTELA ANTECIPATÓRIA
- 11 - CONCLUSÕES
- 12 - BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho, apresenta-se como o resultado do Curso de aperfeiçoamento dos Magistrados, na Escola Superior da Magistratura do Ceará, nas aulas proferidas pelo professor José Rocha de Albuquerque, sobre as reformas do Código de Processo Civil.

Assim, consoante as reformas do Código de Processo Civil, escolhi o tema da tutela antecipatória. Mas a vertente principal desse trabalho foi o desafio de escrever sobre um tema novo, com a extraordinária felicidade dos ensinamentos do aludido professor, como pressuposto primordial para criar coragem de explanar o aludido tema.

Este trabalho objetiva o interesse de pesquisar um tema novo e de uma importância, que é a tutela antecipatória, com escassas doutrinas e jurisprudência, enfrentando o referido tema com coragem e ousadia, de alguém que demonstra humildade e limitações dos seus conhecimentos jurídicos, máxime pelo esforço, a vontade e ansiedade do saber.

A autora desse tema, não tem a veleidade de conseguir uma solução satisfatória e a que o retomemos, para dentro de nossas limitações, com fulcro nos ensinamentos doutrinários e legais sobre o assunto, que nos servirão de guia para elucidação do aludido tema.

O tema a abordar na presente investigação é fundamentalmente o problema da tutela jurisdicional e a sua efetividade, como instrumento para solucionar as aquarelas jurídicas, como o escopo de tornar a prestação jurisdicional mais célebre e eficiente.

Dividimos o presente trabalho em nove itens.

O primeiro, sobre a tutela jurisdicional; o segundo, os pressupostos processuais da tutela antecipatória, ínsitos no *caput* do art. 273, do Código de Processo Civil, quais sejam: o princípio dispositivo, prova inequívoca e juízos de verossimilhança; o terceiro, os requisitos, nos termos do art. 273, incisos I e II: o *periculum in mora* e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; o quarto, as distinções entre tutela antecipatória e cautelar; o quinto, a limitação; a irreversibilidade; o sexto, a constitucionalidade da tutela antecipatória, no que tange à provisoriedade e à revogabilidade; o sétimo, o procedimento; o oitavo, a motivação da antecipatória; o nono, efetividade do processo e a tutela antecipatória.

1. A TUTELA JURISDICIONAL

Humberto Theodoro Júnior, aduz que "já que o Estado, privou os cidadãos de fazer justiça pela próprias mãos, tendo direito à tutela jurisdicional, dever de jurisdição." Portanto, a justiça privada foi substituída pela justiça pública. Somente em casos excepcionais expressamente ressaltados pelo legislador, é que existem requisitos da justiça privada ou autotutela, capazes de legitimar a defesa de direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte, como a legítima defesa (art. 160, I, do Código Civil Brasileiro); a apreensão do objeto a penhor legal (arts. 776, 780 do Código Civil Brasileiro) e com desforço imediato no esbulho possessório (art. 520 do Código Civil Brasileiro) " (in Curso de Direito Processual Civil, Forense, RJ, 1986, VII, pp. 36, 37).

Ressalva-se que é proibido fazer justiça com as próprias mãos, conforme o art. 345 do Código Penal Brasileiro.

A tutela jurisdicional pode se apresentar sob três formas: de co-

nhecimento, execução e cautelar. A tutela antecipada está ínsita no processo de conhecimento.

"A jurisdição é o poder - dever concedido aos agentes do poder judiciário, é o que consta no art. 5º, inciso XXXV, da CF (Rogério Lauria Tucci, José Rogério Cruz e Tucci, Constituição de 1988 e processo, Saraiva, 1988, p. 12/13).

Athos Gusmão Carneiro, acentua que "o direito subjetivo de ação, pelo qual, alguém pede a tutela jurisdicional, corresponde a atividade estatal da jurisdição, mediante um devido processo legal" (In Jurisdição e Competência, Saraiva, SP, 1991, p.3).

Nos ensinamentos de José Rocha de Albuquerque, "a função tutelar em última instância, da jurisdição, resulta da sua própria posição constitucional, nenhum a lesão ou ameaça do direito pode subtrair à apreciação da jurisdição, isto significa que a finalidade desta é precisamente a função tutelar do direito, explícito também quanto ao papel tutelar de jurisdição é o Código de Processo Civil, no seu art. 2º" (In Teoria Geral do Processo, Saraiva, SP, 1986, p.52).

2. PRESSUPOSTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

2.1. Princípio Dispositivo

A atividade jurisdicional é um atividade provocada. Não há jurisdição sem ação. O juiz não atua *ex officio*. Esta inércia inicial do Judiciário está prevista no art. 2º do Código de Processo Civil "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado o requerer, nos casos e formas legais". É reiterado no art. 262 do Código de Processo Civil "O processo civil começa pela iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

No entanto, Athos Gusmão Carneiro, "apresenta as seguintes exceções ao princípio da inércia inicial do judiciário: declaração judicial da falência, embora o devedor haja pedido concordata preventiva (art. 162 da LF), bem como o juiz ao iniciar de ofício inventário, no caso de omissão das pessoas legitimadas a requerê-lo (art. 989 do Código de Processo Civil)" (Op. Cit. p.7).

Para Sérgio Bermudes, colhe-se dos pressupostos da concessão de tutela, integrados no art. 273 do Código de Processo Civil. A sua outorga depende de requerimento, não podendo a antecipação ser concedida de ofício. É o princípio dispositivo. O artigo exclui a possibilidade de requerimento pelo réu" (In a reforma do Código de Processo Civil, 1ª Edição, Biblioteca Jurídica, Freitas bastos, p. 35).

2.2. Prova Inequívoca

É precisamente nas provas que constituem o instrumento por meio do qual se forma o livre convencimento do juiz, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil, a respeito de existência ou não dos fatos controvertidos no processo.

No dizer das Ordenações Filipinas, "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões sobre as questões de fato" (Apud Antônio Carlos de Araújo Cintra, Teoria Geral do Processo, p. 316).

No entender de Cândido Rangel Dinamarco, "o art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque se convença de verossimilhança da alegação. A dar peso no prova inequívoca é prova robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentido da certeza e não mero verossimilhança" (In A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 1995, p.143).

No nosso entender, a prova inequívoca em que a lei exige a certeza, mais perto do ser do que do dever - ser, inserindo o termo abstrato da lei, na filosofia do direito, mas no caso concreto, irá exigir do juiz um desempenho profícuo ao interpretar e aplicar a lei, uma árdua tarefa no princípio do seu livre convencimento, e por isso na prática será difícil aquilatar a prova inequívoca, máxime na antecipação da tutela *inaudita altera pars*.

2.3. Juízos de Verossimilhança

No sentido filosófico, verossimilhança "o que é semelhante a verdade, sem ter a pretensão de ser verdadeiro. É o caráter de enunciados, teorias e expressões que não contradizem as regras da possibilidade lógica ou das possibilidades técnicas ou humanas" (Nicola Abbagnano, Dicionário de Filosofia, Editora Mestre Jou, SP, 1960, p. 962).

Cândido Dinamarco aduz que "Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil, chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. A probabilidade assim acentuada, é menos que a certeza; e mais que a credibilidade, ou verossimilhança. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não vale e que a verossimilhança é mais do que o *Fumus Boni Juris* exigido para a tutela cautelar, daí ser necessário uma instrução sumária" (Op. Cit. p. 143).

Data vênua, discordamos com o procedimento do referido autor. A uma, conceitua a probabilidade, como sendo a prova inequívoca e a verossimilhança. Ora, se o próprio autor reconhece que a verossimilhança exigida é mais do que o *Fumus Boni Juris*, mas apenas este se refere à probabilidade. A duas, porque antecipação da tutela, não admite instrução sumária.

Com efeito, Sérgio Bermudes diz que "É indispensável a prova inequívoca, evidente, manifesta da alegação de autor, com intensidade para convencer o juiz de que a alegação ou alegação são verossímeis, isto é, que parecem verdadeira, acentuando necessidade de prova inequívoca, suscetível de convencer da verossimilhança, a lei limita a arbítrio do juiz, que se haverá de guiar pela realidade objetivamente demonstrada no processo tanto assim que o § 1º do referido artigo, exige que, da decisão o juiz indique as razões de seu convencimento "de modo claro e preciso" (Op. Cit. p. 36).

3. REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

3.1. Fundado Receio de Dano Irreparável ou de Difícil Reparação. É o *Periculum In Mora*.

R. Reis Friede diz que "o denominado receio de dano há, pois, que ser objetivamente fundado, calculado, de forma mais precisa possível, pelos exames das causas já postas em existência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado" (In Medidas Liminares, Forense Universitárias, RJ, 1992, p.96).

"Fundado receio, soa como receio justo, isto é, nascido de fatos evidentes, reais, objetivos e capazes de se transformar em realidade perniciososa" (Ulderico Pires dos Santos, Medidas Cautelares, Editora Lumen Juris, 3ª edição, RJ, 1993, p. 25).

Ressalte-se que "a necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não deve reverter-se a dano de quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo (Chiovenda). No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor" (Apud. Cândido Rangel Dinamarco, Op. Cit. p. 145).

3.2. Abuso de Direito de Defesa ou Manifesto Propósito Protelatório do Réu

Sérgio Bermudes aponta os casos de abuso de direito de defesa: "quando o réu se limita a alegações de todo inverossímeis, ou desgarradas de qualquer prova, ou, então, buscando fazer arrastado o processo para aproveitar-se da tardança" (Op. Cit. p.37).

"Trata-se sempre de neutralizar os mares do tempo da demora acrescida pelo comportamento desleal de demandado" (Cândido Dinamarco, Op. Cit. p. 146).

4. DISTINÇÕES ENTRE TUTELA ANTECIPATÓRIA E TUTELA CAUTELAR

Sérgio Bermudes ensina que "A tutela antecipatória não é medida cautelar, concedida diante das regras e princípios disciplinares dessa espécie no processo civil. Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei é anteposta no momento procedimental próprio. Não há dúvidas que a antecipação da tutela guarda semelhança formais com a cautelar. Dela se dissocia porque a cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto o processo principal (art. 807 do Código de Processo Civil), ao passo que a tutela antecipada consubstancia a prestação da jurisdição reclamada, com a possibilidade de eficácia permanente. A cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a antecipatória constitui a própria providência. O juiz, todavia em nenhuma hipótese a concederá liminarmente, ou sem audiência, audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso tenha sido formulado na inicial" (Op. cit. pp. 35-36).

No nosso entendimento, a tutela antecipatória exige a verossimilhança, mais do que *Fumus Boni Juris* nas Cautelares: a tutela principal é satisfativa, enquanto a cautelar visa assegurar o processo principal, um direito futuro eficaz apenas enquanto durar o processo principal, ao passo que a tutela antecipada, consiste na outorga adiantada no processo de conhecimento, na cautelar não há julgamento de mérito, basta a liminar com ou sem justificação prévia, enquanto a antecipatória prevê uma decisão interlocutória de mérito, cabendo recurso de agravo, enquanto nas liminares pode ser concedida *inaudita altera pars* ou por justificação prévia, enquanto a tutela antecipatória somente é possível *insudita altera pars*.

5. LIMITAÇÃO: IRREVERSIBILIDADE

Segundo Luís Guilherme Marinoni "a notificação do art. 273 do Código de Processo Civil, afirma que *não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade de provimento antecipado*. É necessário que se perceba, porém, que é incorreto se falar em irreversibilidade de provimento, já que esta não se pode dar no plano jurídico; a irreversibilidade é a dos efeitos fáticos do provimento. Entretanto, o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos não pode constituir impedimento do deferimento da tutela urgente, que deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito definitivamente reconhecido,

poderá ser irreversivelmente prejudicado. Se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nesses casos, deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade" (In Efetividade do processo e Tutela Antecipatória, trabalho datilografado).

Sérgio Bermudes, afirma que "urge que a providência antecipada não produza resultados irreparáveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior. Assim, dispõe o § 2º do art. 273, que restringiu o âmbito da tutela antecipada, só admitindo sem riscos de irreversibilidade. Diante desse dispositivo, assaz limitador, não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto" (Op. Cit. p. 36)

Para Cândido Dinamarco, "As medidas inerentes à tutela antecipada têm caráter satisfativo. É difícil conciliar o caráter e a irreversibilidade. Some-as, ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva. Faça a lei em irreversibilidade do provimento, mas não é este que se cogita. A sentença final ou eventual, reconsideração pelo juiz, ou julgamento de alguns agravos, podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminação do mundo dos fatos os efeitos já produzidos" (Op. Cit. p. 143).

6. CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

A Constituição Federal situada no ponto culminante da hierarquia das fontes de direito. Daí a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que torna válida, perante todos.

Isso expendido, passemos a verificar a constitucionalidade sobre a tutela antecipatória.

Ronaldo Armelin aduz que "A tutela antecipada é uma decisão interlocutória de mérito, cujo efeito está impregnado irreversibilidade dos fatos, sem sacrificar o teor da celeridade e tempestividade de sua prestação, com garantia de revogabilidade de seus efeitos jurídicos, de modo a satisfazer sem assegurar a eficácia do seu resultado, exatamente pela revogabilidade e provisoriedade, há de emergir o princípio da ampla defesa constitucionalmente assegurado. Isto não impede que a urgência da prestação jurisdicional sacrifique o princípio do contraditório" (Cf. Tutela Jurisdicional diferenciada, trabalho datilografado).

Nos termos do art. 5º, inciso LV, *verbis* " 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 ele inerentes”.

“A concepção moderna do denominado *Rechtliches Gehor*, isto é, a garantia da ampla defesa, compreende: o direito de informação; a bilateralidade de audiência (contraditoriedade) e o direito a prova. As decisões *inaudita altera pars*, uma vez que, como explica Giuseppe Martinetto, elas ostentam o caráter de provisoriedade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tronem definitivas, a possibilidade de defesa” (Rogério Lauria Tucci, Op. Cit. p. 67).

Como se vê, a tutela antecipatória tem amparo Constitucional, pela sua provisoriedade (§5º, art. 273) e pela sua revogabilidade (§4º do mesmo artigo), há de emergir o princípio da ampla defesa constitucionalmente assegurado.

7. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Sérgio Bermudes, assim se pronuncia “Aplica-se os arts. 459 e 460, do Código de Processo Civil, à tutela antecipatória, por ser decisão interlocutória e por isso agradável o ato jurisdicional que se pronuncia sobre o pedido, quando o concede, ou nega, ou deixa de apreciá-lo no seu fundo, porque formulada fora dos casos da lei. O § 1º do art. 273, exige que o juiz indique o seu convencimento, porém não determina a observância do art. 458 do Código de Processo Civil. O § 4º do art. 273 permite a revogação ou modificação de medida, em qualquer tempo e, por isso, em qualquer instância, mas mediante decisão fundamentada, de natureza interlocutória. O § 5º do art. 273, deixa claro que a antecipação da tutela não extingue o processo. Ele continua observando-se o procedimento da lei, até julgamento final, configurando na sentença, que atenderá o art. 458, e que redundará na prestação jurisdicional coincidente com a tutela, se esta estiver sido antecipada por inteiro, ou parcial, ou definitiva de improcedência. O § 3º do art. 273, dispõe que a execução da tutela antecipada, observará no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. Trata-se portanto, de execução provisória, afastando a possibilidade de tutela havendo perigo de irreversibilidade, ele exclui a incidência do inciso I, desobrigado pois o exequente da providencia adiantada” (Op. Cit. pp. 37/38).

Para Cândido Rangel Dinamarco “Sequer seria necessária a explicação do §5º do art. 273, para saber-se que concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento. Como decisão interlocutória que é (art. 162 §2º do Código de Processo Civil), esse ato está sujeito de recurso de agravo, sendo manifestamente a inutilidade do agravo retido” (Op. Cit. p. 141, 142, 147).

No entanto, Ovídio A. Baptista Silva faz severas críticas à tutela antecipatória no processo de conhecimento ao aduzir que “O processo de

conhecimento é um vastíssimo procedimento ordinário que, apenas por sê-lo, não admite provimentos liminares; e como natural decorrência da consagração universal da ordinariedade, não poderá conviver com qualquer coisa que se definida como tutela antecipada. Tanto isso é verdade, que a sentença é ato final que põe termo ao processo, não podendo haver sentenças liminares; porque o juiz não pode emitir juízos jurisdicionais verdadeiros que não produzam coisa julgada. Finalmente, não podem haver sentenças liminares que, de alguma forma, antecipem a tutela jurisdicional porque os juizes dos sistema romano - canônico estão proibidos de julgar apoiados em juízos de simples verossimilhança. Outrossim, frustra a neutralidade do juiz face ao conflito judiciário, que é fundamento de ordinariedade. A questão da relação processo - tempo, que Carnelutti, indicara o grande inimigo do juiz, a questão está em saber distribuir o tempo com equidade, de modo a não onerar exclusivamente um dos litigantes. Outro argumento, é que o processo de conhecimento por definição, não poderá conter, em seu seio qualquer vestígios de executoriedade, pois a doutrina concebeu para que nele existisse apenas sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Não podem ser provisórias. Não há possibilidade, segundo a doutrina, de juízos de verossimilhança, de julgamentos provisórios. Em última análise, a tutela antecipatória invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento e com os quais o procedimento ordinário não pode sobreviver” (in Tutela Antecipada de Verossimilhança, trabalho datilografado).

Data vênia, discordamos em parte com o referido autor, vez que na tutela antecipatória não há sentença liminar, mas decisão interlocutória, que é provisória e pode ser revogada, pois o processo continua até a sentença final.

8. MOTIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

A lei é explícita quanto ao dever do juiz de motivar as decisões da antecipação “de modo claro e preciso”, nos termos do art. 273, §1º, reafirmando a exigência Constitucional de motivação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, inciso IX). Também está plasmado nos arts. 131 e 458 do Código de Processo Civil.

Consoante Ronaldo Armelin, “A tutela antecipada, implica além dos seus pressupostos e requisitos legais, o princípio do livre convencimento do juiz para deferi-la ou não, motivando a sua decisão, de modo a permitir o exame sobre o mérito antecipado ação emergente do processo de conhecimento no procedimento ordinário, de sorte a inexistir veto da sua revogabilidade, em processo de cognição plena e exauriente, nas questões decididas. Marcado pela provisoriedade, sem afetação do resultado comum

ao processo de conhecimento, que poder-se-á prever o sucesso ou inadequação da tal inovação" (In tutela jurisdicional diferenciada, trabalho datilografado).

É sabido que as normas jurídicas são abstratas. Assim pondera José de Albuquerque Rocha " O poder do juiz de determinar o conteúdo concreto das normas, representando mais um significativo instrumento posto ao seu alcance para operar mudança no papel que desempenha em relação ao legislador" (In Constituição de 1988: Um novo papel do judiciário, trabalho datilografado).

Assinala Luís Guilherme Marinoni " O risco de decisões arbitrárias fez a lei estabelecer o dever do juiz indicar, na decisão as razões de seu convencimento. Máxima na tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos. Na verdade, o princípio da motivação tem grande relevo, apresentando-se como mecanismo impeditivo do arbítrio jurisdicional e, por conseqüência, como elemento possibilitador de maior efetividade do processo. A saída não é a de proibir a tutela antecipada, mas sim a de exigir uma adequada fundamentação das decisões. Vale ressaltar que a motivação possibilita o controle da atividade jurisdicional por qualquer do povo, o que é importante para legitimação do poder" (In Efetividade do processo e tutela antecipatória, trabalho datilografado).

9. EFETIVIDADE DO PROCESSO E A TUTELA ANTECIPATÓRIA

Sálvio de Figueiredo Teixeira acentua que " A efetividade, expressão multiforme e polivalente, de rico conteúdo semântico nos contrafortes da ciência jurídica e nas inquietações que convivem com o direito processual e busca o seu aprimoramento com marcante presença do Direito Constitucional de que as normas constitucionais não são meramente programáticas. Sabido ser a jurisdição uma das expressões da soberania e do processo instrumento dessa jurisdição, de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente. Na trílogia jurisdição, ação e processos, sobressaem três princípios: o devido processo legal, o acesso à justiça e o do instrumento." (In trabalho datilografado).

Barbosa Moreira diz que " Toma-se consciência cada vez mais da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva, pois a melancólica verdade é que o progresso científico não pode impedir que se fosse dramaticamente avolumado, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação da justiça. Kazuo Watanabe fala que das vertentes mais significativas dos processualistas é a efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos." (Apud Antônio Scarance Fernandes, incidente processual, Ed. RT. SP, 1991, pp. 133, 134).

Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu trabalho sobre o aprimora-

mento do processo civil como pressupostos de uma justiça melhor aduz que " Os problemas decorrentes da morosidade da justiça, estão a buscar outros caminhos, que propiciem uma tutela jurisdicional mais rápida, sem prejuízo de sua eficiência, mesmo porque os propósitos de celeridade não devem prejudicar a eficiência do processo e a busca da verdade. O funcionamento da justiça é moroso, atendimento insatisfatório é o formalismo excessivo, a efetividade do processo é de grande relevo, evitando, destarte, o afastamento entre a justiça e o povo, pela má qualidade da prestação jurisdicional sob o ângulo da morosidade e do formalismo. Fimeno Sendra assinalou que a eficiência da justiça estaria condicionada à garantias de: pleno exercício do direito de ação de defesa; solução rápida dos litígios."

Ronaldo Armelin diz que " A temática de uma tutela jurisdicional diferenciada para a efetividade do processo. Essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade, vê-se no presente exacerbada pela constância e crescimento do indesejável fenômeno da demora na prestação jurisdicional, repercute negativamente na efetividade de tal prestação. A tutela antecipatória, insere algo novo, que tende a favorecer o polo ativo da relação processual, na medida em que são concebidos precipuamente com propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela de sua adoção, para evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio da ampla defesa. A tutela antecipada prestada em processo de conhecimento permite a flexibilização da prestação jurisdicional" (In Tutela Jurisdicional Diferenciada. Trabalho datilografado).

Finalmente, assinala Luís Guilherme Marioni " A problemática da tutela antecipatória, o seu eixo central é o tempo. O tempo como se pode sentir, é um dos grandes adversários da ideal efetividade do processo. Mas o tempo não pode servir em empecilho à realização do direito. Ora, se o Estado proibiu a autotutela, adquiriu o poder e o dever de tutela de forma efetiva, todas as situações conflitantes concretas. A busca de uma tutela mais rápida se dá em homenagem à efetividade do processo" (In Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória, trabalho datilografado).

CONCLUSÃO

De tudo que foi explanado, alinhamos as seguintes conclusões:

1. Se o Estado proibiu a autodefesa, adquiriu o poder e o dever da tutela jurisdicional aos jurisdicionados.
2. A Tutela Antecipatória não é cautelar, vez que é decisão interlocutória de mérito, é satisfativa e somente pode ser concedida *inaudi-*

ta altera pars e a verossimilhança é mais que o *fumus boni juris*.

3. Colhe-se dos pressupostos, que a sua outorga depende de requerimento. A lei exclui a possibilidade do requerimento do réu. Daí a tutela insere algo novo, que tende a favorecer o polo ativo, com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional.

4. A tutela antecipatória implica além dos pressupostos e requisitos, o princípio do livre convencimento do juiz, para deferir-la ou não, motivando a decisão. A saída não é por proibir a antecipatória, mas sim a de exigir uma adequada fundamentação, máxima pelo perigo da irreversibilidade dos fatos.

5. A irreversibilidade é dos efeitos fáticos, sem sacrificar o teor da celeridade e tempestividade, com garantia da revogabilidade de seus efeitos jurídicos.

6. Exatamente pela revogabilidade e provisoriedade, há de emergir o princípio do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurado.

7. Na tutela antecipada, a decisão é interlocutória, cabendo agravo, e pode ser total ou parcial, prosseguindo o julgamento até o final no processo de conhecimento no procedimento ordinário.

8. Na abstração da lei, o poder do juiz ao caso concreto, para interpretá-la e aplicá-la, será difícil na prática, aquilatar se aprova é inequívoca, a verossimilhança, o *periculum in mora* e o abuso de direito de defesa, vez que a lei exige um sentimento de certeza e por isso o juiz terá uma árdua tarefa do seu convencimento, diante do exame entre as provas e os fatos.

9. Os problemas decorrentes da morosidade da justiça, estão a buscar outros caminhos que possam propiciar um a tutela jurisdicional mais rápida sem prejuízo de sua eficiência.

10. A busca de uma tutela jurisdicional mais rápida, como a tutela antecipatória se dá homenagem à efetividade do processo.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Ed. Mestre Jou, SP, 1960.

BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. 1ª edição.

Freitas Bastos.

CANABARRO, Américo. Estrutura Dinâmica do Processo Judiciário, Ronoum, 1986.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. Saraiva, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria geral do Processo. 3ª ed. RT.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, SP, 1995.

FRIEDE, R. Reis. Medidas Liminares. Forense, RJ, 1992

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. Saraiva, 1986.

_____. Constituição de 1988. Um Novo Papel Judiciário, trabalho datilografado.

A LEI 8.935/94 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

RICARDO CUNHA PORTO

Juiz de Direito. Ex-Procurador do Município de Fortaleza.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre tema polêmico, posto que intrinsecamente ligado ao exercício de direitos constitucionalmente assegurados pela Lei maior e normatizados pela Lei nº 8.935/94, qual seja, a responsabilidade civil dos Notários e Registradores.

Embora os serviços notariais sejam exercidos em caráter privado, decorrem de delegação do Poder Público, e é irrefutável a sua presença no cotidiano do cidadão comum, seja para a simples lavratura de um assento de nascimento, seja para lavratura de uma escritura pública de transferência de propriedade de alto valor financeiro, razão pela qual essa atividade caracteriza-se como pública por excelência, fazendo com que o tema sobre a responsabilidade civil dos que a exercem seja de alta relevância.

Por tratar-se de enfoque sobre lei relativamente nova que rege a matéria, procuramos, ainda que sumariamente, incursionar a respeito dos diversos tópicos necessários ao desenlace do tema, cujo nascedouro é o artigo 236 da Constituição Federal, passando pelo enquadramento dos Notários e Registradores como agentes públicos, a responsabilidade objetiva do Estado e, finalmente, a responsabilidade objetiva de tais agentes do Poder Público.

2. OS NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Até o advento da Constituição de 1988, os titulares e funcionários das serventias extrajudiciais, ou seja, dos Cartórios de Notas, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos, Protestos e Registro Civil de Pessoas Naturais eram considerados, pela doutrina e por nossos Pretórios, servidores públicos.

No bojo da classe dos servidores públicos, encontra-se o grupo dos serventuários, distinguindo-se dos funcionários públicos. Uns e outros são investidos em cargos criados por lei, porém, enquanto estes percebem vencimentos dos cofres públicos, aqueles podem, conforme a lei local que os rege, e quando não percebam vencimentos como os funcionários públi-

cos em geral, auferir pagamento pelos serviços que prestam, por meio de custas e emolumentos.

O serventuário é órgão indireto do Estado, por tratar-se de órgão privado no exercício de função pública, não operado pelas partes ou interessados, ao invés de o ser pelo Estado, como acontece com o que é funcionário.

O artigo 236 do ordenamento constitucional vigente previu a regulamentação das atividades dos Notários, Oficiais do Registro e seus prepostos, deixando para a lei infraconstitucional regulamentadora pouco a normatizar, haja visto os parâmetros constitucionalmente prefixados.

Extraí-se do preceito constitucional alguns aspectos bastante claros, quais sejam: os serviços notariais e de registro têm natureza pública; tais serviços serão exercidos em caráter privado, porém por delegação do Poder Público, com fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário; o ingresso na serventia pressupõe prévio concurso público de provas e títulos.

Mesmo antes da edição da Lei 8.935/94, por força do disposto no artigo 236 da Constituição Federal, já se podia afirmar que o titular da serventia extrajudicial continuaria sendo servidor público, posto que só se exige concurso público para admissão de servidor com esta qualidade.

Porém, com a edição da lei infraconstitucional regulamentadora do artigo 236 já citado, passou-se a entender que os funcionários dos cartórios extrajudiciais, bem como seus titulares, não mais apresentavam sua condição anterior de servidores públicos. E mais, vem-se interpretando o regulamento no sentido de ter consagrado a responsabilidade objetiva dos Notários e Registradores pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros. Interpretação equivocada.

Tal interpretação advém de açodada exegese do artigo 22 da lei nº 8.935/94 que diz:

Os Notários e Oficiais de Registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

De fato o ato notarial ou ato registral, quando praticado irregularmente pode acarretar dano a alguém. Essa irregularidade pode ser do próprio titular da serventia ou de um de seus prepostos.

Todavia, na apuração do dano há de se perquirir se o Notário ou o Oficial de Registro agiu com culpa ou com dolo, sob pena de contrariar, direta e frontalmente, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, como se demonstrará adiante.

3. AGENTE PÚBLICO: CONCEITO

São da lavra do insigne jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os seguintes ensinamentos:

Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado.¹²

O que é importante demonstrar é o alcance do significado desta expressão: agente público, que é o elemento subjetivo do órgão público, vale dizer, o seu titular, que, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distinguem em agentes políticos e agentes administrativos.

Observe-se que a Constituição foi mais técnica desta vez, seja por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, seja por ter abandonado o termo "funcionário" que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituída agora, pelo termo preciso "agente".

Assim sendo, é evidente que, embora os funcionários públicos constituam uma das mais importantes categorias de agentes públicos, não são os únicos, mas apenas uma espécie dentro da variedade tipológica de pessoas que servem de veículo de expressão de atribuições estatais.

Portanto, agente público tanto será o servidor público típico, nomeado em caráter efetivo, com o atributo da estabilidade, após concurso público, bem como o funcionário admitido em caráter precário, ocupando cargo, emprego ou função pública, ou o funcionário público por equiparação.

Inclui-se, ainda, nesse conceito, a pessoa física ou jurídica que pratica atos ou exerce atividade pública por delegação do Estado.

Segundo disposição expressa da Constituição Federal, como já vimos, os serviços Notariais e de Registro são exercidos em caráter privado, contudo por delegação do Poder Público. O Notário executa serviço público de características especiais, sob o amálgama de função pública, tanto que o serventuário é investido no cargo público em caráter permanente, cargo esse criado por lei, com denominação própria.

A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia

¹²MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Regime Constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: RT, 1990, pp. 5/6.

administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público.

Assim sendo, embora desempenhem, por delegação do Estado, atividades de caráter privado, os Notários e Registradores, guardam, a qualificação de servidores públicos, inclusive, os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública, bem como a eles aplicam-se as disposições do artigo 40, inciso II, da CF/88 (aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade).

Por fim, em recente decisão, o STF pôs uma pá de cal na polêmica, ao decidir que os Notários e Registradores caracterizam-se, efetivamente, como servidores públicos.

Assentada essa premissa e demonstrado que esses serventuários são típicos agentes públicos, cabe analisar, agora, a sua responsabilidade quando causem prejuízo a terceiros.

4. A RESPONSABILIDADE DIRETA DO ESTADO E O DIREITO DE REGRESSO EM RELAÇÃO AOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES PÚBLICOS

O artigo 22 da Lei 8.935/94 estabelece que os Notários e Oficiais de Registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros, direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Em face do que expressa o dispositivo supracitado, vem-se extraindo daquela regra a exegese de que a lei infraconstitucional adotou a teoria da responsabilidade objetiva dos Notários e Oficiais de Registro, interpretação esta, com a qual não concordamos.

Por força do artigo 37, parágrafo 6º, da CF/88, a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a quem pertencer o agente. O prejudicado a que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano.

É o princípio da impessoalidade aqui aplicado.

Em verdade, a responsabilidade do serviço público se constitui numa responsabilidade primária, vinculando o patrimônio da administração, imediata e diretamente, à reparação do dano; desaparece a dualidade de pessoas, absorvida a pessoa física do funcionário pelo ente administrativo; a falta do serviço público não é mais necessariamente ligada à idéia de falta de um agente determinado, bastando para a responsabilidade um mau funcionamento geral, anônimo, uma falha do serviço, à qual o dano possa ser imputável.

A Constituição Federal, no referido parágrafo 6º, do artigo 37, adotou a teoria da responsabilidade direta e objetiva do Estado, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Preceitua tal dispositivo que "as pessoas jurídicas de direito público" e, inovando a matéria em relação às Cartas anteriores, "as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa".

No plano da teoria geral do direito, o conceito de responsabilidade objetiva está longe de uma definição precisa, contudo, de uma maneira geral, quer ela expressar que para a sua configuração basta o simples nexo de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo.

Entretanto, entre nós prevalece a chamada teoria do risco administrativo, espécie intermediária do gênero responsabilidade objetiva que, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.

Consagrou com isso, o nosso Ordenamento Constitucional, princípio que não pode ser modificado, afastado ou contrariado por lei infraconstitucional.

Prova disso é que o agente diretamente responsável pelo ato lesivo responde através do exercício do direito de regresso por parte do Poder Público, e, mesmo assim, apenas no caso de dolo ou culpa.

Nesse particular seguimos a orientação também do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que, contrariamente ao saudoso Hely Lopes Meirelles, sustenta que o lesado pode mover a ação de indenização diretamente contra o agente causador do dano, prescindindo de responsabilizar o Estado ou quem lhe faça as vezes, caso em que estaria disputando a lide apenas no campo da responsabilidade subjetiva, mediante a aquilatação da configuração da hipótese de dolo ou culpa.

Assim sendo, não pode a lei ordinária responsabilizar diretamente o agente público imputando-lhe responsabilidade objetiva, posto que, ademais de contrariar texto expresso da Constituição, nega-lhe vigência, sendo inconstitucional.

Não se pode relevar que a adoção da teoria subjetiva exigida para a responsabilização do preposto, pela via de ação regressiva, exsurge como garantia constitucional, de modo que a lei inferior, não pode impor-lhe gravame maior do que a lei magna estabeleceu.

5. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA AOS SERVENTUÁRIOS: OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Assentado está que todos os servidores públicos ou agentes públicos típicos, por equiparação, ou particulares exercendo atividade pública delegada pelo Estado, só respondem em face da culpa aquiliana, pelo que não seria possível impor a responsabilidade objetiva a apenas um segmento da atividade do Estado, ou seja, os Notários e Registradores.

Em tal ocorrendo, torna-se indiscutível a discriminação efetivada pela lei infraconstitucional, com ofensa ao princípio da isonomia.

Em síntese, a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traço e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos, se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Convincente e definidora é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a propósito de vedação constitucional à discriminação, como se nota a seguir:

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer esta inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar o benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente, em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia.

Mais à frente complementa:

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade.²

² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 3ª tiragem, 1993, pp. 207/208.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se pois, que a Lei 8.935/94, trouxe em seu bojo o princípio da responsabilidade subjetiva ou com culpa dos agentes da administração pública, quando, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, harmonizando-se com a Lei maior que a precede, como não poderia deixar de ser, sob pena de, em assim procedendo, incorrer em inconstitucionalidade.

Portanto, com base no que foi acima exposto, podemos assim concluir:

- a) Os Notários e Registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados "agentes públicos", equiparados, pois, aos servidores públicos típicos;
- b) O Poder Público responderá objetivamente pelos danos que os titulares das serventias extrajudiciais, enumerados no artigo 5º, da Lei 8.935/94, ou seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros;
- c) Nos termos do artigo 22 dessa Lei, e do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, os Notários e Registradores responderão, por via de regresso, perante o Poder Público, pelos danos que eles e seu prepostos causarem a terceiros, nos casos de dolo ou culpa, assegurando-se-lhes o direito de ação regressiva em face do funcionário que diretamente causou o prejuízo;
- d) Nada impede, contudo, que o prejudicado ajuíze a ação diretamente contra o titular do cartório, desde que se disponha a provar-lhe a culpa (*lato sensu*), posto que, contra o Estado, tal seria dispensado, bastando a demonstração do nexo de causalidade e do dano.

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Hermenêutica Constitucional", Revista de Informação Legislativa, nº 53.
- BADÚ, Geraldo Peltier. *Responsabilidade Civil das Empresas Estatais e de seus Dirigentes*. Revista de Direito Civil, 11/107-116.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, RT, 1982.
- CARNEIRO, Alaim de Almeida. *Os serventuários de Justiça - Sua situação jurídica*. RDA 3/451 - 452.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1974.
- DALLARI, Adilson. *Regime Constitucional dos Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade Civil do Estado*. RF 115/359.
- JÚNIOR, José Cretella. *O Estado e a obrigação de indenizar*, São Paulo: Saraiva, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, São Paulo, RT, 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 3ª Edição, 1975.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e Administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1989.
- PEREIRA, Antônio Albergaria. *Comentários à Lei nº 8.935, Serviços Notariais e Registrars*, Bauru, SP: EDIPRO, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 9ª Edição, 3ª Tiragem, 1993.

PENHORA DO FATURAMENTO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

EDUARDO ROCHA DIAS

Professor de Direito Previdenciário e de Direito Constitucional da UNIFOR
Procurador Autárquico do INSS
Mestre em Direito

A crescente afirmação dos direitos e garantias individuais que acompanha a evolução do constitucionalismo se pauta pelo reconhecimento da necessidade de limitar o poder estatal. Tal limitação se faz nítida nos chamados direitos fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade e de propriedade, que revestem uma subjetividade bastante característica como direitos de resistência ou oposição perante o Estado¹, tendo um conteúdo negativo: exige-se que o Estado se abstenha de violar determinados bens jurídicos (a vida, a liberdade, a propriedade etc). Tais direitos, juntamente com os direitos fundamentais de segunda geração, que são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, os quais exigem uma atuação positiva do Estado, mediante o oferecimento de prestações (serviços públicos, saúde, educação, previdência etc), são tutelados pela Carta Magna brasileira de 1988.

A Constituição, em seu artigo 1o., define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Urge, porém, atribuir à noção de Estado de Direito um conteúdo material. Por Estado de Direito não se pode entender simplesmente, segundo uma perspectiva formalista, aquele que pauta sua atuação pelo respeito à lei. Como salienta Gustavo Zagrebelsky², a Alemanha nazista não deixou de ser um Estado de Direito se por tal se entende a simples atuação segundo a lei.

O chamado princípio da proporcionalidade exerce um papel de relevo na definição de tal conteúdo material do princípio do Estado de Direito. À noção de proporcionalidade corresponde a idéia intuitiva de justa medida, de necessidade e de adequação. Não é por acaso que a primeira afirmação do princípio se encontra justamente em matéria punitiva, no artigo 8o. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual alude ao imperativo de serem as penas "*strictement et évidemment nécessaires*". Para Cesare Beccaria, deve haver "uma proporção entre os crimes e os castigos"³.

Canotilho⁴ lembra que no século XVIII a idéia de proporcionalidade se vinculava também ao problema da limitação da

¹Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 475. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992, p. 535.

²Il Diritto Mite, Turim, Einaudi, 1992, p. 20 e ss.

³Dos Delitos e das Penas, São Paulo, Hemus, 1971, p. 61.

⁴Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1992, p. 386.

atuação administrativa do Estado frente à liberdade individual, sendo introduzida no direito administrativo do século XIX como um princípio do "direito de polícia". Assumiu, porém, em seguida, contornos mais amplos, de princípio de direito constitucional. Nesse sentido, é igualmente conhecido como princípio da proibição de excesso (em língua alemã, *Übermassverbot*) de toda a atuação estatal. Pode ser dividido em três subprincípios: a) o princípio da conformidade ou adequação dos meios aos fins pretendidos; b) o princípio da necessidade, segundo o qual o cidadão tem o direito "à menor desvantagem possível" sempre que houver uma atuação estatal, devendo esta revestir a "menor ingerência possível" na sua esfera de direitos; c) o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, a predicar a ponderação entre a carga aflitiva da atuação estatal e o resultado obtido no caso concreto, visando a determinar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim.

Tais considerações são necessárias ao exame do tema deste estudo, que busca identificar os limites para o exercício válido da chamada penhora do faturamento. O processo de execução se caracteriza pela prática de atos materiais tendentes a retirar do patrimônio do devedor bens necessários à satisfação do direito do credor reconhecido em um título executivo⁵. Entre tais atos se coloca a penhora, a "apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor"⁶.

A execução tem repercussão patrimonial, respondendo o devedor para o cumprimento de suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 591 do Código de Processo Civil). A prática dos atos materiais de execução, porém, subordina-se ao princípio da proporcionalidade. Toda ingerência estatal na esfera de direitos individuais dos cidadãos deve se dar da forma menos gravosa possível. O direito positivo brasileiro expressamente consagra tal princípio, de maneira cogente, no artigo 620 do Código de Processo Civil: "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor". Tal regra se impõe tanto ao juiz, como à Fazenda Pública, quando esta for exequente, já que o princípio da proporcionalidade se impõe a toda atuação do Estado. Os atos materiais do processo de execução deverão, ainda, observar a intangibilidade de uma série de bens reconhecidos pela lei como impenhoráveis, como, por exemplo, o bem de família.

É essa a moldura que deve o intérprete observar na determinação da possibilidade ou não de se determinar a penhora do faturamento. Por faturamento se deve entender os rendimentos auferidos pelo exercício da atividade da pessoa física ou jurídica. Tem, portanto, um sentido mais am-

⁵Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, Porto Alegre, Lejur, 1987, p. 30-31.

⁶Araken de Assis, op. cit., p. 368.

plo que a simples receita decorrente da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e serviços, abrangendo inclusive os rendimentos decorrentes do exercício de atividades de não-comerciantes.

Há quem não aceite a possibilidade de tal penhora. Para Arnaldo Marmitt⁷, por exemplo, tais rendimentos constituem capital de giro do executado, "necessário para atender às necessidades da firma, ordinariamente preferenciais em relação ao crédito em execução".

Tais rendimentos, porém, constituem dinheiro, e o dinheiro é penhorável, nos termos dos artigos 655, inciso I, do Código de Processo Civil, e 11, inciso I, da Lei 6.830/80. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também admite a penhora do faturamento, dentro de certos limites, que serão examinados mais à frente.

Lembre-se, inicialmente, que não se pode confundir o dinheiro depositado em conta corrente, de que tem o executado disponibilidade, e a receita decorrente do exercício de suas atividades, a qual muitas vezes já se encontra comprometida com a satisfação das necessidades do executado, e cuja constrição pode trazer sérias dificuldades à sua manutenção. Daí porque se, por um lado, não se pode negar a possibilidade de tal penhora, por outro lado não se pode deixar de traçar limites para a operacionalização dessa providência.

Face ao princípio da proporcionalidade, e ante o comando do artigo 620 do Código de Processo Civil, tem-se que a medida constitui providência excepcional, que somente deve ser requerida pelo credor e deferida pelo juiz na hipótese de se demonstrar a inexistência de outros bens que possam suportar os atos materiais de execução. Nesse sentido, se encaminha a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região:

"1. Direito tributário. 2. Execução fiscal. Penhora do faturamento. Indeferimento. Agravo de instrumento. 3. A constrição do faturamento é medida de extremo rigor que somente deve ser admitida na falta de outros bens para garantir o juízo. 4. Agravo desprovido" (Ac. un. da 1a. Turma do TRF da 4a. Região, Ag. 96.04.12056-5/RS, DJU 2 de 05.06.96, p. 38.336).

O credor-exequente, portanto, deverá demonstrar a inexistência de outros bens sobre os quais possa recair a penhora de modo menos gravoso para o executado, juntando declarações ou certidões negativas de cartórios de registro de imóveis, do DETRAN etc. Demonstrará assim o exequente que diligenciou no sentido de localizar tais bens, não restando outra saída que a via extrema da penhora do faturamento.

⁷A Penhora - Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, AIDE, 1986, p. 293.

Há decisões do Superior Tribunal de Justiça, aproximando a penhora do faturamento do usufruto de imóvel ou de empresa, que exigem a observância do artigo 719 do Código de Processo Civil, como se depreende do teor da seguinte decisão, relatada pelo Ministro Ari Pargendler:

"Processo Civil. Execução fiscal. Penhora em dinheiro. A penhora em dinheiro supõe a disponibilidade deste, não se confundindo com a penhora do faturamento que exige nomeação de administrador na forma do artigo 719 do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido" (AgRg em Ag. 123.365-SP, DJU 1, de 03.02.97, p. 711).

Por conseqüência, o credor-exeqüente deverá apontar um administrador dos referidos recursos, bem como apresentar forma de administração e esquema de pagamento, nos termos do artigo 719 do Código de Processo Civil (RSTJ 56/338). Obviamente que tal somente deverá ocorrer se houver concordância do devedor, tal como alude o artigo 722 do Código de Processo Civil. Na verdade, não há como confundir o usufruto com a penhora. Aquele constitui uma forma de pagamento da dívida. Caso o executado deseje oferecer embargos, a solução que se apresenta é que o montante penhorado, decorrente do faturamento do devedor, seja depositado em conta corrente sujeita a juros e correção monetária. Garantido o valor da execução, poderão ser interpostos os embargos, não cabendo falar de pagamento.

Em outro julgado, o STJ considerou a penhora de faturamento como hipótese de penhora de estabelecimento (parágrafo 1o., do artigo 11, da Lei 6.830/80), reafirmando o caráter excepcional da medida, bem como efetuando distinção entre a mesma e a penhora em dinheiro:

"Processual Civil. Execução Fiscal. A Penhora em Dinheiro pressupõe Numerário Existente, Certo, Determinado e Disponível no Patrimônio do Devedor. Penhora sobre Percentual do Faturamento Bruto Mensal da Empresa-Executada: só em Último Caso. Precedentes. Recurso Provido. I - A penhora em dinheiro (art. 11, I, da Lei 6.830/1980 e art. 655, I, CPC) pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. II - A penhora sobre percentual do faturamento bruto mensal da empresa-executada configura constrição do próprio estabelecimento industrial, hipótese só admitida excepcionalmente (par. 1o. do art. 11 da Lei 6.830/1980), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de penhora sobre os

outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da lei de execução fiscal.

III - Precedentes do STJ: Resp 108.245/SP, Resp 35.838/SP e Resp 37.027/SP.

IV - Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 2a. Turma, Resp 123.469 (97.017917-6) - São Paulo, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJU 1 de 29.9.97, p. 48.170, RDDT 29:187).

O Superior Tribunal de Justiça também definiu como limite que o valor penhorado não ultrapasse 30% (trinta por cento) do faturamento do executado:

"A penhora do faturamento mensal de empresa não pode ultrapassar a 30%, independentemente da distinção entre receita operacional bruta e resultado líquido" (RT 695/107 e STJ, 1a. Turma, Resp 36.535-0-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU I, de 4.10.93, p. 20.524).

É evidente que tal percentual poderá ser reduzido, caso o executado demonstre a necessidade de dispor de um volume maior de recursos para atender a seus compromissos. A penhora do faturamento não pode chegar ao ponto de inviabilizar o próprio funcionamento da empresa, com o que restaria violado o princípio da liberdade de iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (arts. 1o. e 170 da Carta Magna).

REFLEXÕES SOBRE PODER E TRIBUTAÇÃO

ALCIDES SALDANHA LIMA

Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Procurador do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza. Professor Universitário.

1. HOMEM E SOCIEDADE

Sociedade, no dizer de DEL VECCHIO, é um complexo de relações pelo qual vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade¹

A vida em sociedade é uma contingência humana. O homem cria a sociedade e esta, por seu turno, permite o desenvolvimento e a sobrevivência daquele. A sociedade é uma realidade determinada pela necessidade que o homem tem de viver entre semelhantes. Com acerto, já destacara ARISTOTELES que o homem para viver isolado, à margem da sociedade, haveria de ser um bruto ou um Deus, vale dizer, algo aquém ou além dos contornos reconhecidos como próprios da mediocridade humana.

Deve o homem à sociedade, ademais, sua autoconsciência. Nela está presente a figura do "outro", que testemunha e afirma a sua existência.

Seja porque fundada no impulso associativo natural², seja porque resultante de um acordo de vontades³, a realidade social é inerente à condição humana. Jamais se furará o homem ao complexo de relações que estabelece com seus semelhantes.

No bojo das relações intersubjetivas, surgem inúmeras organizações sociais que têm como objetivo genérico a criação de condições necessárias para que os indivíduos (imediatamente) e a sociedade (mediatamente) atinjam seus fins particulares. São ditas de fins gerais. Distinguem-se das sociedades de fins particulares porque não apresentam como finalidade o alcance direto e imediato do objetivo que lhes inspirou a criação, mas sim a promoção de condições favoráveis à materialização de fins particulares.

As sociedades de fins gerais são chamadas "políticas", pois não se prendem a um objetivo determinado, tendendo à integração do conjunto de atividades sociais.

A sociedade política de âmbito pessoal mais restrito é a família. Numa crescente complexização, evolui-se para a formação de clãs, tribos,

¹ DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 460.

² Este é o postulado dos teóricos favoráveis à idéia da sociedade natural, defendido, entre outros, por ARISTÓTELES e SANTO TOMÁS DE AQUINO.

³ Para os chamados contratualistas a sociedade é, tão só, o resultado de um contrato hipotético realizado entre os homens. Diversas são as formas de contratualismos. O ponto comum é a negação do impulso associativo natural e a afirmação de que somente a vontade humana justifica a existência da sociedade. Entre os contratualistas de maior destaque estão HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU.

até a aglutinação que se entende como Estado. O Estado não é a sociedade mais vasta, tampouco a única, contudo apresenta-se como a sociedade política de maior complexidade e importância, graças à sua capacidade de influenciar e condicionar a vontade das demais, a ele integradas. Os tantos outros vínculos sociais subordinam-se aos seus influxos volitivos.

2. CONCEITO DE ESTADO

Conceituar é definir algo distinguindo-o das demais noções que lhe são próximas. Do latim *conceptus*, de *concipere*: produto de uma concepção mental. Conceito é, no dizer de FREITAS, *apreensão ou representação intelectual e abstrata da quiddade (essência) de um objeto*⁴. Na atividade cognoscitiva conceitual busca-se a identificação do conjunto de notas que respondem pela identificação do objeto do conceito.

Muito já se disse e se dirá teoricamente acerca da natureza do Estado. Encontrar um conceito suficientemente amplo a albergar as tantas correntes doutrinárias instituídas em torno do assunto é absolutamente impossível. O Estado é ente complexo e, conseqüentemente, pode ser abordado sob múltiplos aspectos de sua existência. De rigor, cada conceituação reflete aqueles elementos que o elaborador, ou a escola de pensamento a que se filia, foi capaz de reconhecer como relevantes à identificação do objeto do trabalho conceitual. Tantas quantas sejam as facetas passíveis de valorização serão, em correspondência, as conclusões alcançadas.

A pluralidade de conceitos de Estado, particularmente, pode ser validamente classificada segundo duas orientações fundamentais: a) a que enfatiza o elemento concreto da força; b) a que destaca o elemento ordenativo jurídico. São ditas conceituações políticas e jurídicas, respectivamente.

Cumpra observar que os conceitos políticos não desconsideram o aspecto jurídico da existência do Estado, apenas propugnam a precedência da força sobre o direito. Neste sentido o Estado é uma força que se põe a si própria. Por seu turno, os conceitos jurídicos afirmam a importância da força, contudo subordinando-a à juridicidade.

Para DUGUIT, adepto da primeira corrente de pensamento suprarreferida, o Estado é uma organização monopolizadora da força social, é uma *força material irresistível*, embora reconheça que limitada e regulada pelo direito. No mesmo sentido, entende BURDEAU ser o Estado *uma institucionalização do poder*.

Para os defensores da preponderância do elemento jurídico, o Estado existe a partir da integração em uma ordem normativa. Isto respon-

⁴ FREITAS, Manuel da Costa. Verbete "Conceito", Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia, Lisboa: Editora Verbo, 1989, p. 1078.

de, em última análise, pela conversão da força em poder. Considera-se a seguir as reflexões teóricas de três doutrinadores filiados a este entendimento.

Para DEL VECCHIO o Estado é o *sujeito da vontade que cria um ordenamento jurídico*⁵.

Na esteira da Escola de Viena, que reduz o Estado a um sistema de normas jurídicas, provido de uma determinada validade espacial, temporal e pessoal, afirma KELSEN que o Estado é *uma ordem jurídica relativamente centralizada*⁶.

São excessivamente limitadas, indubitavelmente, as conceituações acima referidas. Com efeito, independentemente da classificação a que se subordinem, restam incompletas na medida em que não enumeram os elementos ordinariamente reconhecidos pela teoria política como constitutivos do Estado: território, povo e soberania.

Elege-se, neste diapasão, o conceito proposto por JELLINEK, citado por DALLARI, como mais completo, síntese de equilíbrio entre a consideração imprescindível de fatores jurídicos e não jurídicos. Para esse emérito jurista, o Estado é *a corporação territorial dotada de um poder de mando originário*⁷.

O território delimita a atuação soberana do Estado. É o espaço terrestre, marítimo e aéreo sobre o qual se reconhece o monopólio de ocupação e exercício de vontade estatal. O povo é o conjunto de pessoas que pelo vínculo político da cidadania está submetido de modo institucional à autoridade estatal⁸. Soberania é a nota que responde pela posição de independência e supremacia do Estado em relação às demais pessoas, consideradas no âmbito externo e interno, respectivamente.

De tudo quanto foi ora considerado ressaí a interdependência entre o poder (ordenação da força) o Estado (institucionalização do direito) e direito (ordenação de conduta). É o que se passa examinar nos itens seguintes.

3. ESTADO, DIREITO E NORMA JURÍDICA

O Direito se impõe como princípio de convivência social. Se dois ou mais homens interagem, um instrumento de controle se exige, posto que,

⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito, ob. cit., p. 469.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984, p. 385.

⁷ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado, Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954, apud DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado, São Paulo: Saraiva, 1989, p.100.

⁸ Não vá confundir o conceito político de povo com o conceito demográfico de população. Esta expressão designa o conjunto de pessoas que numericamente vivem em um território, de forma permanente ou temporária. Nada revela quanto a existência de vínculo jurídico para com o Estado que se traduza, em última análise, na possibilidade de participação decisória (corpo eleitoral).

assim não ocorrendo, o caos e a instabilidade seriam inevitáveis. Explica-se: é intrínseco ao homem a liberdade, seu elemento essencial; se todos são livres e nada existe que lhes restrinja o exercício da liberdade a destruição de todos por todos restaria inexorável. Assim sendo, o Direito intervém atuando como compartição de liberdade, ou seja assegurando que a liberdade de cada um encontre obstáculo na liberdade do outro. Direito e liberdade são, pois, conceitos que se pressupõem e exigem mutuamente.

Enquanto objeto cultural, produzido pelo homem, o Direito é eminentemente axiológico, valorativo, por isso encontra-se encartado no mundo do dever-ser. Expressa-se através de normas. _ normatividade - capacidade de expressar-se em normas, que dizem o que deve ser- contra-põem-se a causalidade -capacidade de expressar-se em leis naturais, que dizem o que é-.

Norma jurídica não é Direito, mas apenas sua expressão formal. A norma é mera previsão de conduta. O Direito é, segundo DEL VECCHIO, regulação de conduta em interferência intersubjetiva⁹ ou, na terminologia empregada por REALE, relação bilateral atributiva¹⁰.

Não há confundir, por sua vez, Estado e Direito. O Estado não é direito, produz direito. E mais: não se apresenta como única e exclusiva fonte produtora de norma.

Critique-se, assim, a doutrina que vê no Estado um conjunto ordenado de normas. Para Kelsen, o Estado existe na proporção em que se exprime na norma legal. Criticando o postulado kelseniano manifesta-se RADBRUCH:

... Entre os dois conceitos [Estado e direito] não existe afinal, de modo algum, identidade, mas, pelo contrário, a mais vincada oposição; uma oposição como a que costuma levantar-se entre os conceitos de norma e realidade e que neste caso se torna ainda muito mais sensível. Pode-se dizer que o direito no sentido de <norma> é um ser não adequado (isto é, duma natureza diferente, não idêntica) ao Estado como <realidade>. São noções ou conceitos heterogêneos, não idênticos, como a própria idéia de direito não é também idêntica à idéia de Estado¹¹.

⁹ Segundo o mestre italiano, Direito é a coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento, Lições de filosofia do direito, ob. cit., p. 363.

¹⁰ Afirma o eminente filósofo do direito: Há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo ... e arremata a seguir: Bilateralidade atributiva é, pois, uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender exigir, ou a fazer, garantidamente, algo. (REALE, Miguel. Lições preliminares do direito, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51)

¹¹ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 352/353.

Há que se insurgir, ademais, contra o postulado da doutrina monista, que embora não confunda Direito e Estado pretende seja este a única fonte produtora daquele, identificando Direito com Direito positivo estatal. O Direito seria criação estatal expressa através de normas legais de natureza material. A soberania torna-se a fonte única e exclusiva de produção jurídica.

Considera, contrariamente, a doutrina pluralista que o ordenamento jurídico alberga, a par do sistema estatal, incontáveis outros, criados pelos demais grupos sociais. O Direito não apenas é inconfundível com o Estado como subsiste sem sua prévia existência, ou ainda em sua oposição. O que diferenciará, essencialmente, o direito estatal daquele instituído em sua oposição será a legitimidade. Impõem-se neste momento reflexão sobre a legitimação do Direito e do poder, posto que a predicação da condição de legítimo a um implica, necessariamente, no reconhecimento desta qualidade ao outro.

Conclua-se no sentido da distinção, sem separação, entre Direito e Estado. Este produz aquele, mesmo que não o faça em caráter exclusivo. Contudo o Direito estatal assume socialmente posição de supremacia, isto porque encontra fundamento no poder social por excelência, vale dizer, no poder político.

4. PODER E SOBERANIA

O Estudo do poder é pressuposto para a compreensão da existência e funcionamento das organizações sociais. Todo e qualquer grupo social pressupõe organização e estruturação de poder. Na reflexão de BOBBIO, poder é uma relação entre dois sujeitos onde um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra vontade, o comportamento¹².

Da conceituação supra deduz-se os caracteres do poder social: socialidade, bilateralidade e causalidade. Somente há poder no seio de uma organização social, bem como se há interação entre duas ou mais vontades onde uma delas predomina e se sobrepõe a outra. Finalmente, é de se destacar que a atividade do exercente do poder há de ser a causa suficiente ao conduzir-se do subordinado ao poder.

A observação da conduta gregária humana, independentemente de tempo e espaço, demonstra a inevitabilidade de conflitos entre indivíduos e grupos, tornando imprescindível a intervenção de uma vontade preponderante capaz de preservar a unidade social. Esta preponderância de uma dada manifestação de poder social inicialmente fundou-se na força,

¹² BOBBIO, Norberto. "O significado clássico e moderno de política" in Curso de introdução à Ciência Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, v. 7, p. 12.

evoluindo para a vontade divina e finalmente para a idéia de povo como unidade e fonte de direitos e poder. Esta evolução traduz-se na consciência de que o poder utiliza a força, sem contudo com ela se confundir.

Segundo PARSONS, citado por STOPPINO, poder político é:

... a capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar¹³.

O poder social que legitimamente e exclusivamente está autorizado ao uso da força é reconhecido como poder político, contudo, há que se concluir com BOBBIO quando reverbera que:

O fato de a possibilidade de recorrer à força ser o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder não quer dizer que o poder político se resolva através do uso da força. O uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político. Nem todo o grupo social que está em condição de usar a força, com certa continuidade (grupo organizado para o crime, para a pirataria ou para a subversão) exerce o poder político. O que caracteriza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação aos outros grupos que agem num determinado contexto social. Essa exclusividade é o resultado de um processo desenvolvido numa sociedade organizada para o monopólio da posse e do uso dos meios através dos quais é possível exercer a coação física¹⁴.

A Ciência Política reconhece no poder político o elemento essencial constitutivo do Estado. O Estado possui o monopólio da coação organizada. Impõe normas de conduta e, complementarmente, dispõe de meios materiais para assegurar sua observância.

A soberania exprime o mais elevado poder do Estado. A soberania do ponto de vista externo, internacional, traduz-se na independência de um Estado perante outro, isto é na não submissão a qualquer potência estrangeira; do ponto de vista interno, por sua vez, traduz-se na expressão de poder jurídico mais elevado, é dizer na supremacia do ordenamento

¹³ PARSONS, Talcott. apud STOPPINO, Mario, Dicionário de política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 941, verbete "poder".

¹⁴ BOBBIO, Norberto. "O significado clássico e moderno de política", ob cit., p.14

estatal sobre os demais ordenamentos sociais. Aquele é que tem o poder de decisão, em última instância, acerca da eficácia de qualquer norma jurídica produzida no contexto social.

Na lição do eminente prof. BONAVIDES:

... Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana - a suprema potestas - que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade.¹⁵

Pugna o mestre italiano CRISAFULLI neste mesmo sentido doutrinando que:

... sovranità significa che ogni sistema di diritto statale si legittima da sé, trovando in sé medesimo la propria giustificazione giuridica e il proprio fondamento: in contrapposto agli ordinamenti 'derivati', i quali, invece, presuppongono sopra di sé un ordinamento superiore che ne condiziona la stessa esistenza e la validità¹⁶.

O Estado distingue-se pela soberania que lhe é inerente. Somente ele possui a faculdade de auto-restringir-se, demarcando os limites de sua própria atuação. Através do exercício da atividade legislativa o Estado modifica o direito, regula sua soberania e, ainda, faz cumprir os próprios comandos por meio de seus órgãos. O poder soberano é poder jurídico erigindo-se como indubitável obstáculo ao uso arbitrário da força¹⁷.

Direito e poder são conceitos de implicação recíproca. São, por assim dizer, as duas faces de uma mesma moeda. Uma sociedade precisa necessariamente de ambas. Isto porque onde o direito é impotente desenvolve-se facilmente a anarquia; por outro lado, onde o poder é incontrolado desenvolve-se o despotismo. O modelo ideal, calca-se no equilíbrio entre direito e poder doutrinariamente reconhecido na experiência do Estado democrático de direito¹⁸. O Direito, bem como a norma jurídica que o veicula, carece de poder político em dois momentos de sua existência: quando de sua criação; e quando de sua aplicação. Conforme leciona o prof.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 130.

¹⁶ CRISAFULLI, Vezio. Lezioni di diritto costituzionale. Padova: CEDAM, v.1, 1970, p. 63.

¹⁷ De ressaltar-se que a auto-limitação referida encontra-se plasmada na norma jurídica de suprema hierarquia no ordenamento, vale dizer, na Constituição. Nesta estão os limites materiais e formais à modificação do ordenamento.

¹⁸ Diz-se Estado democrático de direito aquele no qual não há poder que não esteja subordinado ao direito e, ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas derive, em última instância, do consenso ativo dos cidadãos.

VASCONCELOS:

*O Direito se afirma, ao mesmo tempo, como estrutura normativa e como estrutura de poder. Entre norma e poder há relação de dependência recíproca, uma parte exigindo a outra para possibilitar-se: a norma decorre do poder e contém poder; o poder cria a norma e dela recebe autoridade.*¹⁹

No mesmo sentido reverbera BOBBIO:

*A norma necessita do poder para tornar-se efetiva, e o poder de fato necessita da continuada obediência ao comando e às regras que dele derivam para tornar-se legítimo. ... O poder torna-se legítimo através do direito, enquanto o direito se torna efetivo através do poder. Quando um e outro se separam, encontramos-nos diante dos dois extremos, dos quais qualquer convivência organizada deve se afastar, do direito impotente e do poder arbitrário.*²⁰

As noções de força e competência entrelaçam-se com a noção de poder. Se o poder se fundamenta na força, exclusivamente, diz-se ser de fato. Se fundado na competência (deduzida a partir do consentimento dos governados) diz-se de direito. Esclarecedora é a consideração do prof. BONAVIDES:

*... a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento tácito ou expresso dos governados...*²¹.

5. O PODER DE TRIBUTAR

Após tantas reflexões acerca das relações inerentes à tríade Estado, Poder e Direito, urge a aplicação das conclusões à manifestação da espécie de poder político estatal relevante ao objeto deste estudo: o poder de instituir e cobrar tributos.

É no exercício do supremo poder - a Soberania - que o Estado

¹⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma jurídica, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 346.

²⁰ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória: De senectute e outros escritos autobiográficos, Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 170.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. Op. cit. p. 108.

exige dos indivíduos parte dos recursos financeiros de que necessita. O poder de tributar encontra seu fundamento na soberania estatal. Afirma, neste sentido, MACHADO:

*No exercício da sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta*²².

O poder de tributar é poder de direito, autorizado pelos governados. Não se funda na mera força material de comando, mas sim na força institucionalizada, própria da juridicidade.

Como afirmado pelo prof. VASCONCELOS, o poder cria a norma. O poder de tributar cria a norma de tributação. Esta, ao incidir sobre um fato semelhante àquele descrito na hipótese de incidência (dito fato imponível) gera uma relação jurídica: a relação de tributação²³. Tem-se, desta forma, que a relação de tributação não é mera relação de poder/força, mas, sim de poder/direito.

Porque relação jurídica, a relação tributária encontra balizamento no próprio Direito. Outra não é a função dos princípios constitucionais tributários senão refrear as tentativas de exercício do poder de tributar de forma ilimitada e arbitrária. Somente porque é jurídica, a relação tributária encontra limites no próprio direito.

Em corolário, somente será relação jurídico-tributária válida aquela que guardar compatibilidade com a moldura limitativa jurídica. Como a Constituição Federal assume a posição hierarquicamente superior, criadora que é do próprio Estado e instituidora do ordenamento jurídico estatal, é nesta que o poder de tributar e a relação tributária buscam sua fundamentação.

O Estado somente pode exercitar o poder de tributar, criando normas capazes de gerar relações de tributação, nos estritos limites da autorização constitucional. No campo do Direito Tributário, como também no do Direito Administrativo e Direito Penal, o campo da licitude confunde-se com o da legalidade, isto é, somente pode o Estado fazer aquilo que esteja expressamente autorizado²⁴.

²² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 5.

²³ Leciona GERALDO ATALIBA: "Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma. A norma tributária, como qualquer outra norma jurídica, tem sua incidência condicionada ao acontecimento de um fato previsto na hipótese legal, fato este cuja verificação acarreta automaticamente a incidência do mandamento" (Hipótese de incidência tributária, São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1987, p. 43).

²⁴ De destacar-se a dificuldade, em nível interpretativo, de saber-se o que se encontra ou não autorizado. Deixa-se de perscrutar acerca do tema, posto exorbitar dos limites do estudo ora desenvolvido.

Em que pese exorbitar o objetivo do presente estudo, não merecendo portanto maior aprofundamento, há que se fazer referência ao poder de eximir (isentar), conseqüência inevitável do poder de tributar. O Estado pode, com fulcro no mesmo pressuposto à instituição do tributo (poder de império), excluir a incidência da norma de tributação substituindo-a por outra que exonera o sujeito passivo do ônus tributário. São, em verdade, as duas faces simétricas da mesma moeda²⁵.

6. CONCLUSÕES

Diante das considerações formuladas, conclui-se que:

- a) A soberania exprime o mais elevado poder estatal. É com fundamento nesta *suprema potestas* que o Estado exige dos indivíduos parte dos recursos financeiros de que necessita;
- b) O poder de tributar é poder de direito, isto é, autorizado pelos governados. Não se funda na simples força material de comando, mas na força institucionalizada. A constituição enquanto carta jurídica/política fundamental, contém os limites ao exercício do poder de instituir exações tributárias ;

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BOBBIO, Norberto. "O significado clássico e moderno de política" in *Curso de introdução à Ciência Política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, v. 7.

_____. *O tempo da memória: De senectute e outros escritos autobiográficos*, Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, v.1, 1970.

²⁵ Neste sentido v. excelente estudo do professor titular de Direito Tributário da Universidade Federal de Pernambuco José Souto Maior Borges intitulado *Isonções Tributárias*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

FREITAS, Manuel da Costa. Verbetes "Conceito", *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, Lisboa: Editora Verbo, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

STOPPINO, Mario. *Dicionário de política*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, verbete "poder".

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

RICARDO LUÍS SANT' ANNA DE ANDRADE

Promotor de Justiça

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO:

- I - INTRODUÇÃO
- II - MEIOS LEGAIS DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO
- II. A - CONCEITO DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO
- II. A.1 - LOTEAMENTO
- II. A.1.a - CONCEITO E PECULIARIDADES
- II. A.2 - DESMEMBRAMENTO
- II. A.2.a - CONCEITO E PECULIARIDADES
- III - CASOS LEGAIS DE PROIBIÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO
- IV - ASPECTOS PENAIS DA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO
- V - A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL
- VI - CONCLUSÃO
- VII - BIBLIOGRAFIA.

I — INTRODUÇÃO

A matéria enfocada no presente trabalho está regulada pela *LEI nº 6.766/79, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1979*. Os estudiosos afirmam que com advento deste Diploma Legal, embora não haja conceituação, o parcelamento do solo deixou de ser simples meio de venda de terrenos a prestação. Procurou a Lei nº 6766/79 imprimir uma técnica voltada para um melhor aproveitamento urbanístico do solo. *"Vista em conjunto, a Lei nº 6766/79 traz, para cada uma das partes envolvidas no processo de crescimento urbano através de loteamentos, loteadores, poder público e compradores de lotes urbanos — alterações da maior importância e necessidade, num quadro histórico marcado pela quase absoluta ausência de normas eficazes de controle."*¹

Ainda deve ser encarada como merecedora de elogios por ter açambarcado aspectos criminais, civis, urbanísticos e administrativos, imprimindo ainda normas cogentes, de ordem pública ao parcelamento do solo urbano. *TOSHIO MUKAI* ensina que *"PELA PRIMEIRA VEZ A UNIÃO EDITOU ATRAVÉS DA LEI nº 6.766, DE 1979, NORMAS URBANÍSTICAS GERAIS, FAZENDO USO DE SUA COMPETÊNCIA CONCORRENTE NESTE CAMPO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA, DEFLUENTE DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO. ESSA LEI VEIO SUBSTITUIR COM VANTAGENS,*

¹ Fernando Walcacer, in *Direito do Urbanismo — A Nova Lei de Loteamentos*.

PORTANTO, O DECRETO-LEI Nº 58/37, QUE APENAS É APLICÁVEL DESDE 1979, AOS PARCELAMENTOS, PARA FINS RURAIS. POR SUA VEZ, O DECRETO-LEI Nº 271, DE 1967, TAMBÉM ESTÁ REVOGADO NO PERTINENTE A LOTEAMENTOS E DESMEMBRAMENTOS URBANOS. SUBSISTE APENAS NO QUE DISPÕE SOBRE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO (ARTS. 7º E 8º)".²

II — MEIOS LEGAIS DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

A) CONCEITO DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

O verbete "parcelamento" transmite-nos a idéia de divisão, ou mais precisamente "divisão de uma área de terreno em lotes, sob a forma de desmembramento ou loteamento."³ O parcelamento do solo urbano é instituto de Direito Urbanístico que tem por finalidade precípua ordenar o espaço urbano destinado a habitação. Para tanto, mister se faz sua divisão ou redivisão, dentro dos ditames legais. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, o parcelamento do solo urbano visa "a urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas."⁴ Trata-se de atividade peculiarmente induzida pela Administração Pública, no sentido de fomentar os particulares a ordenarem o solo urbano, sob sua vigilância. É a própria Lei Federal que regula os meios adequados ao parcelamento do solo urbano. Assim, seu art. 2º preconiza:

"Art. 2º — O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e das legislações estaduais e municipais pertinentes."

1) LOTEAMENTO

a) CONCEITOS E PECULIARIDADES

É a primeira forma prevista na legislação de parcelamento do solo urbano. Dando seqüência às definições, a Lei nº 6766/79 esclarece o que entende por loteamento que dá seu conceito no art. 2º, § 1º:

² Toshio Mukai, apud Pedro de Araújo Bezerra, in *Parcelamento do Solo Urbano e Função Social da Propriedade*, Fortaleza: 1994, p. 91.

³ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, in *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, São Paulo: 1994.

⁴ José Afonso da Silva, in *Direito Urbanístico Brasileiro*, ERT, São Paulo: 1981, p. 373.

"§ 1º — Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes."

Trata-se de definição diferente daquela dada pelo antigo Decreto-Lei nº 271/67, que regulava a matéria, dizendo ser o loteamento "venda de terreno mediante oferta pública". Pela nova lei, não mais se faz necessário o pagamento em prestações, como exigia o Decreto-Lei nº 58/37. Doutrinadores especializados dizem que os decretos que regulavam a matéria cingiram-se apenas ao aspecto filológico do vocábulo. Tanto que o dicionário conceitua *lotear* como sendo o ato de "dividir (um terreno urbano) em lotes e vendê-los para pagamento em prestações."⁵ Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, loteamento "é a divisão das quadras em lotes com frente para logradouro público."⁶

Já para HELY LOPES MEIRELLES, a conceituação é a seguinte, *in litteris*:

"Loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subseqüente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município, e a limitação dos lotes."⁷

Revestindo-se de processo de urbanização, o loteamento envolve relações civis, penais e administrativas. Aí vislumbra-se o importante papel urbanístico desempenhado pelas municipalidades no sentido de organizar o uso e a ocupação do solo, sendo que "o parcelamento urbanístico do solo, em todas as suas formas, sujeita-se às normas urbanísticas estabelecidas na legislação municipal."⁸ o parcelamento urbanístico do solo do solo urbano. Todavia, muitas vezes os loteamentos têm redundado em problemas, dada a omissão dos poderes competentes no sentido de velarem pela captação dos haveres populares. Como sabemos, o mais tipo de loteamento mais comum é o destinado a residências, nada impedindo outras destinações. Daí que pessoas inescrupulosas, valendo-se de condutas ardilosas, lançam no mercado os chamados *loteamentos ilegais*, burlando a comunhão social.

⁵ Aurélio, in op. cit., p. 22.

⁶ José Afonso da Silva, in op. cit., p. 381.

⁷ Hely Lopes Meirelles, in *Urbanismo e Proteção Ambiental*, RDP nº 39/40, ERT, São Paulo: 1976, p. 62.

⁸ José Afonso da Silva, in op. cit., p. 379.

Existem dois tipos de loteamentos ilegais, a saber: "a) os clandestinos, que são aqueles que não foram aprovados pela Prefeitura Municipal; b) os irregulares, que são aqueles aprovados pela Prefeitura, mas não foram inscritos, ou o foram, mas são executados em desconformidade com o plano e as plantas aprovadas."⁹

Os chamados *loteamentos fantasmas* representam um grave problema em nossa sociedade. A sanha do *animus lucrandi* leva pseudo-loteadores a parcelarem terrenos que nem mesmo possuem título de domínio. Daí a assertiva de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*"Feito o loteamento, nessas condições, põem-se os lotes à venda, geralmente para pessoas de rendas modestas, que, de uma hora para outra, perdem seus terrenos e a casa que nele ergueram, também clandestinamente, porque não tinham documentos que lhes permitissem obter a competente licença para edificar no lote."*¹⁰

No que pese aos loteamentos irregulares, a situação é pouco diferente. Após a lograrem aprovação junto à prefeitura, os loteadores buscam a seara da ilegalidade quer "executando o loteamento tal como foi aprovado, mas sem a inscrição no registro de imóveis, quer desrespeitando o plano aprovado e mesmo inscrito, modificando-o à sua conveniência, provocando dificuldades aos compradores de lotes, sob vários aspectos, inclusive quanto à obtenção de licença para edificá-los."¹¹

Para evitar casos assim, a área a ser loteada deve obedecer uma série de trâmites para ser legalizada. Neste sentido, o magistério de HELY LOPES:

*"Após a aprovação pela prefeitura o loteamento será levado à inscrição no registro imobiliário competente, sendo passível de levantamento de dúvida pelo oficial do Registro e impugnação por terceiros, as quais serão processadas e decididas judicialmente. A inscrição do loteamento produz, dentre outros, os seguintes efeitos imediatos: legitima a divisão e as vendas de lotes; torna imodificável unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; transfere para o domínio público Município as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta, independentemente de qualquer outro ato alienativo."*¹²

⁹ Idem, p. 394.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Idem, ibidem.

¹² Hely Lopes Meirelles, in op. cit., p. 62.

Mesmo em caso de descumprimento de todas as determinações legais, ainda resta à Prefeitura o embargo às obras de urbanificação ou assumir referidas obras mediante autorização legal, cobrando posteriormente as despesas do loteador (JOSÉ AFONSO DA SILVA). Assim que, "O INSTRUMENTO JURÍDICO ADEQUADO PARA QUE A PREFEITURA POSSA IMPEDIR ESSES LOTEAMENTOS É O USO DOS EMBARGOS ÀS OBRAS DE URBANIFICAÇÃO, IMPONDO, POIS, JUDICIALMENTE, A SUA REGULARIZAÇÃO."¹³

Válida e extremamente atual a crítica do já mencionado doutrinador, que transcrevemos, *in verbis*:

*"Se não havia de exculpar as Municipalidades pela existência desses loteamentos, agora à vista dos referidos textos legais menos ainda. Ora, o loteamento pode ser clandestino, mas nunca será oculto. Realiza-se à vista de todos. Um pouco de organização e fiscalização evitaria que proliferassem e prosperassem tantos loteamentos ilegais."*¹⁴

2) DESMEMBRAMENTO

a) CONCEITOS E PECULIARES

Desmembramento, em tema de Direito Urbanístico, significa o "parcelamento da terra em lotes, não sendo necessária a abertura de logradouros."¹⁵ Trata-se de uma espécie de parcelamento do solo urbano. Já podemos entrever alguma diferença entre os institutos destinados ao parcelamento do solo urbano. Vejamos o que diz a lei, em seu art. 2º, § 2º:

"§ 2º — Considera-se desmembramento subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes."

Com efeito, a característica maior e que portanto, individualiza o desmembramento é a não-abertura de novas vias ou logradouros públicos e pelo não-prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes. Daí a assertiva abalizada do multicitado HELY LOPES:

¹³ Pedro de Araújo Bezerra, in op. cit., p. 103.

¹⁴ José Afonso da Silva, in op. cit., p. 395.

¹⁵ Aurélio

*"O desmembramento é apenas repartição da gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc.) como por imposição judicial (arrematação, partilha, etc), em ambos os casos sem qualquer transferência ao domínio público."*¹⁶

Não há que se confundir desmembramento com desdobro. Desdobro é tido como a subdivisão de lote, ao passo que o desmembramento resulta da subdivisão de gleba, que é uma área de terra não urbanizada. José Afonso da Silva assegura que *"desdobro de lote é a divisão da área do lote para formação de novo ou de novos lotes."*¹⁷ Resulta daí que a Lei Federal deixou ao talante da Administração Pública municipal a regulamentação dos critérios para o desdobro de lote. O arruamento, por sua vez, também não deve ser confundido com os institutos entelados. Assim:

*"Há ainda o arruamento, QUE É UNICAMENTE A ABERTURA DE VIAS DE CIRCULAÇÃO NA GLEBA, COMO INÍCIO DE URBANIZAÇÃO, MAS QUE POR SI SÓ NÃO CARACTERIZA LOTEAMENTO OU DESMEMBRAMENTO, e tanto pode ser feito pelo proprietário, com prévia aprovação da Prefeitura e transferência gratuita das áreas das ruas ao Município, como pode ser realizado por este para interligação do seu sistema viário caso em que deverá indenizar as faixas necessárias às vias públicas. Assim, pode haver arruamento sem loteamento ou desmembramento, mas não pode haver aquele ou este sem vias públicas, abertas, anterior ou concomitantemente com o parcelamento da gleba."*¹⁸
(versais nossos)

Há ainda a figura do remembramento, que é a *"REUNIÃO DE DIVERSOS LOTES PARA UM POSTERIOR LOTEAMENTO. DEVE-SE, ENTRETANTO, SALIENTAR QUE O LEGISLADOR FEDERAL NÃO FAZ REFERÊNCIA À FIGURA DO REMEMBRAMENTO, DEIXANDO-A, ASSIM, AOS CUIDADOS DOS LEGISLADORES MUNICIPAIS. A NÃO-INCLUSÃO DO REMEMBRAMENTO NA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO, É, INEGAIVELMENTE, DEMONSTRAÇÃO DE INTELIGÊNCIA POR PARTE DOS NOSSOS LEGISLADORES, FICANDO ENTÃO, NAS MÃOS DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O DESTACADO TEMA DE DIREITO URBANÍSTICO."*¹⁹

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, p. 62.

¹⁷ in op. cit., p. 396.

¹⁸ Hely Lopes Meirelles, p. 62.

¹⁹ Pedro de Araújo Bezerra, in op. cit., p. 109.

III — CASOS LEGAIS DE PROIBIÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

A Lei nº 6766/79 traçou, nos incisos do parágrafo único do art. 3º, os casos de proibição de parcelamento do solo urbano. Antes, porém, tratou de afirmar que *"somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal."*

As vedações constantes na lei são de caráter sanitário e de segurança pública. As proibições podem ser assim elencadas:

- Primeira hipótese: proibição de parcelamento do solo urbano em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas.
- Segunda hipótese: é exigido o saneamento do terreno para o parcelamento do solo urbano em terrenos aterrados com material nocivo à saúde pública. Para tanto, mister a presença dos experts para testificarem a boa condição do terreno ao fim que se quer destinar.
- Terceira hipótese: o atendimento de exigências específicas das autoridades para o parcelamento do solo urbano em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento).
- Quarta hipótese: o não-parcelamento do solo urbano em áreas cujas condições geológicas não aconselhem a edificação.
- Quinta hipótese: a vedação em áreas de preservação ecológica ou naqueles onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis.

Importante salientar que nas ressalvas do art. 3º, a autoridade municipal não poderá agir com discricionariedade administrativa, uma vez que *o ato de aprovação é vinculado, como sói da inteligência do art. 16, do mencionado Diploma Legal. A rejeição só será válida pelo descumprimento das exigências legais. Jamais por motivos de conveniência e oportunidade. Esta ratio essendi da licença administrativa, tida como "ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada."*²⁰

²⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, in *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 508.

IV — ASPECTOS PENAIS DA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLIO URBANO

É certo que o advento da Lei nº 6.766/79 trouxe consideráveis modificações no trato criminal do parcelamento do solo urbano. No Direito anterior (Decreto-Lei nº 58 e Decreto nº 3.079) inexistiam normas reguladoras que impusessem penas aos loteadores ilegais, clandestinos ou irregulares). *"E na conformidade com o princípio da reserva legal nullum crimen, nulla poena sine lege, os loteamentos irregulares proliferaram às soltas em todas as partes, sem aprovação prévia do planejamento e sem o ato do registro imobiliário. Burlava-se a vigilância dos Poderes Públicos, comercializando-se os lotes da forma mais ilegal, isentos os promoventes de quaisquer conseqüências repressivas."*²¹

A Lei do Parcelamento do Solo Urbano erigiu as condutas tipificadas como crimes contra a Administração Pública. Dessume-se que o agente passivo do delito é o Estado, enquanto titular do direito público violado pela conduta. Todavia, pela via oblíqua a ação acriminada poderá atingir outro sujeito passivo: o adquirente de um lote em loteamento ilegal.

Ao tecer escurteira dissecação sobre o assunto em comento, Ruy ROSADO esclarece que *"os crimes contra a Administração Pública ofendem bens e interesses jurídicos públicos referentes à atividade administrativa do Estado. No caso de direito urbano público protegido é o regular desempenho de seu poder de polícia urbanística, pois é deste que se vale o Estado para exercer sua atividade regulamentar do ordenamento das cidades."*²²

O art. 50, da Lei nº 6.766/79 traz seis figuras delituosas, tipificadas como crimes contra a Administração Pública. São eles:

1) *Dar início ou efetuar, de qualquer modo, loteamento ou desmembramento urbano, sem autorização da autoridade competente;*

2) *dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento para fins urbanos, com autorização do órgão público competente, mas em desacordo com as normas da Lei nº 6.766/79;*

3) *dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento*

²¹ Arnaldo Rizzardo, in *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*, Coleção Ajuris, Porto Alegre: 1980, p. 195

²² Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Normas Penais Sobre o Parcelamento do Solo Urbano*, in *Direito do Urbanismo - Uma Visão Sócio-Jurídica, coordenação de Álvaro Pessoa*, IBAM-SP: 1981, p. 212.

para fins urbanos, com autorização do órgão público competente, mas em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

4) *Dar início, de qualquer modo, ou efetuar parcelamento do solo urbano sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;*

5) *Fazer ou veicular proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de parcelamento do solo para fins urbanos;*

6) *Ocultar fraudulentamente fato relativo a parcelamento do solo urbano para fins urbanos.*

Em suma, poderíamos afirmar que os tipos acima transcritos objetivam tutelar a boa-fé dos que procuram comprar terrenos loteados e tenciona proibir o logro por parte de quem deseja parcelar o solo urbano de maneira desonesta.

O *concursum delinquentium* vem incriminado no art. 51, que procura exasperar a conduta de quem age na qualidade de mandatário do loteador, diretor ou gerente de sociedade. Consoante magistério de DIÓGENES GASPARINI, *"as figuras do mandatário de loteador, do diretor ou gerente de sociedade são, nessas disposição, meramente exemplificativas. De sorte que os agentes públicos (todos os que mantêm vínculo com a Administração Pública) de qualquer esfera de governo, podem ser co-autores desses crimes."*²³

Questão assaz interessante é a da responsabilidade penal dos que participam das vendas de loteamentos clandestinos. A propósito, oportuno julgado de respeitada Corte Paulista:

*"O simples fato de terceiro auxiliar nas vendas de lotes não constitui crime, pois caso contrário, todos os corretores e intervenientes nas vendas de lotes clandestinos seriam co-autores."*²⁴

²³ in *O Município e o Parcelamento do Solo Urbano*, Editora Saraiva, São Paulo: 1988, p. 178.

²⁴ *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* — Acórdão nº 108.223-3 — Publicação: 05/02/92 — Relator: Desembargador Luiz Betanho.

I — A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL

A dúvida que surge quanto à iniciativa da ação penal: *cabete ao Ministério Público ou ao particular prejudicado?*

Primeiramente, afaste-se a idéia de "ação privada". Inexiste ação privada; o que há é ação penal de *iniciativa* privada. Assim, segundo os processualistas de escol, constitui atecnia grave para o operador do Direito dizer "ação privada". Mesmo de iniciativa a cargo do particular, a ação continua sendo pública, deduzida ante o órgão jurisdicional competente.

Isto posto, retomemos a indagação: em sede de parcelamento do solo urbano, quem é o responsável pela propositura da ação penal?

Devemos recorrer ao *Código Penal* para uma resposta melhor elaborada. Diz o art. 100, daquele diploma, que já espanca quaisquer dúvidas ainda persistentes a respeito:

"Art. 100 — A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido."

Assim, conclui-se que nos casos de crimes previstos na Lei n 6766/79, a deflagração processual fica a cargo do *Dominus Litis*, o *Ministério Público*. Mais: não se condiciona à representação de quem quer que seja. É de iniciativa pública incondicionada.

Vale ressaltar que o ofendido pode não apenas intervir como assistente do *Ministério Público*, como também propor a ação penal de iniciativa privada, subsidiária da de iniciativa pública, consubstanciada no art. 5º, LIX, da *Constituição Federal de 1988*.

VI — CONCLUSÃO

O parcelamento do solo urbano é instrumento posto à mão do Poder Público para melhor dispor acerca do espaço urbano, através de divisão em partes destinadas ao exercício das funções urbanísticas. "A PRINCIPAL FINALIDADE DO ORDENAMENTO TERRITORIAL É DISCIPLINAR A OCUPAÇÃO URBANA E AS ATIVIDADES QUE MEDRAM NO ESPAÇO MUNICIPAL, PARA QUE ASSIM, POSSA A URBE FORMAR UM TODO HARMÔNICO, E EM CONSEQÜÊNCIA, CONDUZIR OS SEUS MORADORES AO BEM-ESTAR"²⁵

VII — BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Normas Penais Sobre o Parcelamento do Solo Urbano*, in *Direito do Urbanismo - Uma Visão Sócio-Jurídica*, coordenação de Álvaro Pessoa, IBAM-SP: 1981.

BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro.

BEZERRA, Pedro de Araújo. *Parcelamento do Solo Urbano e a Função Social da Propriedade*. Estudo Monográfico sobre o Parcelamento do Solo Urbano e a Função Social da Propriedade, Fortaleza: 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. *Parcelamento do Solo - Desmembramento - Concurso Voluntário*. In *Revista de Direito Público*, nº 98 - abril/junho de 1991, ano 24, Editora Revista dos Tribunais.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Nova Fronteira, São Paulo: 1994.

GASPARINI, Diógenes. *O Município e o Parcelamento do Solo Urbano*, Editora Saraiva, São Paulo: 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Urbanismo e Proteção Ambiental*, RDP nº 39/40, ERT, São Paulo: 1976.

MUKAI, Toshio e outros. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos - Comentários à Nova Lei nº 6.766, de 19/12/1979*, Sugestões Literárias, São Paulo: 1980.

RIZZARDO Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano*, Coleção Ajuris, Porto Alegre: 1980.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*", ERT, São Paulo: 1981.

WALCACER, Fernando. *A Nova Lei de Loteamentos*, in *Direito do Urbanismo*.

²⁵ Pedro de Araújo Bezerra, in op. cit., p. 127.

A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO ROMANO

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ

Procurador do Município de Fortaleza
 Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza
 Doutorando em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito
 da Universidade Federal de Minas Gerais

O Direito romano não pode ser ignorado por todos quantos se dedicam ao estudo das instituições jurídicas da era contemporânea, mormente se for levado em consideração o fato de que este Direito não sucumbiu junto com a civilização em que foi gerado, mas projetou-se no pensamento jurídico desde a Idade Média até o século XIX.

A História do Direito romano se confunde com a História de suas instituições políticas e jurídicas, especialmente dos quatro regimes políticos que impuseram profundas alterações na evolução cultural do *populus romanus* - no que diz respeito à interpretação, por exemplo, não podem ser olvidadas as significativas alterações nas formas de expressão do Direito, na competência para editar normas jurídicas e também na de interpretá-las. Daí porque, neste particular, a análise do que foi a interpretação jurídica em Roma não pode se desvincular da perspectiva histórica: a idéia de Direito que os romanos possuíam e as suas formas de expressão no devir histórico, o entrelaçamento e as relações entre magistrados, senado e povo, a era dos príncipes e imperadores, toda a casuística dedicada à resolução dos problemas que a evolução política, social e econômica impôs, as diversas fases do Direito público e sua influência na formação processual do *ius civile*; enfim, a mundividência peculiar à civilização do Lácio em cada época que lhe foi peculiar.

No que se refere a períodos históricos, pode-se assim classificar o Direito público romano:

Quadro histórico-político:

Realeza - 754 a. C. (data provável da fundação de Roma) a 509 a. C.

República - 509 a. C. a 27 a. C. (data em que Otávio assume o poder)

Principado ou Alto Império - 27 a. C. a 284 d. C. - até os Antoninos
 Dominato ou Baixo Império - 1) [a partir de Diocleciano] 284 d. C. a 527 d. c. e 2) 527 d. C. a 565 d. C. [período *justinianeu*] - destacam-se, aqui, as datas de 326 d. C., transferência da corte para Constantinopla e 410 d. C., queda do Império do Ocidente.

Evolução jurídica:

- a) período do Direito antigo ou Direito quiritário - século VII a. C. a século I a. C. - destacando-se, aqui, a data de 367 a. C., em que foi instituído o pretor urbano.
- b) período do Direito clássico - do século I a. C. ao século III d. C.
- c) período do Direito pós-clássico - final do século III d. C. (284) ao século V d. C.
- d) período do Direito justinianeu ou bizantino - século VI d. C. (527/565 d. C.)

Por razões de ordem metodológica, serão consideradas, três fases:

1. o período que vai de 50 a.C. (séc. II a. C.) a 50 d. C. (séc. III d. C.) - que medeia entre o fim da república e o início do principado, ciclo dos juriconsultos clássicos e transição do processo *per formulas* para a consolidação da *cognitio extraordinaria*;
2. a época em que Adriano assume o poder e a instituição do *ius respondendi ex auctoritas princeps*;
3. a época de Diocleciano e Constantino, em que foi extinto o *ius respondendi* e a era de Justiniano, da pretensão de certeza do Direito e das compilações.

A escolha desses momentos históricos não foi arbitraria. De fato, uma análise destas épocas e da evolução da idéia de Direito nelas contida demonstra que:

- a) inicialmente, num período em que o Direito era francamente costumeiro, a *interpretatio* andou lado a lado com o *ius moribus receptur e*, posteriormente, em especial após a introdução do processo formular, entrou em cena o *ius honorarium* - os quais, em seus respectivos contextos, compunham o *ius civile romanorum*;
- b) posteriormente, com a introdução do principado, Adriano instituiu o *ius respondendi ex auctoritas princeps*, com a manifesta intenção de controlar - e mesmo extinguir - a formação consuetudinária do Direito, concentrando em suas mãos a interpretação do Direito vigente;
- c) por fim, já no dominato, além de suprimido o *ius respondendi* por Diocleciano e Constantino, o Direito romano havia perdido totalmente a participação popular em sua criação, materializada no *ius moribus* e se constituía unicamente pela vontade do *princeps* (processo que se consolidava gradativamente desde o principado); em Justiniano, era expressa a proibição de interpretar, vez que qualquer dúvida na aplicação do Direito compilado a ele próprio competia dirimir - isso acabaria, contudo, no ano de 543, por sua expressa determinação.

De outro turno, é de se pôr em relevo que uma reconstrução das várias fases por intermédio das quais se desenvolveu a interpretação do Direito romano demanda uma volta ao passado ou, dito de outro modo, uma localização histórica daquilo que se encontra contido em todo o material disponível, compilado na era de Justiniano. Com efeito, não é tanto na Lei das XII Tábuas ou nas várias leis e plebiscitos oriundos dos *comitia* que se deverá buscar um ponto de partida, mas sim nas lições práticas contidas nas compilações e nas Instituições de Gaio, situadas no seu devido tempo e lugar.

I - A INTERPRETAÇÃO ENTRE OS SÉCULOS II A. C. E III D. C. (FIM DA REPÚBLICA E INÍCIO DO PRINCIPADO).

O Direito da época arcaica romana, ou Direito quiritário (séc. VII a. C. a séc. I a. C.), era essencialmente costumeiro (*mores*), mesclado de ingerências latinas e etruscas, principalmente na esfera pública (na qual se presume haver formado a noção de *imperium*), retomada no período republicano para qualificar o fundamento da autoridade dos magistrados.

No entanto, o trânsito para a república não foi algo imediato. Foram grandes as modificações no tocante ao exercício do poder e seus fundamentos, graças às progressivas lutas da oligarquia patricia contra a dominação etrusca.

A estrutura oligárquica patricia, agora no poder, se viu confrontada pela plebe: alterou-se o centro de convergência da autoridade, mas permaneceram as lutas econômicas, sociais e políticas internas entre os diferentes estamentos sociais no interior da *civitas*. As mudanças na sistemática de distribuição do poder eram freqüentes e os plebeus, cada vez mais, iam conseguindo impor suas reivindicações.

A Lei das XII Tábuas (451 a. C.) foi uma de suas várias conquistas. Expressava a codificação de todo o Direito quiritário público e privado da época e trazia em si a finalidade de propiciar uma *aequitas iuris* entre patrícios e plebeus, através de normas escritas que pudessem tornar claros e certos os preceitos normativos, imersos na obscuridade dos ritos e atos religiosos e da interpretação privilegiada dos sacerdotes.

Por volta de 367 a. C., alcançou-se um equilíbrio das forças políticas em Roma. As magistraturas, o senado (*senatus populusque Romanus*) e as assembleias populares (*comitia*¹) constituíam o tripé em que se apoiava a constituição republicana - sistemática que perduraria até o século II da era Cristã.

¹As assembleias, a propósito, possuíam funções legislativa e eletiva, bem como uma função jurisdicional específica em matéria penal, mediante a *provocatio ad populum*.

A regra, a partir daquele momento, era a eletividade daqueles que compunham as magistraturas e a duração anual dos respectivos mandatos. No tocante à acessibilidade, é de se ressaltar que haviam, no quadro institucional deste período, as magistraturas privativas dos patrícios e aquelas privativas dos plebeus - o que, só com o tempo, iria ser superado.

Embora os poderes que competiam ao *populus* fossem considerados superiores em relação aos demais, no plano dos fatos a maior concentração se encontrava nas mãos dos magistrados e senadores, muito embora o seu exercício efetivo estava ligado ao funcionamento dos *comitia*.

Após essa brevíssima notícia histórica, o passo seguinte será tecer breves considerações acerca do que os romanos entendiam por *ius*, termo que englobava umas tantas conotações éticas e políticas das quais surgiriam, após sua emancipação do *fas*, várias noções correlatas, tal como a de *lex*.

Vincular, de imediato, ao *ius*, a noção contemporânea de "direito objetivo" ou "direito subjetivo" é desconhecer que, no início da era republicana inexistia aquela posterior multiplicidade de preceitos escritos (*leges*, *editos pretorianos*, *senatusconsultus*, *responsa prudentium*, *constitutiones imperiales*) e sobressaía a idéia de *mores* - que, em verdade, sempre acompanharam de perto a evolução do Direito romano até o surgimento do principado.

A polissemia desse vocábulo era reconhecida pelos próprios romanos. Consta inclusive no Digesto um fragmento de Paulo segundo o qual o termo *ius* possui muitas acepções (Dig., 1.1.11 - *ius pluribus modis dicitur...*). Dessa forma, só posteriormente, com a evolução histórica e como consequência das transformações político-sociais, é que *ius* viria assumir outros significados - a exemplo de vários outros termos, tais como o de *lex* - que na república dizia respeito à atividade dos comícios e no principado se confundia com as constituições imperiais - e a própria *iurisdictio*.

No que toca ao "processo civil", demonstra a análise histórica que o procedimento mais antigo, o das *leges actiones*, remonta à própria fundação de Roma - era assim denominado porque as situações por elas protegidas deviam necessariamente estar expressas numa lei, cujo enunciado era obrigatório quando se buscava proteção por meio de uma *actio* (cf. Gaio, Institutas, 4, 11)

Num período em que o formalismo era a nota mais marcante, as "ações da lei" só podiam ser utilizadas pelos cidadãos romanos, dentro da cidade ou no máximo a uma milha dela e tão somente para a proteção dos direitos que lhes outorgava o *ius Quiritium*. Posteriormente, relata Ursicino Suárez (1955:98-103), o formalismo e a rigidez que as caracterizavam ia se mostrando cada vez menos capaz de acoplar-se às novas exigências do desenvolvimento econômico romano, especialmente a partir do término das guerras púnicas, o que ocasionou a introdução do processo *per formulas*.

A época em que eram exercidas as "ações da lei" foi marcada pelo caráter religioso de seus ritos e atos. Posteriormente, o processo civil romano sofreu um processo de laicização e de intervenção estatal, momento em que a solução dos conflitos privados passou a ser composta de duas etapas distintas: uma, denominada *in iure*, que se desenvolvia perante um órgão público e outra, chamada *apud iudicem*, que se processava perante um juiz (*iudex unus*) ou um colegiado privados (*recuperatores* e *centumviri*) - esse procedimento perduraria inclusive durante o processo formular.

O *iudex* poderia ser um cidadão romano, escolhido para decidir determinadas causas, o tribunal dos *recuperatores* decidia controvérsias entre romanos e estrangeiros e o tribunal dos *centumviri* decidia questões relativas a sucessão hereditária.

Durante a realeza e desde o início da república, o Direito romano, como se viu, era mais constituído de *mores* do que de *leges*. Somente quando havia necessidade de solução rápida para os problemas que a evolução sócio-econômica suscitava é que estas últimas eram elaboradas. Ademais, entre estas duas formas de expressão do "jurídico" naquele período, não havia relação de supra/infraordenação. Ambas se encontravam num mesmo patamar hierárquico.

Havia, pois, íntima conexão entre a *interpretatio* e a formação consuetudinária do *ius civile romanorum*; os *mores* eram as formas qualificadas de expressão do Direito e a *interpretatio moribus receptur* era o mecanismo através do qual ele se produzia - foi graças a esta relação que ele pôde se desenvolver durante vários anos sem muitas intervenções de natureza legislativa.

Desde a segunda metade do século II a. C. e ao alvorecer da centúria seguinte, a *iurisprudentia* foi o grande instrumento através do qual foi possível compatibilizar o Direito quirítario com as novas exigências do tráfico jurídico. A arte da interpretação passou a ser exercida por pessoas que não pertenciam ao grupo fechado dos pontífices e diversificou-se de tal maneira que compreendia o assessoramento aos particulares acerca do melhor meio de tutelar seus direitos, a redação de fórmulas processuais e contratuais e a emissão de pareceres jurídicos (*responsa*).

A atuação dessa nova classe de intérpretes incidia sobretudo em casos práticos, concretos, do cotidiano da vida romana - em franca ebulição, sob todos os ângulos -, de maneira que iam aparecendo sucessivamente várias coleções de *responsa*, cada vez mais metódicas e ordenadas.

As Institutas de Gaio, ao lado dos fragmentos (*iura*) do Digesto que, apesar de datarem de uma época posterior, trazem ensinamentos dos grandes jurisconsultos: Ulpiano e Paulo - *libri ad Sabinum* e *libri ad Edictum* - além de Modestino, Papiniano, Pompônio e Juliano, constituem talvez o maior referencial para que se possa analisar a técnica interpretativa dos romanos nesse período.

Todos os juristas da época clássica eram conhecedores do fenômeno da *ius receptur moribus*, ou seja, a formação do *ius* através dos *mores* (não qualquer *mos*, mas somente aqueles já solidificados na convivência social). Ou seja: tinham plena consciência da formação republicana do *ius civile* pela *morbibus receptur*, a qual encontrou na atividade interpretativa um veículo de formação de novos institutos, desde que devidamente "recebidos" pelo costume (*mores*).

No entanto, considerando que quase todos viveram numa época muito posterior (por exemplo, Ulpiano nasceu no século III d. C. e Papiniano no século seguinte), encaravam o *ius moribus receptur* como momentos históricos e se dedicaram mais à teorização da *consuetudo*, em virtude do pensamento jurídico da época autoritária em que viveram.

Feitas essas considerações, colhe-se em Pompônio (Dig., 23, 2, 8), a seguinte afirmação:

*Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est.*²

Em Gaio, que no início de suas *Institutas*, definia o *populus romano* como aquele *qui legibus et moribus reguntur*, se pode colher exemplos de grande importância. Um deles se refere a *legis actio per pignorem capionem*, de natureza executiva a qual, antes de sua previsão expressa na Lei das XII Tábuas, já era utilizada com base em costumes militares (*Institutas*, 4, 26-28):

*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege. Introducta est moribus rei militaris(...) Lege autem introducta ets pignoris capio vel lege XII tabularum...*³

Veja-se, ainda, o seguinte fragmento de Gaio (*Institutas*, 3, 82):

*Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque pretoris edicto, sed eo iure, quos consensu receptum est, inductas sunt.*⁴

²O alforriado não pode tomar por esposa nem a mãe nem a irmã alforriadas, regra esta que foi introduzida pelo costume e não pela lei.

³A ação da lei *per pignoris capionem* exercia-se, em certos casos, por força dos costumes e em outros por previsão legal. Foi introduzida pelos costumes da vida militar (...). A *pignoris capio* foi introduzida pela Lei das XII Tábuas.

⁴Existem, pois, formas de sucessão de outros gêneros que não foram introduzidas nem pela Lei das XII tábuas, nem pelos editos dos pretores, mas por aquele Direito que foi recebido por força do consenso.

Atente-se, ainda nas lições de Gaio (*Institutas*, 1, 165), a importância que este jurista dispensava à interpretação, lembrando que a intrusão da tutela aos alforriados, maiores e impúberes, era considerada legítima, mesmo que não tenha sido contemplada na Lei das XII Tábuas; uma vez aceita (e sugerida) por obra dos juristas, porque recebida (= efetivamente vivida) na dinâmica concreta do Direito romano, foi considerada como verdadeira norma, "como se houvesse sido introduzida pelas palavras da lei".

Estes textos até aqui examinados demonstram que:

- o consenso do povo romano era o fundamento da formação do *ius civile*, por meio da *receptio moribus*;
- a *interpretatio* constituía o meio através do qual se operava, na prática, a recepção, formando com ela um processo normativo cujo resultado se encontrava no mesmo nível que aquele através do qual se elaboravam as *leges*;
- não bastava uma *interpretatio* ou proposta isolada, mas era necessário que ela estivesse consolidada, tal qual o instituto recebido, no *consensus omnium* do povo romano, isto é, em sua vida concreta.

A convivência normal entre *mores* e *leges* na época clássica do Direito romano implicava, ainda, uma outra consequência: a perda de vigência de um instituto *morbibus receptur* ou de uma disposição legal pelo *desuetudo*; basta conferir a lição de Gaio no fragmento 103, do livro 2, de suas *Institutas*, ao se referir ao fato de que haviam três tipos de testamento existentes naquela época, mas que dois deles (*calatis comitiis* e *in procinctu*) haviam caído em desuso, restando apenas utilizado justamente o terceiro, que possuía atos menos formais:

*... sed illa quidem duo genera testamentorum indesuetudinem abierunt; hoc verum solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est.*⁵

Uma particularidade, própria a esse período, deve ser ressaltada. Justamente o fato de que um só interpretação não tinha força, de *per se*, para eliminar de maneira imediata os institutos existentes, houvessem sido introduzidos por ela própria (*interpretatio moribus receptur*) ou por lei (*suffragio*). Somente após a verificação concreta do *desuetudo* é que se poderia falar em abrogação dos institutos em vigor.

⁵Mas o primeiro dos dois tipos de testamento caiu em desuso, de forma que restou em uso apenas aquele que se realiza com a liberdade de rito.

Daí porque, apenas as leis, porque também expressavam a vontade popular, exerciam um "aprimoramento qualitativo" ao introduzir modificações rápidas no direito vigente, essencialmente permeado pela tradição e pelos costumes. Esse quadro iria mudar apenas a partir da concentração política e unificação jurídica que se iniciou com o principado.

O ano de 367 d. C. seria marcado também por uma estratégia dos patrícios para impedir que à esfera jurisdicional pudesse ter acesso um representante da plebe, mediante a criação de um novo magistrado junto aos cônsules: o *praetor, collega minor* dos cônsules.⁶

No entanto, esta nova classe de magistrados estava destinada, com o passar dos tempos, a exercer uma das maiores influências no desenvolvimento do Direito romano. Criado inicialmente o *praetor urbanus* (367 a. C.) e, posteriormente o *praetor peregrinus* (242 a. C.), a eles foram outorgadas diversas atribuições - dentre elas a *iurisdictio* que, embora pudesse ser exercida extraordinariamente em determinadas matérias pelos cônsules, pouco a pouco ficou centralizada nas mãos daqueles primeiros. Cícero, a propósito, se referia ao pretor como aquele que *iuris civilis custos est* (*De legibus*, liv. III, 3, parágr. 8).

A atividade desenvolvida pelos pretores através do *jus edicendi* (Cf. Papiniano, D. 1.1.7.), principalmente durante a fase do processo formular, daria origem ao *ius honorarium*. Superadas as rígidas formas das *leges actiones*, estes magistrados passaram a gozar de uma considerável margem de discricionariedade para a solução dos casos concretos que lhes eram propostos, o que lhes permitia conceder ou negar a proteção processual suplicada, mesmo que os fundamentos jurídicos não estivessem expressamente previstos no *ius civile*.

Os editos, destinados a demonstrar no início de cada judicatura algo parecido com um "programa" da gestão que o pretor iria desenvolver, posteriormente passaram a compilar as fórmulas dos interditos e das estipulações pretorianas e, mais tarde ainda, as próprias *actiones* e providências processuais criadas pelo pretor para a tutela dos direitos. Justamente por isso, Papiniano (Dig., 1, 1, 7) afirmou que o *ius praetorium* é aquele que os pretores haviam introduzido no *ius civile*, completando-o, substituindo-o ou corrigindo-o, em razão da utilidade pública.

Esses fatores (introdução do processo formular e maior liberdade de atuação dos pretores), conjugados com a atividade dos juriconsultos (por esta época já bastante difundida, sistematizada e ordenada) representariam a época de ouro da criatividade do gênio romano.

No entenato, deve ser feita uma advertência. No período anterior à instituição da magistratura pretoriana, a jurisprudência romana contribuiu

para o desenvolvimento do *ius civile* mediante a *interpretatio* do *ius* existente, isto é, do direito consuetudinário: os juriconsultos, na solução dos casos práticos que se lhes apresentavam e para a satisfação das exigências do comércio jurídico, propunham, por vezes, novos institutos ou novas formas de resolução dos problemas os quais, se compatíveis com os *mores*, passavam a fazer parte do *ius*.

É de se lembrar, ainda, que Roma se encontra na segunda metade do século II a. C., época em que as estruturas campestres haviam sido totalmente superadas por uma sociedade altamente comercial e em contínua expansão. Não era de se estranhar, portanto, que as rápidas transformações sociais demandassem soluções mais rápidas para as demandas que esta expansão colocava e o antigo mecanismo da interpretação dos costumes não mais se demonstrava hábil a supri-las de imediato.

A solução mais eficaz para tais problemas operou-se com o surgimento do *ius honorarium*, vez que as exigências da expansão social e comercial passaram a ser supridas pelos próprios pretores, através da concessão de tutelas e "remédios" processuais, muitas vezes não previstos ou contemplados pelo *ius civile* - as *leges*, ainda nesse período, exerciam a mesma função suplementar, isto é, quando não se pudesse esperar pela formação consuetudinária da solução jurídica concreta e se submetiam ao mesmo e multifásico "processo legislativo" em vigor.

Conseqüentemente, os juriconsultos não mais exerceriam sua atividade somente com referência aos costumes sedimentados, mas também e de forma quase exclusiva, com relação ao *ius honorarium* já formado, cuja importância e autoridade foi sucessivamente crescendo em proporção direta com o seu desenvolvimento - basta recordar a notícia de Papiniano (Dig., 1,1, 7).

O crescimento do *ius honorarium*, muito antes de sua petrificação na época de Adriano em virtude do "Edito Perpétuo" elaborado por Sálvio Juliano (130 d. C.), ao mesmo tempo em que proporcionou um considerável avanço no *ius civile* romano, acarretou uma modificação na sua estrutura ao abalar as relações costume/lei.

Com efeito, os editos, graças à consolidação da autoridade dos pretores, passaram a assumir cada vez mais uma certa rigidez diante da interpretação dos juriconsultos, gerando uma espécie de "codificação" do *ius honorarium*. Tal fato restringiu sensivelmente o âmbito de formação consuetudinária do Direito, de forma que a interpretação dos costumes foi progressivamente sendo substituída pela interpretação do direito pretoriano. Mesmo assim, não se havia perdido ainda o caráter casuístico na formação do Direito.

⁶Apenas a partir do ano de 337 a. C., é que os plebeus passariam a ter chances de assumir o cargo de *praetor*.

⁷Da forma pela qual o poder se encontrava concentrado, ele própria poderia interpretar o Direito. No

II) A INTERPRETAÇÃO NO PERÍODO DO PRINCIPADO (AS REFORMAS DE OTÁVIO E ADRIANO).

Na época do principado, a partir da ascensão de Otávio ao poder (27 a. C.), não só o processo civil, mas todo o Direito público romano sofreu profundas alterações. O novo *princeps* era titular de um plexo de poderes (*imperium proconsule, tribunalia potestas*, dentre outros) os quais, em si considerados, não se diferenciavam daqueles até então exercidos pelos *magistratus publici* mas que, concentrados em sua pessoa, o elevavam a uma posição de máxima superioridade, representavam *um poder de fato* que o colocava acima do próprio sistema político romano: não mais se tratava de *potestas* ou de *imperium*, mas de *auctoritas* (Cruz e Tucci, 1987:25).

Os comícios e o senado foram perdendo gradativamente a importância que detinham no período republicano, passando todo o poder a se concentrar nas mãos do imperador. Tal circunstância deu início a um processo de centralização política e unificação de todo o Direito romano. De fato, estando já todo o poder em torno do *princeps*, a decisão soberana e incontestável acerca do que era ou deveria ser "jurídico" também lhe competia, pois era titular de todos os poderes que lhe haviam sido concedidos pelo Senado, em nome do povo romano. Esta frase de Ulpiano, embora pronunciada ao tempo dos Severos, retrata bem o quadro político de todo o principado:

Quod princeps placuit, legis habet vigorem; uptate quum lege regia, quae de Imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestas contulit.

Dig., I, 4, 1, libro primo institutionum.

Naquela época, não se podia detectar funções legislativas específicas atribuídas ao *princeps*. Estas se verificavam na ordem concreta, através da eficácia e autoridade de um conjunto de atos por ele praticados no exercício do governo do império, sob a denominação de *constitutio princeps* (*edicta, rescripta e decreta*).

No âmbito processual, Otávio, através da *lex Julia privatorum* (17 a. C.), consolidou em definitivo o processo formular em substituição ao das *leges actiones*. Tratava-se, agora, de diminuir o máximo possível os poderes do pretor através da minudente regulamentação legal do processo civil: o *iudicare* não mais estava na órbita de sua discricionariedade, nem mesmo para a resolução de questões não contempladas pelo *ius civile*.

Por outro lado, a ingerência de Otávio ou de seus delegados nas questões jurisdicionais com a introdução da *cognitio extraordinaria*, unificou o procedimento - até então bipartido -, desde o início até final solução, em torno de um único centro de autoridade.

Através dos *decreta* (= sentenças), o imperador decidia, com base na *cognitio extra ordinem*, os litígios levados diretamente ao seu conhecimento em única e última instância ou através da *appellatio*. Estas decisões, que traziam em si a *auctoritas* imperial, eram dotadas de eficácia vinculante e constituíam precedentes para os casos futuros e semelhantes.

A decisão judicial, portanto, deixou de ser um ato proveniente de um particular ou mesmo uma proteção processual outorgada pelo pretor e passou a trazer em si toda a "autoridade estatal", constituindo um comando vinculante, com eficácia própria e inquestionável, vez que, mesmo quando exercida por delegação, emanava da autoridade juris-dicente: *ex auctoritas princeps*.

Nas palavras de Cruz e Tucci (1987:31), "no sistema da *extraordinaria cognitio*, o magistrado-*iudex* intervinha não como autônomo titular de uma atividade jurisdicional destacada do poder político, mas sim como imediata emanação deste, atuando como delegado da autoridade que se postava ao vértice do governo imperial", de tal maneira que o titular da supremacia política, com o objetivo de impor sua vontade aos cidadãos, delegava poderes a certos magistrados, mas não se privava do seu poder soberano que, por sua própria natureza, era indelegável.

Quando Adriano subiu ao poder, empreendeu reformas políticas que deram um grande passo para uma consolidação e centralização sem precedentes do poder imperial. Por volta de 130 d. C., determinou que se fizesse uma formulação definitiva dos editos dos pretores. A tarefa ficou a cargo de Sálvio Juliano e, a partir daquele momento, o "Edito Perpétuo" foi sucessivamente publicado pelos pretores sem qualquer modificação, exceto aquelas que fossem introduzidas pessoalmente pelo príncipe. A partir de então, a clássica atividade jurisdicional dos pretores tenderia a desaparecer paralelamente à evolução do principado e à afirmação do autoritarismo imperial do dominato.

Naquela época, constituíam formas de expressão do Direito o *moribus receptum*, a *lex*, a *constitutio princeps*, o *senatus consultum*, e o *ius honorarium* (cf. Gaio, Instituições, 1, 1-7). Adriano, no entanto, fiel aos seus propósitos de absoluta concentração do poder político, começa a editar um grande número de *constitutiones*, ao contrário dos que lhe precederam.

O senado, a seu turno, se transformou num órgão meramente consultivo. O próprio processo legislativo se tornou obsoleto, haja vista que sem a participação do imperador este não se perfeccionava. Por outro lado, cuidou para que o *ius honorarium* se petrificasse, como se viu, através da criação do "Edito Perpétuo".

No campo da *iurisprudencia*, no entanto, é que sua intervenção foi mais intensa. Com a criação do instrumento simbólico denominado *ius respondendi ex auctoritate princeps*, conseguiu, ao mesmo tempo, ter em suas mãos o controle da interpretação de todo o Direito⁷ e enfraquecer sua formação consuetudinária, a maior expressão do período republicano.

⁷entanto, talvez para disfarçar o claro autoritarismo, concedeu o *ius respondendi*. Em Diocleciano e Constantino, como será visto, esta faculdade seria suprimida.

⁸As *responsa prudentium* constituem os pareceres e as opiniões de todos aqueles aos quais foi permitido

Por essa época, as *sententiae* dos jurisconsultos aos quais o imperador havia outorgado o *ius respondendi* possuíam valor de lei (afinal, a estes juristas era permitido *iura condere*). Havendo entre eles um consenso acerca da solução para uma determinada questão concreta, os juizes deviam seguir tal orientação; na falta desse acordo (*ius controversum*) podiam escolher entre as várias opiniões - na verdade, tudo girava em torno do *princeps*, haja vista que os meios processuais, como visto, permitiam aos romanos dirigir-se diretamente a ele ou interpor a *apellatio*. Gaio, em suas Instituições (1, 7), relata:

*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sententium, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*⁸

Estas reformas introduzidas produziram algumas conseqüências: a) a separação entre a interpretação e a formação consuetudinária do Direito; b) a exclusão de toda e qualquer interpretação, exceto aquela devidamente autorizada pelo *ius respondendi*, do processo de formação do Direito; c) a consideração dos *mores* como algo subordinado às leis.

Isso não significa que os anteriores processos de formação do Direito não unificados e centralizados na *auctoritas* estivessem alijados da ordem jurídica do principado. Eles foram, em verdade, submetidos a um nível inferior ao da *lex* ou, o que era o mesmo, *quod princeps placuit...*

III) A INTERPRETAÇÃO NO PERÍODO DO DOMINATO (AS REFORMAS DE DIOCLECIANO E CONSTANTINO). A ERA BIZANTINA: JUSTINIANO E AS COMPILAÇÕES.

O *ius respondendi* perdurou durante toda a época clássica do Direito romano. No final do ano de 284 d. C., o exército romano, após a crise que abateu o período final do principado, aclamou como imperador o general C. Valério Diocle, que se denominou C. Aurelius Valerius Dioclecianus e se tornou o senhor absoluto de todo o império - iniciava-se o dominato e a era pós-clássica do Direito romano.

criar Direito (*ius condere*). Se os seus pareceres convergem para uma mesma solução, entende-se que estas opiniões possuem o vigor das leis; ao contrário, se os pareceres são divergentes, ao juiz é lícito optar pela opinião que mais lhe aprouver; isso foi estabelecido por um *rescripto* de Adriano.

⁸Decidimos atribuir à compilação que vamos empreender com a ajuda de Deus os nomes de Digesto ou

Mais uma vez, foram empreendidas substanciais reformas, tanto na ordem política, como na jurídica. Da mesma forma como ocorrera no principado, Diocleciano consolidou a centralização política e a unificação do Direito em suas mãos como forma de manter a unidade imperial. Tornou-se senhor absoluto de todo o império e hipertrofiou, mais ainda, a conotação mística, afirmando-se como a verdadeira encarnação da mais poderosa divindade romana: Júpiter.

No ano de 305 d. C., Diocleciano abdica do trono. Muitas lutas internas pelo poder causadas pela artificialidade do regime tetrárquico por ele instituído puseram em xeque a unidade imperial. A reconstrução seria feita por Constantino, aclamado imperador no ano seguinte.

Em Constantino, foram realizados o reconhecimento do Cristianismo como religião oficial do império (311 d. C, por meio do Edito de Milão) e a reconstrução de Bizâncio (330 d. C.), rebatizada Constantinopla, a residência oficial do imperador.

A partir de Diocleciano e Constantino o *ius respondendi* foi extinto, em virtude da centralização imperial (embora um tanto confusa) do poder de criar e interpretar o Direito. No entanto, isso não significou, por razões óbvias, que os juristas tenham desaparecido; a sua atividade - meramente consultiva, diga-se de passagem - era exercida nos estreitos limites que a burocracia do dominato lhes permitia.

Assim, as bases doutrinárias edificadas pela *iurisprudentia* não foram totalmente ignoradas. Constantino reconheceu o seu valor teórico, retirou-lhes a força de lei e as reuniu em textos escritos (*iura*) - na verdade, constituíam vetores interpretativos que deveriam passar pelo "filtro" imperial antes de sua utilização (cf. Código Teodosiano, 1, 4, 2, e 1, 4, 3, prescrições posteriormente retomadas no Breviário de Alarico).

Dito de outro modo: se ao imperador era reservado o poder de criar e de interpretar o Direito, todas as precedentes formas de expressão do jurídico estavam reduzidas a um nível inferior e não vinculante.

O período de Constantino foi uma transição para a era das compilações sistemáticas e ordenadas: o período bizantino. Em Justiniano se consolida o princípio segundo o qual compete apenas ao imperador a criação e a interpretação do Direito, fundamentado nas sucessivas "transmissões históricas" do poder de que Otávio se apropriou no alvorecer do principado (cf. *Constit. Deo Actore*, frag. 7).

Até esse momento, Justiniano dava continuidade à tradição que havia se sedimentado ao longo de todo o período que lhe precedeu. A novidade por ele introduzida foi o seu próprio conceito acerca da interpretação que lhe era reservada: esta possuía um valor geral pelo só fato de emanar do imperador, mesmo que fosse emitida para um caso singular.

Note-se que este âmbito de "generalidade" constituía um *plus* em relação à força dos precedentes anteriores. De fato, a produção de normas jurídicas na época precedente se encontrava difusa - e mesmo imprecisa - entre os príncipes e os jurisconsultos contemplados (e assim controlados) com o *ius condere*.

A isso, acrescenta-se o reconhecimento oficial de que podiam haver interpretações divergentes - e portanto normas distintas (*ius controversum*) - para um mesmo caso concreto - às quais era permitido aos juízes escolher qualquer uma delas. Foi precisamente esse estado de incerteza jurídica que Justiniano pretendeu eliminar.

Em primeiro lugar, centralizou em sua pessoa toda e qualquer produção e interpretação do Direito (... *ex auctoritate Augusta manifestatur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari...* - Const. Tanta (Dedwcer), frag. 21). Paralelamente, sua compilação deveria fornecer respostas para todas as questões possíveis, presentes e futuras, e aos juízes era permitido apenas utilizá-las e considerá-las em sua literalidade; o que ultrapassasse esse limite, inclusive no que se referia a dúvidas ou incertezas sobre o sentido e o alcance das prescrições compiladas, estava na esfera do poder imperial.

Veja-se, a propósito, o fragmento 12 da Constituição Imperial *Deo auctore*:

*Nostram autem consummationem, quae a nobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicit codicis compendium confundere. quoadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretatum sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum subtilitatem quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretationen eorum vitio oriundo.*⁹

A intenção de Justiniano, portanto, era clara: os juízes, na solução dos casos concretos, não poderiam fazer nada mais do que a mera aplicação literal de todas as normas já pré-dispostas no Direito em vigor - fosse aquele emanado diretamente do imperador ou o que estivesse contido nas compilações.

Pandectas, proibindo que no futuro todos os juristas possam comentá-la, para evitar que, com sua retórica confundam a síntese realizada, tal como assim o era nos tempos antigos, quando todo o Direito foi praticamente desorganizado pelas opiniões contrastantes dos intérpretes; assim, será suficiente fornecer advertências mediante sumários e especificações dos títulos, para que a atividade interpretativa dos juristas não gere incertezas [não contenha vícios, literalmente].

⁹Os costumes constantes devem ser observados como se fossem o Direito produzido pelas leis, apenas nas

Por essa época, a criação do Direito pela *receptio moribus* era um fenômeno considerado meramente histórico. No entanto, reconhecia-se na *consuetudo* (note-se inclusive a mudança na denominação) uma prática social - algo que se desenrolava na esfera dos fatos - não vinculante, mas com tendência a ser considerado pelo Direito - isto é, não formava Direito, mas por referir-se a ele podia ser sancionado como legítimo, desde que subordinado à *lex imperial* e não contrariasse a ordem pública (para usar um termo atual).

Operou-se, aqui, uma mudança na consideração dos costumes. Aquilo que, anteriormente, era a expressão da soberania popular dos cidadãos romanos, que formava o *ius civile romanorum* (fosse pelo *suffragio* assemblear ou pela mera *rebus ipsis et factis*), agora era subordinado ao poder unificado do *ius imperial*, e não podia sequer contrapor-se a ele (*contra legem*), como ocorria nas relações entre o antigo Direito positivo e a *desuetudo*.

Com efeito, desde a expansão do império e do século III, Roma dispunha do direito oficial e de várias ordens jurídicas locais. Com a concessão da cidadania a todos aqueles que estivessem sob o jugo do império (212 d. C., pelo Edito de Caracala), eliminava-se a distinção entre cidadãos romanos e súditos e se caminhava para uma unificação completa do Direito imperial, à míngua da possibilidade de opção entre o *ius romanum* e o *ius proprium*.

O problema, então, era achar uma forma de impor o Direito romano a todos os povos dominados, agora cidadãos, mas ao mesmo tempo não se podia ignorar o que se denominava *diuturna consuetudo*. Daí porque esta foi considerada inicialmente como "fonte" subsidiária do Direito oficial (*praeter legem*), considerada apenas na solução das questões locais que surgiam nas províncias do império. Atente-se, aqui, para os escritos de Ulpiano:

*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari sole (Dig., 1,3, 33, De officio proconsulis).*¹⁰

*Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit (Dig., 1,3, 34, De officio proconsulis).*¹¹

matérias em que inexistem normas escritas.

¹⁰Quando alguém se baseia num costume (*consuetudine*) de uma cidade ou província, deve primeiramente confirmar se ele foi objeto de alguma demanda judicial em que houve a participação dos litigantes (... *arbitror, an etiam contradicto...*)

¹¹(Antonino e Vero Augusto) Decretaram, da mesma maneira, que as condições impostas para as doações

O início da era pós-clássica, portanto, conheceu uma equiparação intencional entre o *ius moribus receptur* - já praticamente eliminado pelo *ius respondendi* - e a *consuetudo*. Para que estes "fatos sociais duradouros" pudessem ser considerados ou reconhecidos pelo Direito imperial como de natureza supletiva, era necessário que fossem razoáveis (isto é, não contrariassem a *ratio* do Direito romano oficial, obviamente segundo o juízo do imperador), a ordem pública (*causa et utilitates publicae*) e, principalmente, ocorressem *secundum legis*.

Nesse sentido, assim escreveu Papiniano (Dig., 50, 12, 13):

[*Imperatores Antoninus et Verus Augusti*] Item rescripserunt condiciones donationibus adpositas, quae in rem publicam fiunt, ita demum ratas est, si utilitatis publicae interest. quod si damnosae sunt, observare non debet (...). esse enim tolerabilia quae vetus consuetudo comprobant.¹²

No entanto, não era possível que, na época de Justiniano, agora único *dominus* do império, o costume tivesse uma "força jurídica" equiparada ou supletiva com respeito ao Direito que ele mesmo produzia. De fato, único titular da soberania, a ele competia criar de forma autônoma o Direito e dispor, da maneira como lhe parecesse melhor, acerca da sua aplicação prática.

Daí porque Justiniano nunca poderia reconhecer à *consuetudo* uma força produtiva ou supletiva do Direito - seria o mesmo que voltar a reconhecer a soberania do *populus* (desaparecida desde o principado) ou mesmo negar os seus propósitos de centralização da *interpretatio* em sua pessoa.

Assim, todo e qualquer costume existente foi "incorporado" às suas compilações como notícia histórica e foi aceito somente na medida em que tivesse se formado *secundum legis*. Por outro lado, este costume jamais poderia ser *contra legem*, nem muito menos *praeter legem* - já que, como se viu, a função interpretativa e supletiva pertencia ao próprio imperador.

No entanto, Justiniano queria mais. Pretendia "congelar" o passado em todas as suas compilações e produzir um sistema ao mesmo tempo autônomo e autosuficiente para o presente e todas as gerações futuras (aqui, a pretensão da *certezza del Diritto*, parafraseando López de Oñate), sem quaisquer contradições ou obscuridades para a soluções de quaisquer litígios ou exigências sociais. Com a "codificação" tentou resolver o primeiro problema e avocou para si a tarefa de disciplinar o segundo.

Com se viu, estavam concentrados na pessoa do imperador os poderes de produzir e interpretar o Direito. Os juízes eram, para antecipar

feitas para a *res publica* (O Estado) só possuem valor se corresponderem à utilidade pública; se, ao contrário, forem danosas, não podem ser observadas (...). São, de fato, toleráveis as coisas confirmadas por um antigo costume.

¹²Venerai e observai estas leis, relegando ao esquecimento todas as anteriores e nenhum de vós fará

uma frase de Montesquieu, "a boca que pronuncia as palavras da lei", cuja atividade estava limitada à mera aplicação (séculos depois se denominaria "subsunção") de todo o direito posto pelo imperador-legislador. As dúvidas ou obscuridades deviam por ele próprio ser solucionadas.

O fragmento 19 da Const. Tanta (Dedwccen) confirma essa assertiva:

... hasce itaque leges et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia ome quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus.¹³

Assim, por detrás da proclamada "certeza do Direito", Justiniano perseguia três objetivos: a) afirmar o seu poder soberano e eliminar a grande variedade de interpretações que existiam na época do principado, b) diminuir ao máximo os litígios e c) impor aos juízes uma decisão rápida, pela literal aplicação do Direito em vigor.

Contudo, havia um outro desiderato maior: a *uniformização da interpretação* (e, conseqüentemente, a dos próprios julgados, pela eliminação das decisões contrastantes baseadas num mesmo fundamento jurídico) como forma de propiciar a *igualdade de todo o povo romano perante o Direito* - despoticamente, pretendeu conseguir aquilo que na modernidade se denomina igualdade na formulação do Direito e em sua aplicação.

Retirando dos juízes o poder de emitir juízos de valor na aplicação do Direito vigente (uma vez que o produzir e o interpretar não estava na esfera de suas atribuições), Justiniano buscou, a uma só vez, tornar certo todo o Direito além de quase matemática toda a sua aplicação (Leibniz retomaria essa idéia através das deduções *more geometrico demonstratae*). De fato, suas compilações jamais precisavam de um elemento externo - que não fosse ele próprio - para serem aplicadas. Assim postas as coisas, buscou empreender uma boa política governamental através da paridade de todos num mesmo patamar (embora inferior ao soberano). Essa era a pedra angular de todo o seu sistema político-jurídico.

Com o passar do tempo, o projeto centralizador de Justiniano começou a desmoronar em virtude das falhas que se encontravam em seus próprios postulados: *garantir a certeza do Direito apenas no plano abstrato das prescrições normativas* (e aqui mais coincidências com a modernidade). Ao pretender dotar de praticidade o momento aplicativo, encontrou, justamente na prática, o seu maior obstáculo.

comparação entre elas nem buscará as discrepâncias entre elas existentes, vez que é a nossa vontade que se aplica exclusivamente e que foi posta nesta obra.

¹³Tendo em vista que alguns juízes, depois que a contenda judiciária é bastante prolongada e as partes

Justiniano desconheceu, por levar em conta somente o aspecto formal do problema, que a relação norma/realidade fática implica inexoravelmente uma nova reinterpretação daquela primeira. Mais ainda: esta circunstância se aplica também para sua própria atividade, vez que a "odiosa" reinterpretação dos juízes foi apenas substituída pela sua própria. Dito de outro modo: o substituir vários centros de decisão por um só não implicou o afastamento da inevitável reinterpretação das normas jurídicas, *vez que ela - sempre - se constitui num objeto de juízos de valor na sua formulação e na sua aplicação*. Se, no plano abstrato, essa coisa parece fácil, a realidade demonstra algo diverso, pois uma característica essencial das normas jurídicas o fato de comportarem várias interpretações.

Além dos problemas práticos que a centralização justiniãnea acarretou - até mesmo o atraso na solução das contendas, pela demora na decisão acerca das dúvidas que lhe eram submetidas -, o seu maior defeito foi *tentar impor uma conformação autoritária da dinâmica social* e a ilusão de que, sozinho, poderia resolver os problemas jurídico-sociais de sua geração e de todas as futuras. O progresso não se faz por um só homem; obra cultural, ele pede, ele precisa da sociedade, com todas as suas virtudes e todos os seus defeitos - estes, também, aportam sua contribuição, já que toda síntese conserva algo daquilo que superou, no sentido da *Aufhebung* hegeliana.

No entanto, não tardaria para que Justiniano se apercebesse dos defeitos de sua própria construção. No ano de 543 d. C., decidiu editar a *Novela n. 125*:

Quoniam quidam iudicantium post multa litis certamina et plurimam litigantibus facta dispendia ad negotiis apud eos motis suggestionibus utuntur ad nostram tranquillitatem, praesenti generali lege haec perspeximus emendare, ne dilationes negotiis ex hoc fiant et aliud rursus principium examinationes accipiant.

*Iubemus igitur nullum iudicantium quolibet modo vel tempore pro causis apud se propositis muniti ad nostram tranquillitatem, sed examinare perfecte causam et quod eis iustum legitimumque videtur decernere.*¹⁴

Justiniano aprendeu a lição que sua própria época lhe ensinou. Avisados, há muito tempo por Vico, acerca dos *corsi e ricorsi* da História,

tiveram muitas despesas nos processos que promoveram, recorreram por sugestão à nossa sapiência, determinamos que, com a presente lei geral que se corrija este estado de coisas, a fim de que não mais existam reenvio [para o imperador] e a decisão [das causas] não deva remeçar de novo desde o início.

Determinamos, pois, que todos os juízes não submetam, de maneira alguma e em nenhum momento, à nossa sapiência, as causas que lhes sejam propostas e nelas decidam da maneira como lhes parecer justo e legítimo [segundo o Direito em vigor, obviamente].

talvez fosse hora de, humildes, examinarmos mais a fundo o nosso próprio passado e, daí, quem sabe, poder melhor compreender o presente e tornar o mais humano o nosso futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino (1955). *Curso de Derecho Romano*, Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 620p.
- BURDESE (1972). *Manual de Derecho Público Romano*, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 397p.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (1987). *Jurisdição e Poder - Contribuição para a História dos Recursos Cíveis*, São Paulo: Editora Saraiva, 223p.
- GALLO, Filippo (1983). *Interpretazione e Formazione Consuetudinaria del Diritto* - Lezioni di Diritto Romano, Torino: G. Giappichelli Editore, 375p.
- GIOFFREDI, Carlo (1947). *Contributi allo Studio del Processo Civile Romano - Note Critiche e Spunti Ricostruttivi*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 94p.
- MOMMSEN, Theodor & KRÜGER, Paul - org. (1954). *Corpus Iuris Civiles*, Volume I, Décima Sexta Edição, Berlim: Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 957p.
- MOMMSEN, Theodor (1973). *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, tradução de Pietro Bonfante, Milano: CELUC, 440p.
- NICOSIA, Giovanni (1986). *Il Processo Privato Romano*, Vol. I - Le Origini, Torino: G. Giappichelli Editore, 187p.

A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

ADRIANA DO VALE FARIAS SALDANHA
Advogada. Especialista em Direito Processual Civil.

1. INTRODUÇÃO

O tema posto à análise é de relevância inegável para a compreensão da constitucionalidade da adoção do instituto da arbitragem no Brasil. Ressalta ainda mais esta relevância a recente edição da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1966 (Lei da Arbitragem).

A questão é enfrentada a seguir sob o pálio de 05 (cinco) itens fundamentais, a saber: supremacia constitucional; princípios constitucionais processuais; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; conceito e características da arbitragem; conclusões acerca da constitucionalidade do instituto da arbitragem.

O cerne da problemática sob comento pode ser resumido no ajustamento entre o princípio constitucional processual da inafastabilidade do controle jurisdicional, dito também princípio do direito de ação, em face do qual não se admite qualquer disposição normativa que obstaculize o uso da jurisdição estatal, e o instituto da arbitragem, enquanto modalidade de composição de controvérsias.

Cumprir destacar que as conclusões alcançadas decorrem de pesquisa doutrinária. Deixa-se de considerar o tema à luz das construções jurisprudenciais, considerando-se que, por se tratar de assunto novo, não mereceu as ricas e elucidativas manifestações dos órgãos jurisdicionais.

2. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

No vértice do ordenamento jurídico brasileiro encontra-se, ocupando a posição máxima, a Constituição Federal. Esta confere validade, dada sua condição hierárquica superior, a todo o sistema jurídico nacional, regulando-o, estabelecendo a repartição do poder, estruturando e organizando os órgãos estatais, ditando, enfim, todos os comandos imprescindíveis à estruturação jurídica do Estado enquanto tal.

Dizer que a Constituição Brasileira é dotada de supremacia é afirmar que ela responde pela unidade e coerência do sistema jurídico nacional. É que dela todas as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade.

Nas constituições rígidas, tal qual a nossa, é que melhor se pode constatar a superioridade da norma constitucional. A rigidez consiste justamente no maior grau de dificuldade imposto para a efetivação de alterações no texto constitucional. Estas exigem todo um processo de reforma mais complexo e solene, comparativamente àquele utilizado para a modificação das demais normas que integram o ordenamento.

É valiosa a lição de MBIRELLES TEIXEIRA acerca da supremacia constitucional:

*Ela é o ponto de referência máximo, orientador de toda a atividade estatal; nela vão buscar seu fundamento último todos os direitos, garantias e instituições; ela é a fonte, a matriz de todos os ramos do Direito, servindo também de limite a toda atividade normativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que, destarte, autolimita-se, isto é, estabelece limites a sua própria atividade, através da Constituição rígida.*¹

Detém a Lei Maior o fundamento basilar de toda autoridade, cabendo-lhe, com exclusividade, a determinação dos poderes e as competências governamentais. A Constituição Brasileira é, pois, fonte de todos os poderes constituídos do Estado, é a materialização da soberania nacional.

A soberania constitucional invoca o respeito e obediência a todos os preceitos que dela emanam. Assim, toda e qualquer norma que se encontre em posição hierarquicamente inferior na pirâmide do ordenamento estatal só será válida se estiver em conformidade com a *Lex Magna*. Daí dizer-se inconstitucional, passível portanto de ser banida do sistema jurídico nacional, qualquer norma que contrarie formal ou materialmente os ditames da Carta Política.

Decorre da supremacia constitucional o controle de constitucionalidade das normas, como bem explica MARIA HELENA DINIZ:

O controle da constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a idéia da supremacia constitucional, pois, na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto

*constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade.*²

Na condição de norma da qual as demais se originam, justifica-se a supremacia constitucional para que seja mantida a estabilidade social, partindo-se, de tal modo, do pressuposto de que em virtude da legitimação dos preceitos que provém da Lei Maior se deve a sua imutabilidade relativa.

Exige-se, assim, o reconhecimento da supremacia constitucional pelos seus destinatários, quais sejam, os três poderes constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Apesar da imutabilidade relativa dos preceitos da Carta Política, sempre que necessário deverá nela se operar modificação, de acordo com os requisitos formais estabelecidos, para que se compatibilize o seu texto com a dinâmica social, preservando-se, assim, a sua legitimidade.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A Constituição, pela própria posição superior que ocupa, contém regras e princípios. Cumpre, primeiramente, antes de se adentrar nos ditos princípios processuais constitucionais, comentar, ainda que sucintamente, acerca do que vem a ser um princípio jurídico, questão sob a qual inexistente consenso doutrinário.

Nas diversas posturas doutrinárias analisadas acerca da concepção de princípio, este sempre se destaca como de enorme relevância no sistema jurídico na qualidade de postulado universal que se sobressai dentre os demais, por constituir a própria estrutura deste sistema. Eis porque é corrente em doutrina se afirmar que violar uma norma é infinitamente menos danoso ao sistema que violar um princípio.

Os princípios são os pilares de sustentação do arquétipo normativo. Isto porque não se vinculam a fatos específicos, apenas fixam uma prescrição genérica e abstrata. Assim, enquanto as normas prescrevem condutas os princípios prescrevem a própria conduta de fazer a norma.

Conclua-se com a lição do eminente jusfilósofo JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *verbis*:

*... é o princípio que iluminará a inteligência da simples norma; que esclarecerá o conteúdo e os limites da eficácia da normas constitucionais esparsas, as quais têm que harmonizar-se com ele.*³

¹ TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 116/117.

² DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

³ *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Educ, 1975, p.13/14.

Aos limites do presente trabalho, importa considerar os ditos princípios constitucionais processuais. Estes são os vetores interpretativos de direito processual que se encontram insculpidos na Constituição Federal.

Não se confunda com os chamados princípios processuais constitucionais que, diversamente, regulam o exercício da jurisdição constitucional.

São princípios constitucionais processuais vigentes: a) o devido processo legal (due process of law), postulado fundamental do processo (art. 5º, LIV); b) a isonomia (art. 5º, *caput*, I); c) o juiz natural (art. 5º, XXXVII); d) o contraditório (art. 5º, LV); e) a proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI); f) a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX); g) a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); e finalmente, h) a inafastabilidade do controle jurisdicional /do direito de ação (art. 5º, XXXV).

Este último princípio, por essencial à abordagem pretendida, será objeto de análise no item seguinte.

4. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL (ART. 5º, XXXV, CF)

Dispõe o art. 5º, XXXV da CF, expressamente: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Trata o presente princípio processual constitucional de imperativo destinado a todos, indistintamente, no sentido de que ninguém poderá ser privado de levar qualquer pretensão à apreciação do Poder Judiciário. Melhor dizendo: a orientação plasmada neste princípio é de que nenhuma norma poderá obstaculizar o direito de ação.

O direito de ação, sinônimo do princípio objeto da presente análise, encontra clara e elucidativa conceituação na lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA E OUTROS, *literis* :

*Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste - favorável ou desfavorável, justo ou injusto - e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta.*⁴

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p.227.

JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA complementa a compreensão do Direito de Ação, ao afirmar:

*... o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional.*⁵

O direito de ação é, pois, direito subjetivo assegurado a todos os cidadãos de exigir a prestação jurisdicional do Estado, ou seja, mediante o seu exercício fazer valer a pretensão posta em juízo.

A postulação da tutela jurisdicional destina-se ao resguardo preventivo ou a reparação das diversas modalidades de direito, sejam individuais, coletivos ou difusos.

O direito à prestação jurisdicional decorre da transferência ao Estado da função de dizer o direito para o caso concreto, vale dizer, da atividade de dirimir, definitivamente e formalmente, os litígios decorrentes dos conflitos de interesse.

5. ARBITRAGEM: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No decorrer da história da humanidade diversas foram as formas empregadas para a solução dos conflitos de interesses.

A atividade de resolução dos litígios partiu da mais primitiva, pautada exclusivamente na força física, portanto, meramente instintiva, denominada autodefesa, passando pela autocomposição, instrumento mais evoluído, no qual esta atividade já se verifica reflexiva e não mais meramente instintiva, caracterizada pela solidariedade social, culminando com a forma mais evoluída, denominada jurisdição, essência e instrumento de afirmação do Direito, advinda da instauração do Estado, melhor dizendo, razão de ser do próprio Estado, através do qual se instaura o processo.

No contexto da evolução histórica da solução dos conflitos a arbitragem surge, primeiramente, não como um instrumento de resolução das questões conflitantes, mas como uma aliada a integração de uma relação jurídica.

Como instituto jurídico, a arbitragem tem o seu marco inicial no processo romano, verificando-se presente em uma das duas etapas primitivas em que se desenvolvia o processo, precisamente a segunda, na qual o juiz era livremente escolhido pelas partes, apreciava o conflito e o dirimia, mediante decisão.

⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1986. 134 p.

Em diversos momentos históricos posteriores encontra-se presente a arbitragem, ocupando posição de destaque na solução dos litígios, como, por exemplo, na Idade Média, em virtude sobretudo do enriquecimento do Estado e dos conflitos existentes entre este e a Igreja, detentora, à época, de grande força política; na Revolução Francesa quando a arbitragem novamente assume posição destacada, sendo considerada o melhor instrumento de que dispunha o povo contra os abusos monárquicos, e ainda no século XIX em razão da Lei de Napoleão, e do processo de estatização da justiça, prevaleceu fortemente atrelada a diversos sistemas legislativos a compreensão da arbitragem com caráter jurisdicional, visão esta que foi se dirimindo ao longo do tempo.

Já nesse século renova-se o fascínio pela arbitragem na qualidade de instituto jurídico capaz de muito contribuir para a solução das questões conflituosas, haja vista a diversidade de tratados internacionais através dela firmados que ganham força e respeitabilidade nas diversas Nações.

Diversos conceitos são atribuídos a Arbitragem, merecendo destaque dentre eles, o de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR e o de WALTER BRASIL MUJALLI, que assim dispõem, respectivamente:

*A arbitragem é o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.*⁶

*A Arbitragem é uma convenção privada, celebrada entre duas ou mais pessoas, para solução de suas controvérsias, através de intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem os seus poderes dos seus convenientes, para com base nesta convenção, decidirem os seus conflitos, sem a intervenção do Estado, sendo que a decisão destinada às partes, tem a eficácia da sentença judicial.*⁷

É certo, pois, dizer que a arbitragem é forma de solução dos conflitos na qual as partes envolvidas convergem as suas vontades no intuito de eleger uma ou mais pessoas, terceiro(s), distinto(s) dos envolvidos, para

⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. In "Da Arbitragem e seu Conceito Categorical". Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 15, nº 98, 1988, p. 127-138.

⁷ MUJALLI, Walter Brasil. *A Nova Lei da Arbitragem*. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 52.

que aprecie(m) a demanda e profira(m) uma decisão, que previamente, se comprometem a aceitar e cumprir.

A intervenção do árbitro tem por escopo dirimir o conflito entre as partes so a égide das formalidades ditadas pela lei e pelo contrato. Dentro desta concepção, sua atuação no conflito não se trata de mera interferência apenas para integrar ou complementar uma situação jurídica.

Destaque-se, por oportuno, que no direito brasileiro, admite-se, exclusivamente, a arbitragem voluntária ou facultativa.

Dentre as principais características da arbitragem, destacam-se:

* a existência concreta ou a iminência de conflito entre dois ou mais indivíduos;

* a indicação de um sujeito para ocupar a posição de árbitro, necessariamente, distinto dos interessados;

* a resolução da demanda impõe-se aos interessados, desde que estes expressem prévia e espontaneamente o seu desejo de anuí-la, o que a tornará obrigatória, exatamente em virtude da vontade expressa das partes envolvidas.

6. CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM (LEI Nº 9.307/96)

Muito se questiona acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 face, sobretudo, ao art. 5º, inciso XXXV da CF que trata do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Entretanto, verifica-se, indubitavelmente, mais coerente o entendimento de que a nova lei não se contrapõe a qualquer princípio constitucional.

Analisando-se detidamente o papel do juízo arbitral observa-se que a sua situação não afasta do conhecimento do órgão judiciário as controvérsias jurídicas.

Destaca-se, primeiramente, que a solução de um conflito, quando realizada através da arbitragem, é fruto de opção consciente das partes envolvidas. Isto assim ocorre porque na busca da solução de um litígio, em se tratando, exclusivamente, de direitos disponíveis, têm os sujeitos envolvidos a faculdade de se fazerem valer, alternativamente, da tutela jurisdicional ou da tutela arbitral.

O princípio da autonomia da vontade é, pois, o pressuposto maior da validade e compatibilização da nova lei da arbitragem com os diversos princípios constitucionais processuais.

Urge salientar a própria natureza jurídica da arbitragem, no sentido de afirmar-se constitucional a recente Lei nº 9.307/96. Seguramente trata-se de jurisdição contenciosa cognitiva, ou seja, processual contenciosa cognitiva.

Na verdade a jurisdição arbitral é contenciosa, dada a existência de partes e a viabilidade do contraditório, muito embora, seja exercida por particulares. O juízo arbitral funciona como um substituto legítimo da jurisdição ordinária. Sua atividade representa o próprio exercício da jurisdição, compreendida esta numa perspectiva mais ampla, funcional e teleológica.

Pela nova lei (art. 31), a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo, condenatória, constitui título executivo (judicial). É, pois, de extrema relevância a inovação da dispensa de homologação pelo Judiciário para atribuir o caráter de executividade à decisão arbitral, reforçando, assim, ainda mais o fato de que na arbitragem é efetivo o exercício da jurisdição.

Deste modo, impõem-se concluir com o emérito processualista NELSON NERY JÚNIOR:

" O fato de as partes poderem constituir compromisso arbitral, não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto do compromisso arbitral, razão porque as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional."⁸

7. CONCLUSÕES

Em face de tudo quanto se considerou, conclui-se que:

- a) a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, donde sua característica de supremacia em relação às demais normas;
- b) os princípios constitucionais processuais norteiam a atividade legislativa ordinária exercida em matéria processual,

assegurando a observância necessária de garantias formais estabelecidas em benefício da jurisdição e dos jurisdicionados;

- c) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional traduz-se na garantia do direito de ação, vale dizer, no direito de provocar o Estado-juiz para o exercício da função de dizer o direito para o caso concreto (jurisdição);
- d) a arbitragem é a forma de solução de conflitos na qual as partes envolvidas convergem as suas vontades no intuito de eleger um terceiro, com a finalidade de apreciar a demanda e prolatar uma decisão, que, previamente, se comprometeram aceitar e cumprir;
- e) a Lei Federal nº 9.307/96, que regulou a arbitragem no país, compatibiliza-se com o princípio assecuratório da inafastabilidade do controle jurisdicional, vez que a arbitragem também se constitui em exteriorização do poder jurisdicional, tendo a sentença nela proferida autoridade de coisa julgada.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86.

" A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AMBIENTAL "

DENISE BARBOSA SOBREIRA

Procuradora do Município

SUMÁRIO

- I - MEIO AMBIENTE. CONCEITO E FUNDAMENTOS.
- II - AUTONOMIA MUNICIPAL E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AMBIENTAL.

I. MEIO AMBIENTE. CONCEITO E FUNDAMENTOS

O conceito jurídico de meio ambiente, referido na Lei Federal nº 6.938 / 81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, contido no seu art. 3º é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Referindo-se esta lei ao meio ambiente como conjunto de leis, são elas que, em princípio, exprimem o interesse público e que disciplinam o comportamento do homem no seu *habitat*. A lei ao ordenar o comportamento do homem está garantindo os seus direitos. As leis que disciplinam a proteção, defesa, conservação e recuperação do meio ambiente pretendem garantir o meio ambiente sadio, como um dos direitos assegurados ao homem.

O meio ambiente que se pretende assegurar é o meio ambiente sadio e o fundamento deste direito está esculpido primordialmente na Constituição Federal que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 C.F.), em leis infraconstitucionais, como a Lei Federal nº 6.983 / 81 que pretende garantir o direito ao meio ambiente de maneira sadia e na prevalência sempre do interesse público sobre o particular.

O meio ambiente é tratado pela Constituição, de maneira inédita, como um direito de todos, bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida.

Até o advento da nova Constituição Federal, o meio ambiente era garantido por disposições comuns e se caracterizavam pela tutela da segurança ou higiene do trabalho, por proteção de alguns aspectos sanitários ou por cuidarem de algumas atividades industriais insalubres ou perigosas. A feição publicista dada ao meio ambiente veio com a adoção pela Carta Magna da moderna concepção social do Estado e dos direitos do cidadão frente a sua função essencialmente social, podendo, com base nessa nova visão constitucional do Estado, haver limitações a determinados direitos fundamentais, especialmente os que cuidam da propriedade e da livre iniciativa econômica, em função de proteger uma melhor qualidade de vida.

Vê-se tal tendência mesmo no Preâmbulo da Constituição Federal quando instituiu um Estado Democrático destinado a assegurar à sociedade brasileira, entre outros direitos, o de bem-estar, o que implica em um Estado que desenvolva atividades no sentido do homem se sentir em perfeita condição física ou moral, com conforto de saúde e em harmonia com a natureza, exigindo-se, para o bem-estar do ser humano, a existência de um meio ambiente livre de poluição e de outras situações que lhe causem danos.

A promoção do bem-estar de todos como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil obriga a que os administradores públicos tenham um comportamento vinculado a esse preceito constitucional o que, por consequência, implica na obrigatoriedade de se proteger o meio ambiente.

II. AUTONOMIA MUNICIPAL E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

"O município, dentro de sua autonomia constitucional para legislar em matéria administrativa, e para atuar, em consequência, no exercício de seu poder de polícia, pode restringir liberdades e até mesmo a propriedade, em benefício da coletividade local visando proteger a saúde, o meio ambiente e até mesmo a vida dos munícipes. Pode e deve, posto que se trata aí do desenvolvimento do princípio do poder-dever do administrado público" (Toshio Mukai, RDP 79/125).

Uma das características do Estado Federado é a descentralização política ou repartição constitucional de competências. Nesse sentido a Constituição Federal descentralizou as competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em razão da autonomia de cada ente federado.

O legislador constituinte repartiu entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios as várias competências do Estado Brasileiro e entre esses também repartiu as atribuições relacionadas ao meio ambiente.

O Município como ente federado, conforme expressa o art. 1º da carta Magna, é portador de autonomia, decorrente da capacidade de eleger o seu chefe do Executivo e os representantes do Poder Legislativo local, além de ofertar-lhes uma administração própria no que diz respeito aos seus peculiares interesses. Também como ente federado é obrigado a efetivar os princípios fundamentais do Estado Brasileiro enunciados no art. 3º da Carta Maior.

A integração dos Municípios no Estado Federado à partir da atual Constituição, reconhece a capacidade dos Municípios de se auto-organizarem, elaborando, eles próprios, a sua Lei Orgânica, ampliando suas competências que até então lhes eram outorgadas. Essa autonomia municipal assenta-se em várias capacidades próprias do Município, entre elas a capacidade normativa própria, ou capacidade de auto-legislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar.

A autonomia municipal se circunscreve, na concepção constitucional hoje vigorante, no âmbito do território a que está sediado, como uma síntese de fatores sociais e econômicos, revelando-se, assim, como forte expressão política e jurídica. O Município "desempenha atividades de caráter local, a que se inserem no contexto geral do desenvolvimento e bem-estar nacionais" (Diomar Filho, *in* Autonomia Municipal na nova Constituição, Rev. Tribunais, 1977, set. 1988, vol. 635, pg.37).

São competentes para legislar, de forma concorrente, sobre meio ambiente a União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos do art. 24, VI, VII e VIII da Constituição Federal. É competente, em comum com aqueles que podem legislar o Município (art. 23, II, III, VI, VII da Constituição Federal). São conferidos ao poderes públicos federal, estadual, distrital e municipal, os deveres de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal), legislando, aplicando a lei e fiscalizando o seu cumprimento.

Observa-se, dessa divisão expressa de competências, que ao Município compete prover, defender e preservar o meio ambiente nos termos do art. 23 e 225 da Constituição Federal.

Nos termos do art. 30 da Carta Magna, o Município é ente federado com autonomia política para dispor sobre todas as questões relacionadas ao interesse local. A par dessa competência a Constituição Federal expressa e enumera outras, nos incisos III a IX do art. 30 e no art. 156. Possui, frise-se, ainda, competências comuns, elencadas no art. 23 e competências expressas, utilizáveis concorrentemente com os demais Poderes Públicos, nos termos do art. 225, para dispor sobre proteção ambiental.

" Art. 30. Compete aos Municípios:

I- legislar sobre assuntos de interesse local;

II- suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Comprovando-se o predominante interesse local, da exegese destes dispositivos constitucionais, pode-se estabelecer normas municipais sobre o meio ambiente, vez que compete ao Município zelar por assuntos de preponderante interesse local, nestes incluindo-se a preservação do meio ambiente e seu aproveitamento de maneira racional.

É o "interesse local" que definirá a competência municipal nas questões ambientais em consonância com a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal em legislar sobre proteção ao meio ambiente.

Interesse local, conforme nos ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles " se caracteriza pela *predominância* (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau e não de substância". (*in* Direito de Construir, 6ª ed., 1993, pág.120, ed. Malheiros.)

O que define e caracteriza o "interesse local" é a predominância do interesse à atividade local sobre o do Estado e da União. Quando essa predominância tocar ao Município, a ele cabe regulamentar a matéria, como assunto de seu interesse local. Assim, os assuntos de interesse local surgem em todos os campos em que o Município atue com competência explícita ou implícita.

Assim, sempre que, a despeito da competência da União ou do Estado para disciplinar determinada matéria em âmbito federal ou regional estiver presente o interesse local, cabe a atuação legislativa do Município.

O Município, de fato, foi excluído do dispositivo constitucional que expressamente permite legislar sobre proteção ambiental (art. 24, da C.F.). Contudo, diante da interpretação sistemática da Constituição Federal (arts. 23, 30, I e II e 225) é competente, em comum, com os demais poderes para prover, respeitando os limites de sua autonomia, sobre o meio ambiente.

O Município além de cumprir as legislações federais e estaduais pode e deve legislar para atender ao interesse eminentemente local.

"Concorrentemente com a União e os estados, os Municípios podem exercer a fiscalização do equilíbrio ecológico e, em decorrência, aplicar sanção" (RE nº 75.009 - SP, 14ª Turma, v.u., STF, in RTJ 63/ 858).

Sobre a competência do Município em legislar sobre matéria ambiental quando presente o interesse local, veja:

" Muitas, entretanto, são as atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros deixam remanescer aspectos da competência local, e sobre os quais o Município não só pode como deve intervir, atento a que a ação do Poder Público é sempre um poder-dever. Se o Município tem o poder de agir em determinado setor, para amparar, regulamentar ou impedir uma atividade útil ou nociva à coletividade, tem, correlatamente, o dever de agir, como pessoa administrativa que é, armada de autoridade pública e de poderes próprios para a realização de seus fins." (Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pg.121) .

Assim os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local ao policiamento administrativo municipal. Assim também é que, embora a competência legislativa sobre meio ambiente seja expressamente da União e dos Estados, o Município, ao identificar seu interesse local, pode exercer sua competência através do exercício do poder de polícia ambiental e editar normas locais objetivando garantir a saúde e o bem-estar de sua população.

Paulo Affonso Leme Machado nos ensina que "a competência natural dos Municípios é a de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I C.F.) e, nesses assuntos, o meio ambiente pode estar incluído toda vez que a questão ambiental não for geral e/ ou nacional ou regional (...) Incontestemente, também, que os Municípios poderão legislar supletivamente sobre o meio ambiente, desde que se sujeitem às regras do art. 24. §§ 1º, 2º, 3º, e que a suplementação das leis federais e estaduais tenham, relação com o interesse local" (*in* Direito Ambiental Brasileiro, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pg.103).

A competência do Município na proteção ambiental é decorrente e limitada pelo interesse local, entendido como predominante interesse comparado ao do Estado ou da União.

BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 5ª edição, Ed. Atlas S.A., 1995.

MEIRELLES, HELY LOPES, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, ed. Malheiros, 1996.

AFONSO DA SILVA, JOSÉ, Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed., 2ª Tiragem, ed. Revista dos Tribunais, 1990.

BONAVIDES, PAULO, Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, ed. Malheiros, 1994.

MEIRELLES, HELY LOPES, Direito de Construir, 6ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, ed. Malheiros, 1994.

DIREITO DE CONSTRUIR, LEVANDO-SE EM CONTA A PROPRIEDADE DO SOLO

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Procurador do Município de Fortaleza

Professor de Direito Civil da Universidade de Fortaleza

SUMÁRIO

1. LINHAS INTRODUTÓRIAS.
2. NATUREZA DO DIREITO DE CONSTRUIR.
3. RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS AO DIREITO DE CONSTRUIR.
4. PROPRIEDADE DO SOLO E O DIREITO DE CONSTRUIR.

1. LINHAS INTRODUTÓRIAS

O tema a ser dissertado no presente trabalho envolve o *Direito de Construir, levando-se em conta a separação entre a propriedade do solo e o direito de construir*.

Na verdade, a matéria a ser estudada é bastante ampla, sendo necessário organizar a análise dos pontos mais relevantes e palpitantes desta matéria que envolve disciplinas do Direito Civil (Direito de Propriedade), Direito Urbanístico, Direito Administrativo e Direito Municipal.

Devemos nos deter no artigo 572 do Código Civil que *determina o poder do proprietário de levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*.

O estudo que ora se apresenta limitar-se-á ao significado do referido artigo, buscando o estudo do direito de construir no sentido mais estrito, isto é, o direito de construir em solo urbano e as limitações a este impostas pelos regulamentos administrativos.

Não é objetivo desta pesquisa tecer análises sobre as limitações ao direito de construir causadas pelas relações existentes com vizinhos, pois o que se propõe a discutir é a edificação urbana e as normas pertinentes a este direito, levando-se em conta as diversas legislações reguladoras.

Também não far-se-á, nesta dissertação, distinção entre restrições e limitações, isto é, ambas serão mencionadas como se tivessem o mesmo significado. Ao contrário, Hely Lopes Meirelles¹ diferencia as mesmas, designando limitações urbanísticas quando estas forem de direito público e restrição urbanística quando forem de direito privado.

¹ "Hely Lopes Meireles tem posição diferente da sustentada aqui, no que tange à distinção entre restrições e limitações. Ele distingue os dois conceitos com base no fundamento jurídico: se de direito civil, é restrição; se de direito público, é limitação." (José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p.360)

Após uma conceituação sobre a matéria em foco, será feita uma análise sobre quem detém a competência regulamentar do direito de construir e quem detém o poder de polícia sobre o mencionado direito.

Em um outro tópico, será analisada a função social da propriedade e o direito de construir. Também será feita uma pesquisa sobre a propriedade do solo e a separação desta do direito de construir, a qual se falará das limitações trazidas pelas diversas regulamentações urbanísticas inerentes ao uso, gozo e disponibilidade da propriedade.

As limitações ou restrições referidas acima não deverão ser absolutas, sob pena de não se adequarem aos princípios constitucionais e tornarem-se abusivas e portanto inconstitucionais. Lembra-se que toda medida deve estar amparada na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.²

Ao final, buscar-se-á uma conclusão em torno do questionamento: se o direito de construir está associado ao direito de propriedade ou é uma concessão advinda do poder público?

2. NATUREZA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Grande parte da doutrina afirma que o direito de construir é um direito real, exercido sobre bem imóvel, a qual decorre o direito de um proprietário ou possuidor usar e gozar da coisa como lhe aprouver.

Se o direito de construir está ligado ao uso e gozo do bem imóvel, o que significa a faculdade de edificar solo e quais as suas limitações?

Mas a principal pergunta a ser respondida por este trabalho é se o direito de construir é um direito real? E se as limitações existentes àquele configuram-se num desvirtuamento desta natureza?

O Mestre MEIRELLES (1994) leciona que o fundamento do direito de construir está no direito de propriedade, tendo em vista que esta faculdade compreende o poder de transformar o imóvel, edificá-lo e beneficiá-lo.

O Direito de Construir é o conjunto de normas que regulam os poderes acima transcritos, limitando-os, já que não existem poderes

² "O princípio geral da proporcionalidade em sentido amplo ou da 'proibição do excesso' significa que as medidas do plano que estabelecem restrições ou que proíbem a realização de transformações urbanísticas nos imóveis dos particulares devem ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim público de ordenamento urbanístico do plano. As referidas medidas do plano não podem ser desadequadas, antes devem ser idóneas para a prossecução dos objectivos do plano. Em segundo lugar, aquelas disposições do plano devem ser necessárias ou indispensáveis, isto é, não devem ser estabelecidas quando o mesmo fim puder ser atingido com outros meios menos onerosos para o cidadão. Em terceiro lugar, as medidas citadas devem ser proporcionais, no sentido de que os custos ou inconvenientes que delas resultam não podem ser notoriamente excessivos em relação ao fim público por elas realizados. (Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, p.296-297).

absolutos, isto é, o direito de construir deve respeitar as relações de vizinhança e o interesse coletivo, representado pelas normas administrativas urbanísticas entre outras.

Já o Direito urbanístico não é apenas um ordenamento que estabelece um regime de uso e ocupação do solo, ele também regula a atividade administrativa de policiamento do cumprimento do plano Urbano. Além do mais, este direito concretiza-se, em boa parte, na edificação de imóveis³.

Os interesses que estes planos visam conciliar são os fins sociais da propriedade e os interesses individuais dos detentores, no tocante ao direito de edificação do bem.⁴

O problema ganha uma dimensão maior à medida que cresce a urbanização, isto é, com o aumento de pessoas vivendo nas cidades, cresce a necessidade da existência de planos (regulamentos) capazes de organizar as estruturas urbanas diante das crescentes concentrações demográficas das cidades ocorrida após a Revolução Industrial.

Estes planos são de responsabilidade das entidades estatais, cabendo, no caso brasileiro, à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislarem concorrentemente sobre direito urbanístico (inciso I do art.24 da CF). Já, os Municípios possuem competência para promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (inciso VIII do Art.30 da CF).

São competências distintas, pois, a União e os Estados, concorrentemente, legislarão sobre uma efetiva direção pública da atividade urbanística, enquanto que aos Municípios cabe estabelecer planos urbanísticos de acordo com as regras baixadas pela União e Estados.

Esta delimitação não é precisa, principalmente devido a dúvida em torno do limite das normas suplementares especificadas no art.24, § 2º da CF e a competência municipal estipulada no art. 30, incisos I, II e VIII da CF.

Coloca-se apenas que as normas gerais baixadas pela União ou pelos Estados (art.24, § 2º da CF) fixam as diretrizes e os princípios para o desenvolvimento urbano, estabelecendo conceitos básicos e indicando instrumentos para sua execução⁵; já aos municípios cabem exatamente o delineamento do solo urbano e a fixação do aproveitamento do mesmo,

³ Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, p.91.

⁴ "Los principios generales en los que el ordenamiento urbanístico tiene su fundamento y en los que ha de integrarse o interpretarse son, aparte de los de legalidad e igualdad, los de respeto del derecho a la propiedad privada e de delimitación de contenido de este derecho a través de su función social; a los que puede añadirse, según algunos, el de subsidiariedad" (Antônio Carceller Fernández, *Introducción Al Derecho Urbanístico*, p. 18).

⁵ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, p.58.

⁶ O desenvolvimento urbano consiste na ordenada criação, expansão, renovação e melhoria dos núcleos urbanos. Não é objeto das normas gerais promover em concreto esse desenvolvimento, mas apenas apontar o rumo geral a ser seguido, visando a orientar a adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas com vistas à estruturação do sistema nacional de cidades e a melhoria da qualidade de vida da população. Quer dizer, o campo das normas gerais será o desenvolvimento interurbano e o mero delineamento para o desenvolvimento intra-urbano. Aqui seu limite específico. Avançar neste será invadir terreno municipal. (José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, p.58).

inclusive no tocante às limitações de construir, tendo em vista os planos, que deverão ser estabelecidos pela edibilidade.

Segundo FERNÁNDEZ(1993:34) "El plano urbanístico es un instrumento, aprobado por un acto del Poder público, que ordena el territorio, estableciendo previsiones sobre el emplazamiento de los centros de producción y de residencia del modo conveniente para la mayor distribución de la población; regula la utilización del suelo para su destino público y privado e, en especial, su urbanización y edificación, y, al hacerlo, define el contenido del derecho de propiedad y programa el desarrollo de la gestión urbanística". Continua na mesma página: "El plan está llamado a resolver dos problemas: el de la *localización*, con referencia a los terrenos destinados a sistemas generales y edificios públicos, y el de la *zonificación*, respecto a la edificación privada, fijando la densidad de la población de cada zona, porcentaje de terreno ocupable con construcciones, volumen, forma, número de plantas y clase y destino de los edificios".

Fica claro que o direito de propriedade e conseqüentemente o de construir encontra-se limitado pelos planos urbanísticos e pelas normas de uso e ocupação do solo confeccionadas pelos Municípios, seguindo a orientação das regras baixadas pela União e Estados, regras estas que, infelizmente, na nossa legislação, não existem ou são de reduzida aplicação e de cunho bastante abstratas. Isto é, basicamente todo o regulamento relacionado com a política urbana vem sendo determinado pelas entidades municipais, que muitas vezes invadem a competência constitucional atribuída pelo art. 24 da Constituição Federal à União e aos Estados.

As limitações ao direito de construir estão intimamente contidas nestes planos, principalmente agora que quase todas as legislações modernas consagraram o princípio da função social da propriedade e do ordenamento técnico das cidades visando a uma ocupação mais humana, onde as necessidades básicas sejam atendidas e o crescimento seja ordenado.

Os mencionados ordenamentos técnicos (regulamentos) determinam prescrições relativas à construção dos edifícios, sua altura, recuos laterais, fundos e frente; condicionamentos referentes às zonas industriais ou residenciais; obrigações no tocante a existência de áreas verdes ou de estacionamento, etc.

Após o conceito proferido por FERNÁNDEZ, sustenta-se que a natureza jurídica do Plano urbanístico é de natureza normativa, isto é, é uma norma jurídica, onde a forma de utilização do solo relaciona-se enormemente com o direito de propriedade e com o direito de construir. A natureza do Direito Urbanístico é de ordem pública, ligada intimamente ao Direito Administrativo e Constitucional.⁷

⁷ "Aunque se han formulado varias teorías (Derecho Especial, rama jurídica interdisciplinaria y social, conjunto de normas de naturaleza distinta, moderno capítulo del Derecho administrativo), la naturaleza del Derecho Urbanístico es, básicamente, la del Derecho administrativo, como una pertenencia de su parte especial; lo que no obsta para que haya de expornese y deba comprenderse en relación con las instituciones del Derecho civil y, en particular, del derecho de propiedad privada". (Antonio Carceller Fernández, *Introducción Al Derecho Urbanístico*, p. 18).

Grande parte da doutrina classifica a natureza jurídica do direito de construir como de direito privado, embora que suas limitações não sejam apenas encontradas no Código Civil (direito dos vizinhos), mas principalmente nos diversos regulamentos administrativos de ordem pública. Na verdade, como ainda não se chegou a uma conclusão se o direito de construir é um direito real, não se pode afirmar se o mesmo possui uma natureza jurídica de direito privado ou público, diante dessas limitações.

3. RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS AO DIREITO DE CONSTRUIR.

Antes de se falar sobre as limitações do direito de construir e sua natureza jurídica, deve-se dissertar sobre a função social da propriedade urbana (art.5º, XXIII e 182 da CF), que não deixa de ser um obstáculo aos direitos do detentor (art. 5º, XXII da CF) e à liberdade de construir, já que existe a concepção da propriedade como função social.

Deve-se reiterar que o objeto deste estudo é a propriedade urbana e segundo SILVA (1994:71), "O solo passa a ter qualificação urbana, quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a *edificabilidade* e a '*vialidade*' (de viário), que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação é função das normas urbanísticas que lhe fixam o *destino urbanístico*, a que fica vinculado o proprietário."

A função social do imóvel urbano é um princípio constitucional visando que os direitos do proprietário, também garantidos pela Constituição Federal, não se sobreponham ao interesse da coletividade. O seu não cumprimento acarretará ao detentor, em última hipótese, a desapropriação do imóvel, mediante pagamento em títulos da dívida pública. (Art. 182,§4º, inciso III da Constituição Federal)

Embora o exercício da propriedade esteja preso ao atendimento de interesses sociais, a propriedade privada não foi extinta, tendo o detentor inúmeros direitos, como por exemplo, o direito à indenização, em dinheiro, em caso de desapropriação. O que se trata neste momento é que o exercício do direito de propriedade deve obedecer certos preceitos estabelecidos em prol da coletividade.

Mas que preceitos são estes? A Constituição Federal, no Parágrafo 2º do art. 182 determina que: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Isto é, a obediência a este plano diretor é que determinará se a propriedade está ou não cumprindo sua função social. Os planos diretores são baixados pelos municípios, de acordo com as normas gerais e suplementares urbanísticas, que são de competência da União e dos Estados, e visam ao planejamento do desenvolvimento urbanístico do município,

considerando diversos aspectos como as atividades econômicas existente na cidade; a habitação; trabalho; lazer, isto é, tudo o que preciso for para o bem estar social da coletividade⁸.

Exemplificando: se nas normas indicarem que uma determinada área é residencial, o proprietário de imóvel, nesta região, estará impedido de construir uma casa de espetáculo, sob pena de sua propriedade não está exercendo a função social.

Com isso conclui-se que a função social é também uma restrição ao direito de construir.

Mas se a cidade não possuir plano diretor, como fica a função social da propriedade?

Pergunta de difícil resposta, que, sem dúvida alguma, necessitaria de uma monografia para tratar apenas da mesma. Nos limitaremos a colocar que o princípio da função social consagrado no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal encontrar-se-á em pleno vigor nas cidades desprovidas de Plano Diretor, embora que as mesmas não poderão punir com a pena de multa ou desapropriação os proprietários de imóveis que não estejam cumprindo sua função social.

Existem outras restrições ao exercício da propriedade que também trazem como consequência a limitação ao Direito de Construir. Tais restrições na maioria das vezes são urbanísticas e podem ser classificadas de acordo com o seu objetivo: a. funcionalidade urbana; b. guarda de traços culturais, estéticos e paisagísticos; c. segurança.

O primeiro item é o mais abrangente e envolve todas aquelas normas que objetivam o ordenamento do crescimento das cidades, buscando-se evitar problemas urbanísticos como alta concentração demográfica em certas áreas; falta de saneamento básico; insuficiência de equipamentos urbanos; existência de vias públicas que não suportam mais o tráfego existente, entre outros.

O difícil destas restrições são as mesmas surtirem efeito quando as dificuldades já existem, embora seja imprescindível a aplicação das limitações.

Medidas podem ser tomadas, entre elas: diminuição do índice de aproveitamento em caso de construções que acresçam área em relação à área do imóvel; alargamento de vias; proibição de edificação quando o imóvel estiver em vias de desapropriação (áreas "non aedificandi"); decretação da destinação dos imóveis como residenciais, proibindo-se assim a transformação em comerciais, etc.

⁸ "Com as normas dos arts. 182 e 183, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica; realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e de circulação humana, realizar, em suma, as funções sociais da cidade (CF, art. 182)". (José Afonso da Silva. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2ª ed, São Paulo, p.67)

⁹ John Maynard Keynes (1883-1946) "considerou os problemas dos grandes agregados a curto prazo e esforçou-

As medidas acima mencionadas são apenas enumeradoras e quase sempre buscam controlar o crescimento populacional de áreas já saturadas, incentivando a transferência da população para outras áreas e dificultando o crescimento das regiões possuidoras de grandes ativos demográficos.

As outras restrições são de cunho cultural e operacional, pelas quais se proíbe, por exemplo, a construção ou modificação em prédios tombados pelo patrimônio histórico e cultural.

Mas qual é a importância deste estudo sobre as limitações ou restrições para o direito de construir?

A resposta é simples: seria incompleto o trabalho se o mesmo não abordasse algumas questões relacionadas com o Direito Urbanístico e alguns dos seus institutos, como noções sobre o plano diretor, competência administrativa; espaços não edificáveis e outros assuntos que atingem a faculdade de usar, gozar e dispor da propriedade.

O direito em estudo configura-se numa matéria bastante ampla, onde procuramos apenas mencionar alguns exemplos limitadores do poder de construir, embora o cerne deste trabalho seja caracterizar a natureza jurídica do Direito de Construir, levando-se em conta a separação entre a propriedade do solo e o referido direito.

4. PROPRIEDADE DO SOLO E O DIREITO DE CONSTRUIR - CONCLUSÃO.

Apesar de estarmos vivendo uma onda neoliberal, o nosso direito ainda resente-se da contínua publicização do direito privado. Esta atividade é decorrente principalmente dos acontecimentos econômicos na primeira metade deste século, onde autores, como Keynes⁹, pregoavam o intervencionismo do Estado na Sociedade em geral (economia, direito, etc.) visando corrigir as distorções do liberalismo capitalista.

Esta publicização tornou muito mais forte a abrangência da parte final do art. 572 do Código Civil que condiciona o Direito de Construir aos regulamentos administrativos, proibindo-se assim o uso abusivo desta propriedade em detrimento dos interesses da coletividade¹⁰. Exemplificando, aumentando-se o número de regulamentos administrativos, limita-se, por consequência, a liberdade de edificar o solo.

se no sentido de contestar a condenação marxista do capitalismo: este poderia ser preservado, em sua parte essencial, se reformas oportunas fossem efetuadas, já que um capitalismo não regulado mostrara-se incompatível com a manutenção do pleno-emprego e da estabilidade econômica". (PEREIRA, Wladimir - Coordenador. *Manual de Introdução à Economia - Equipe de professores da USP*, São Paulo, Saraiva, 1987, p.19-20).

¹⁰ "Tratando-se de propriedade imóvel, mais premente é a necessidade das construções para que possa o dono auferir todas as vantagens e colher todos os frutos que o terreno lhe proporciona. Embora amplo, o direito de construir não é absoluto, porque as relações de vizinhança e o bem estar coletivo impõe ao proprietário certas limitações a esse direito, como, de resto, a todo direito individual, visando assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 1994, p.26)

Isto já foi exposto, mas o importante agora, já que conhecemos o que é o Direito de Construir, é concluirmos se este está dissociado da propriedade do Imóvel.

O Direito da Construção segundo CORREIA(1989:90) compreende o conjunto de normas jurídico-administrativas e jurídico-privadas concernentes à edificação de um imóvel.

A doutrina alemã diferencia o "direito público da construção" (*öffentliches Baurecht*) do "direito privado da construção" (*privates Baurecht*). O direito público da construção pode ser entendido como o direito da regulamentação, onde o estado dita normas que delimitam a construção nos bens imóveis. Já o "privates Baurecht", conforme os estudos do professor Português CORREIA (1989:90) "constitui o direito da construção propriamente dito e abrange o conjunto das normas jurídicas privadas que, no quadro da 'liberdade de construção' (*Baufreiheit*), disciplinam as relações jurídicas entre os participantes no planejamento e na execução de uma edificação".

Essa diferenciação entre direito público da construção e direito privado da construção torna basicamente a natureza jurídica do Direito de Construir como sendo híbrida, o que não satisfaz em termos de conclusão.

Mais uma vez se questiona, será que o Direito de Construir é um Direito Real? Ou melhor, um Direito Privado, ou as limitações impostas pelas entidades públicas o transforma numa matéria de Direito Público?

O Direito de Construir emana da propriedade privada e as restrições determinadas pela administração a estes não tem o poder de desvirtuar o caráter privatístico da propriedade e conseqüentemente do seu uso, gozo e disponibilidade.

O mais correto é que o proprietário, ao exercer o seu direito de construir, esteja utilizando-se dos seus direitos públicos subjetivos (direito à propriedade), onde possui o direito de modificar, transformar ou crescer construções no seu imóvel, respeitando as determinações impostas pelo ente público. Isto é, o detentor ou possuidor possui, através das legislações, o direito de construir, sem qualquer embargo estatal, desde que esteja de acordo com os limites traçados.¹¹

A interferência do poder público não chega ao ponto de suprimir o direito de construir na propriedade imóvel, até porque não poderia, pois estamos diante de um direito fundamental previsto na Constituição vigente

¹¹ "Para nós, os direitos públicos subjetivos são momentos desse processo de organização da vida social, de tal sorte que, não apenas existem direitos e deveres para os indivíduos, como também, concomitante e paralelamente, direitos e deveres para o Estado: é algo que resulta da natureza mesma da evolução histórica. É tão essencial ao Estado, no mundo contemporâneo, o reconhecimento de esferas primordiais de ação aos indivíduos e grupos, que, embora os direitos públicos subjetivos possam sofrer redução, grande número deles sempre subsiste, até mesmo nos Estados totalitários. A estrutura mesma da sociedade atual impõe esse reconhecimento, que tende progressivamente a alargar-se, como uma exigência da razão histórica, isto é, como fruto da própria experiência histórica. (Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, p.270-271)

(direito público subjetivo), logo, se as relações predominantes são de interesse particular, pode-se concluir que esta matéria possui a natureza jurídica de Direito privado.

Mas se porventura as restrições advindas do ente público forem de uma maneira capaz de desvirtuar o poder que o detentor possui sobre uma determinado coisa, estar-se-ia diante de um esbulho à propriedade privada, o que ensejaria um pedido de indenização diante da desapropriação indireta.

Mesmo que as limitações impostas sejam em benefício da coletividade, jamais tais restrições devem atingir o ponto de inviabilizar o direito de construir dos proprietários, pois as entidades estatais, estariam publicizando um bem privado e isto só poderia ocorrer, de acordo com a Constituição, com a prévia e justa indenização em dinheiro.

Em síntese, o Direito de Construir é um Direito Real, isto é, é o direito de construir sobre uma coisa, desde que se obedeça as restrições impostas, o que levaria caracterizar tais normas como de ordem pública, mas não de Direito Público.

O que há, segundo SILVA (1994:64), é que "as normas do direito privado sobre a propriedade privada não que ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhes impõe".

A separação entre a propriedade do solo e o Direito de Construir é defendida por aqueles que acham que este direito não é mais advindo do direito de propriedade, mas do poder público através de concessão.¹² O "ius aedificandi" não pertence mas ao proprietário, mas está preso ao determinado nos planos urbanísticos.

O que se discute neste momento é que se o proprietário ou possuidor de um determinado imóvel quiser utilizar do seu "ius aedificandi", obedecendo todas as limitações dos planos urbanísticos, poderá ser impedido de fazê-lo pelo fato de o Poder Público negar a "concessão"?

A resposta parece ser negativa, pois a administração estaria abusiva e ilegalmente restringindo o direito de propriedade. O particular ao apresentar seu projeto de construção às autoridades competentes não estaria contratando com estas, mas apenas levando ao conhecimento destas o desejo de construir no seu imóvel. Ora, se o projeto atender às normas, a edibilidade não terá outra alternativa, isto é, terá que emitir o alvará de construção.

O exposto acima pode ser fundamentado com a lição proferida pelo Professor MEIRELLES (1990:117-118) que afirma ser o alvará:

¹² " Em primeiro lugar, vem a idéia de que a faculdade de construir não é propriamente inerente ao direito de propriedade do terreno; só será, mesmo no nosso sistema, em relação aos terrenos com destino urbanístico preordenado à edificação, valendo dizer que o direito de construir nasce com a ordenação urbanística qualificadora de determinado terreno como edificável." (José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 75)

"instrumento da licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo. É o consentimento formal da Administração à pretensão do administrado, quando manifestada em forma legal. O alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo e vinculante para a administração quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas edilícias." Continua na outra página: "alvará de licença não pode ser invalidado discricionariamente, só admitindo revogação por interesse público superveniente e justificado, mediante indenização ou cassação por descumprimento das normas legais na sua execução".

Deve-se sempre frisar que a concessão de alvará de construção constitui um ato administrativo vinculado, de maneira que, estando presentes as condições necessárias para seu deferimento, a administração não pode deixar de fazê-lo.¹³

Concluindo, de acordo com o parágrafo anterior, o Direito de Construir não é uma concessão pública, pois o mesmo presume um direito que recai sobre um objeto que se encontra tutelado no Código Civil, mais especificamente no artigo 572 do referido diploma. Logo o Direito em estudo não pode estar separado da propriedade do solo, pois é desta que surge o poder de edificar, mesmo que restringido por normas de direito civil e limitado pelos planos urbanísticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- ² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
- ³ CORREIA, Fernando Alves. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989.
- ⁴ ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*, São Paulo, Perspectiva 1987.
- ⁵ FERNÁNDEZ, Antonio Carceller. *Introducción Al Derecho Urbanístico*. 2.ed., Madrid, Tecnos, 1993.
- ⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- ⁷ GUERA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza, 1981.

- ⁸ GUERA, Willis Santiago. *Noções Práticas de Direito de Construir*. Fortaleza, Imprensa Universitária da UFC, 1976.
- ⁹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 7.ed., São Paulo, Malheiros, 1994.
- ¹⁰ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 6.ed, São Paulo, Malheiros, 1994.
- ¹¹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15.ed, São Paulo, RT, 1990.
- ¹² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 15.ed, São Paulo, Saraiva, 1987.
- ¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed., São Paulo, RT, 1989.
- ¹⁴ SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico brasileiro*. 2.ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

DA EFETIVIDADE DO ESTÁGIO PROBATÓRIO NO CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO BRASILEIRO

FÁTIMA MARIA NUNES MEMÓRIA DE ANDRADE

Procuradora do Município de Fortaleza

Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

- I- INTRODUÇÃO
- II- ANTECEDENTES CONSTITUCIONAIS
- III- A ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS
- IV- CONCEITUAÇÃO
- V- SITUAÇÃO ESTATUTÁRIA ATUAL NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
- VI- DURAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO
- VII- ANÁLISE FUNCIONAL DO ESTAGIÁRIO
- VIII- HIPÓTESE DE NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ESTÁGIO PROBATÓRIO
- IX- CONCLUSÃO
- X- BIBLIOGRAFIA

I - INTRODUÇÃO

Inserido no contexto jurídico pátrio após o advento da *Constituição de 1937*, o instituto do *estágio probatório* vem sendo, na maioria das vezes, ignorado pela Administração Pública brasileira, não obstante sua inegável importância na aferição do desempenho do servidor. Na atual conjuntura política pátria, em que tanto se vilipendia a figura do servidor público, estigmatizado pelo detentores do *múnus público* como o vilão das contas públicas, mister seja a figura do *estágio probatório* reabilitada como instrumento de moralização no serviço público.

Tentaremos, nesta rápida incursão sobre o tema, apontar algumas facetas interessantes que permeiam o estágio probatório, sua origem, importância, *status* jurídico atual, enfim, abordagens perfunctórias que fomentem a discussão acerca do mesmo.

Urge, *in primo loco*, menção à inexcédível contribuição do acervo jurídico que integra a Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, cujos livros, às vezes desgastados, quiçá desprezados, constituíram (e ainda não de constituir) manancial seguro para as pesquisas que sempre empreendemos enquanto estudantes do Mestrado naquela querida instituição.

Procuradoria Geral
do Município
BIBLIOTECA

II - ANTECEDENTES CONSTITUCIONAIS

A *Constituição Federal de 1934* sistematizou, em título próprio, normas relativas aos funcionários públicos, sem, no entanto, referir-se ao estágio probatório. Naquela Constituição, explana Themístocles Brandão Cavalcanti, "título inteiro foi consagrado ao funcionário público. Não acreditando muito na rapidez e na eficiência do trabalho legislativo, fixou regras de base, 'desde logo em vigor', a fazer parte integrante do futuro 'Estatuto dos funcionários públicos'".¹ Condiçãoou-se apenas a primeira investidura a prévio exame de sanidade e concurso de provas ou título (*art. 170, 2º*).

A *Constituição de 1937*, sob o influxo do Estado Novo, resguardou a figura dos funcionários públicos, estatuindo, em seu *art. 156, "c"*:

"Art. 156 — omissis...

c — Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se."

Já a democrática *Constituição de 1946* fixou o período de 02 (dois) anos para a averiguação das habilidades do funcionário público, após ingresso por concurso, e cinco, para os funcionários efetivos nomeados sem concurso (*art. 188*).

Por seu turno, a *Constituição Federal de 1967*, em seu *art.100*, assegurou a estabilidade após o transcurso de 02 (dois) anos para os funcionários nomeados por concurso.

A *Constituição Federal de 1988* refere-se expressamente ao termo "efetivo exercício" para a aquisição da estabilidade, termo conservado pela Reforma Administrativa.²

III - A ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O Estado — entidade abstrata — para fazer atuar sua vontade, necessita dos agentes públicos. "Para a execução dos serviços a seu cargo,

¹ in Curso de Direito Administrativo, p. 266.

² Carlos Ari Sundfeld consigna que: "nem a Constituição de 1946 (art. 188), nem a de 1969 (art.100) falavam em efetivo exercício, ao delimitarem o tempo de trabalho exigido para a aquisição da estabilidade; mencionavam apenas o exercício." (in Estágio probatório dos servidores públicos, BDA julho/93, p.410)

o poder público há de contar naturalmente com o elemento humano, indispensável à realização de quaisquer tarefas. Esse elemento humano, utilizado pela Administração na execução dos serviços públicos, é a massa dos servidores públicos, ou o chamado pessoal administrativo, constituído por todos aqueles que trabalham nas repartições estatais, autarquias, e nas entidades paraestatais, mediante estipêndio" consoante magistério do saudoso administrativista Valmir Pontes, em seu *Programa de Direito Administrativo*.³

A partir da inserção, no contexto constitucional, da importante classe dos funcionários públicos (hodiernamente englobados no gênero servidores públicos), observa-se nítida preocupação dos constituintes em revestir suas atividades de garantias e privilégios, indispensáveis para a boa consecução dos objetivos colimados pelo poder público. Nesse contexto é que se situa a figura da estabilidade, adquirida após o transcurso de certo lapso erigido pelo legislador.⁴

A reforma administrativa perpetrada na vigente *Constituição Federal de 1988* condicionou a aquisição da estabilidade ao transcurso do lapso de 03 (três) anos, enquanto que o *art. 247*, introduzido por força do *art. 32* da Emenda Constitucional nº 19, assegura que "as leis previstas no inciso III do § 1º do *art. 41* e no § 7º do *art. 169* estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado".⁵ Consoante aduz Márcio Cammarosano, "não se nega que os servidores que mais necessitam dos direitos e garantias que o regime de cargo público efetivo proporciona são aqueles que têm competência para expedir atos normativos, tomar decisões ou concorrer para sua formação. Esses direitos e garantias — titularidade do cargo, estabilidade, disponibilidade remunerada, dentre outros — na expressão lapidar de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'operam como garantias de neutralidade e

³ p. 137.

⁴ A redação final da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº19, publicada recentemente no D.O.U. de 05.06.98), em seu *art. 6º* estatui que a estabilidade será alcançada após 03 (três) anos de efetivo exercício, e seu § 4º, prevê: "Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade".

⁵ A renomada administrativista Odete Medauar reporta-se às reformas administrativas tão propaladas pelo poder público neste jaez: "A tentativa de modernizar a Administração, muitas vezes se expressa em projetos de reforma administrativa; em vários países os projetos se sucedem, o tema reforma administrativa adquire a condição de plataforma eleitoral ou de promessa de início de governo (caso típico do Brasil), sem que resultados significativos se produzam; aliás, a reforma administrativa nem sempre passa de promessa ou então se realiza na versão de enjugamento da máquina com a dispensa de servidores, a extinção de órgão, nada mais. Fica, então, a idéia de que a Administração é irreformável...A idéia de Administração irreformável, parece muito conveniente para ocultar o intuito de nada realizar para mudá-la. Torna-se necessário deixar de lado a retórica da reforma e traduzir em fatos e medidas concretas o início de todo um empenho nesse sentido; a verdadeira vontade política de transformar a Administração produzirá resultados, segundo Giannini, em cinco anos, no mínimo. A vontade política deverá envolver, em ação diuturna e perseverante, políticos, funcionários, sindicatos de funcionários, para que de dentro da própria Administração, venha a adesão à mudança". in: *O Direito Administrativo em Evolução*, p.130.

impessoalidade da Administração. Colocam o servidor mais a salvo das pressões e injunções que lhes queiram impor os eventuais detentores do poder. De outra sorte, estes poderiam manejar o aparelho administrativo em proveito de interesses partidários ou pessoais em detrimento dos adversários políticos ou inimigos, anulando ou deprimindo a indispensável isenção requerida na gestão dos negócios públicos"⁶. Daí a necessidade de se preservar a garantia da estabilidade àqueles servidores que desempenham funções típicas de Estado, sujeitos à intervenção dos detentores momentâneos do poder.

A respeito do instituto da estabilidade, pontifica a brilhante Professora Cármen Lúcia Antunes Rocha:

*"Argüida como fonte de vícios, porque o servidor tem o domínio de uma situação determinada e permanente, segundo alguns a estabilidade facilitaria a prática da corrupção. Dá-se, rigorosamente, o oposto. Ciente de poder exercer suas funções inerentes ao cargo ocupado e a sua permanência nos quadros administrativos de determinada entidade, independentemente dos interesses particulares e pessoas que tentem solapar o interesse público, o servidor estável em cargo no serviço público dispõe de tranqüilidade profissional para cumprir o seu mister sem se permitir tocar por objeções sem causa pública verdadeira em sua carreira."*⁷

Mais do que mero privilégio de certas categorias dos servidores públicos, a garantia da estabilidade possibilita a isenção no desenrolar de seus misteres por parte daqueles que, sem ela, restariam à mercê das injunções políticas dos detentores do poder.

IV - CONCEITUAÇÃO

Para galgar à garantia da estabilidade, é necessário que o servidor ocupante de cargo efetivo ultrapasse um período de observação por parte da Administração Pública, período este em que serão levados em consideração critérios fundamentais para aferição de seu cabedal. É o denominado *estágio probatório*.

Dissecando com súpereo embasamento, Valmir Pontes manifestou-se acerca deste período de experiência do servidor, à luz do que preceituava a *Constituição Federal de 1946*:

⁶ in *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, p. 181.

⁷ in *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 206.

⁸ in op. cit., p. 151.

*"Uma vez empossado no cargo, o funcionário passa a exercê-lo e, a partir daí, começa um período de tempo durante o qual se devem apurar, na prática, suas qualidades pessoais de capacidade, idoneidade, de aptidão funcional, de disciplina, de assiduidade, de dedicação ao serviço e de eficiência. É o chamado período de estágio probatório, que se prolonga por dois anos, quando se trata de funcionário efetivo concursado, e por cinco anos, no caso de funcionário efetivo mas sem concurso. Fim do estágio probatório, se durante ele o funcionário tiver comprovado aqueles requisitos pessoais, estará confirmado ou estabilizado no cargo. O estágio probatório diz respeito aos funcionários em caráter efetivo e não aos interinos, aos nomeados em comissão nem aos extranumerários."*⁸

Lúcio Bittencourt, ao seu turno, define estágio probatório como *"a permanência condicional em serviço, por determinado espaço de tempo, durante o qual se verifica se o funcionário, pela sua atuação e pelo modo por que reage no treinamento, deve ser, ou não, confirmado no cargo."*

Caracteriza-se o estágio, explana ainda Bittencourt, como *"a política de não considerar a nomeação completa até que o nomeado tenha demonstrado sua capacidade no trabalho. Essa idéia foi introduzida na administração do serviço civil... como um meio de determinar se do concurso e do sistema de seleção tinham realmente resultado a nomeação de pessoal qualificado, cujo título pudesse seguramente ser mantido."* *"O estágio probatório, de fato, corporifica a completa integração do funcionário no cargo. O provimento, no caso brasileiro seguido de posse e exercício, se faria a título experimental, sujeitando-se o funcionário, durante determinado período de tempo, a comprovar, na prática, ser possuidor de requisitos indispensáveis ao regular desempenho das atribuições inerentes ao cargo. O objetivo do estágio não é somente a mensuração do conhecimento das qualidades já testados nas provas, mas, também, o exame das reações do estagiário em face do trabalho e do ambiente e precipuamente em face do treinamento que lhe é ministrado."*⁹

Colaciona-se, pela eterna adoção de suas lições pela doutrina e jurisprudência pátrias, o magistério de Hely Lopes Meirelles:

⁹ Cf. C. A. Lúcio Bittencourt. *Do Estágio Probatório e sua Efetiva Utilização*. Departamento de Imprensa Nacional. 1949, pp. 17 e 18, citado por José Medeiros, in *O problema do estágio probatório*. pp. 5, 6 e 7 (Comission of Inquiry on Public Personnel - Better Government Personnel - 2nd ed., 1935 - p. 48-49).

"Estágio probatório é o período de exercício do funcionário durante o qual é observado e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.). Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetivo na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório".¹⁰

Observa-se, como ponto fulcral da conceituação do estágio probatório, a necessidade de firme averiguação por parte do administrador público se o recém-ingresso no serviço público reúne as condições essenciais para desempenhar com proficiência as atividades a ele irrogadas por lei. Porém, a práxis da Administração Pública brasileira, salvante as exceções de estilo, resume-se tão-somente em esperar o transcurso do período fixado na lei e, ato contínuo, considerar-se o servidor estável. Ou seja, não são engendradas quaisquer averiguações por parte dos superiores ou comissão constituída para tal fim, não obstante as previsões expressas dos diversos estatutos dos servidores (e agora, mandamento constitucional introduzido pela reforma administrativa) elencando critérios e o *modus operandi* para a verificação da aptidão do servidor.

Relata Carlos Ari Sunfeld, tratando deste assunto, que *"por isso, o chamado estágio probatório não merecia, no mais das vezes, grande atenção, transcorrendo sem que o Poder Público cuidasse de avaliar seus servidores"*. E aduz: *"O Constituinte pode ter querido permitir ao Estado a avaliação, durante certo tempo, do desempenho do servidor no concreto exercício do cargo, para confirmar as qualidades demonstradas no concurso público de que participou. Nessa visão, a estabilidade seria adquirida pelo servidor como resultado de sua adequada atuação no período, não como simples decorrência da passagem do tempo"*.¹¹

Assim, mais do que o mero transcurso temporal, faz-se necessária a avaliação da Administração Pública tendente a confirmar ou não as aptidões do servidor, decretando-se formalmente o atingimento da estabilidade. Cumpre enfatizar, conseqüentemente, que o simples transcurso do período do estágio probatório não deverá acarretar, automaticamente, a confirmação do servidor no cargo. Urge que a Administração Pública

¹⁰ in *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 382/383.

¹¹ in *Boletim de Direito Administrativo*, julho/93, pp. 407/408.

pronuncie-se expressamente sobre a confirmação ou não do servidor no cargo.¹²

V - SITUAÇÃO ESTATUTÁRIA ATUAL NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Erigidos à categoria ímpar de "entidade estatal integrante da Federação"¹³, desempenham os Municípios papel fundamental na consolidação do conteúdo democrático-moralizador subjacente nas regras constitucionais pertinentes aos servidores públicos. Forçoso, pois, examinarmos a questão sugerida do estágio probatório à luz da normatização no Município de Fortaleza.

De acordo com o vigente *Estatuto dos Servidores do Município de Fortaleza (Lei nº 6.794, de 27.12.90)*, regem a matéria em análise os dispositivos 19 e 20, prevendo que, 60 (sessenta) dias antes do término do estágio probatório, o chefe imediato do analisado forneça informação ao órgão de pessoal sobre o mesmo, submetendo-se este veredicto à apreciação daquele órgão que, através de parecer, confirmará ou não a continuidade do servidor no cargo.¹⁴

Permissa venia, entendemos que foram outorgados ao órgão de pessoal poderes que extrapolam sua área de competência. Na maioria das vezes, referenciado órgão é constituído por servidores que não dispõem de formação profissional semelhante à do analisado. *Exempli gratia*, como poderá um órgão de pessoal constituído por administradores e contadores

¹² Superior Tribunal de Justiça — Acórdão RJP nº :00005641 — Decisão:11/06/1996 — Processo: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança — Número: 0002624 — Ano: 1993 — Origem: Rio de Janeiro — Órgão Julgador: Sexta Turma — Publicação: DJ data: 05/08/1996 — Página: 26414 — Relator: Ministro Vicente Leal.

¹³ Administrativo. Concurso Público. Estágio Probatório. Cumprimento. Conseqüências.

— Sendo a atividade administrativa do Estado plenamente vinculada e regida por princípios inarredáveis, como o da legalidade e da moralidade, é inadmissível a postura omissiva da autoridade em não proceder a avaliação e a subseqüente classificação de candidatos que, após a aprovação em concurso público, cumpriram integralmente o estágio probatório.

— Recurso ordinário parcialmente provido.

— Observação: Por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso."

¹³ O inesquecível Hely Lopes Meirelles, em seu *Estudos e Pareceres de Direito Público*, editado em 1971, (portanto bem antes da atual autonomia reconhecida aos municípios brasileiros), manifestava-se acerca de tal assunto: "o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é peculiaridade nacional. Em nenhuma outra Nação se encontra o Município constitucionalmente reconhecido como peça do regime federativo. Dessa posição singular do Município brasileiro é que resulta a sua ampla autonomia político-administrativa, diversamente do que ocorre nas demais federações em que o Município é circunscrição territorial meramente administrativa", p. 197.

¹⁴ O *Estatuto dos Servidores Públicos Cívicos da União*, em seu art.20, § 1º, prevê o prazo de 04 (quatro) meses anteriores ao término do estágio probatório para o encaminhamento da homologação da avaliação funcional do servidor pela autoridade competente.

sopesar o julgamento da aptidão de um Procurador do Município? Entendemos que, *ex vi* da futura reformulação administrativa perpetrada pelo Congresso Nacional, circunscrevendo a estabilidade a algumas categorias (desempenhando funções de Estado, tais como magistrados, membros do Ministério Público, auditores, procuradores, dentre outros), mister se proceda à revisão desses dispositivos, adaptando-os à nova *mens constitucionalis*.

Urge a adaptação, no âmbito do Município de Fortaleza, aos novos ditames constitucionais, *ad instar* da solução existente no Município de Araras - Estado de São Paulo, o qual, no art. 17 de seu Estatuto previu:

"Anualmente será composta a Comissão de Ética, formada por 03 (três) membros, com mandato de 1 (um) ano, permitida a recondução, para avaliar o desempenho do funcionário em estágio probatório, visando a conveniência ou não de ser confirmada a sua permanência no serviço público, por decisão final da autoridade municipal".¹⁵

Aludida Comissão Ética deveria naturalmente ser composta por profissionais da área do analisado, com real capacidade para considerar o acervo de trabalho desenvolvido por ele ao longo do estágio probatório, determinando a confirmação ou não deste servidor na corporação pública, em consonância com os ditames prescritos pela reforma administrativa federal (vide nota de rodapé nº 2).

VI - DURAÇÃO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO

A princípio, o legislador brasileiro vem equiparando o período do estágio probatório àquele aquisitivo da estabilidade. *"Divergem os tratadistas sobre o período do estágio, variando as opiniões e a legislação estrangeira entre seis meses e dois anos... Quanto à duração do estágio, o regulamento discriminaria os cargos existentes, fixando-lhes os períodos correspondentes. Desse modo, a fixação do período - dentro do teto adotado pela lei - seria da competência do Executivo, com a finalidade de adaptá-lo às variações de cada cargo, podendo ser modificado com facilidade, desde que o interesse da Administração impusesse qualquer alteração. O período único não atenderia às finalidades do estágio, pois não se pode tratar igualmente coisas heterogêneas... As profundas diferenças das atribuições inerentes aos cargos aconselham regime flexível, cuja adoção resulta da análise cuidadosa do trabalho."*¹⁶

¹⁵ in Boletim de Direito Administrativo, janeiro/97, p. 68.

¹⁶ José Medeiros, in op. cit., pp. 25 e 33.

Despiciendo, pois, tentar-se aproveitar tempo de ocupação em cargo público diverso, a pretexto de somar-se ao estágio probatório atual. É o que pontifica *Hely Lopes Meirelles*:

*"Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra unidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório."*¹⁷

Questão interessante se apresenta na hipótese de ser nomeado o servidor em cargo efetivo, durante o estágio probatório, para cargo comissionado. Neste diapasão, alerta *Diógenes Gasparini*:

"Não entendemos possível, ainda que lei a regulamente, a designação ou nomeação do servidor em estágio probatório para exercer outro cargo, e muito menos entendemos viável seu 'comissionamento' em outra entidade. O afastamento do servidor do exercício do cargo efetivo, durante o estágio probatório, impede a necessária verificação de sua aptidão para o exercício das atribuições do cargo que titulariza. Também não se conta qualquer tempo de serviço prestado à outra entidade, ou tempo anterior dedicado à mesma pessoa onde esse servidor estagia, ainda que no exercício de idêntica função".¹⁸

VII - ANÁLISE FUNCIONAL DO ESTAGIÁRIO

"A análise do comportamento funcional do estagiário representa o ponto fulcral do sistema e na sua utilização judiciosa e eficiente repousa a própria sobrevivência do instituto do estágio probatório. Na verdade, inexistindo esse crivo final, autêntica pedra de toque na integração do funcionário no cargo, o que se verifica é a permanência de elementos total ou parcialmente incapazes, alargando o serviço público civil de verdadeiros parasitas, que se defendem, pouco depois, com a couraça da estabilidade. quando algum chefe

¹⁷ in op. cit., p. 383.

¹⁸ in Direito Administrativo, p. 151.

côncio de seus deveres tenta importuná-los. Para evitar essa situação, o estagiário deverá ter seu comportamento cruamente analisado pelo chefe imediato, que anotará e documentará com exemplos de trabalho executado (fichas, minutas de expedientes, trabalhos datilográficos, levantamentos estatísticos ou contábeis, investigações científicas, etc.) conforme a natureza das atribuições estão sendo desempenhadas".¹⁹

No período do estágio probatório (ou estágio confirmatório), "durante o qual a administração apura a conveniência de sua confirmação no serviço".²⁰ Aponta a doutrina de escol vários requisitos tradicionais, repetidos nos diversos estatutos, tais como: assiduidade, pontualidade, aptidão, idoneidade moral, disciplina, eficiência, iniciativa, produtividade, responsabilidade, dedicação ao serviço, dentre outros.

VIII - HIPÓTESE DE NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ESTÁGIO PROBATÓRIO

Durante o interstício do estágio probatório, o servidor dispõe de efetividade, vez que ocupa um cargo público, ainda não havido adquirido a estabilidade, instituto diverso e posterior àquele.²¹

Consoante assegura Márcio Cammarosano, "durante o estágio probatório o nomeado já tem garantias quanto à efetividade, quanto à definitividade de sua investidura, pois não pode ser exonerado ad nutum. É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que referida exoneração só tem lugar diante da comprovação dos motivos ensejadores do desfazimento por essa via, da relação jurídico-funcional entre o nomeado e o Estado. 'O que os tribunais têm sustentado, informa in Hely Lopes Meirelles, - e com inteira razão - é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia do funcionário em observação, defeitos esses apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta de trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar. O necessário é que a Administração justifique, com base em fatos reais, a

¹⁹ José Medeiros, in op. cit., p.39.

²⁰ José Afonso da Silva, in op. cit., p. 582.

²¹ Discorre Ivan Barbosa Rigolin: "Sobre efetividade, sempre foi esta, no direito brasileiro, uma palavra reservada e designativa da natureza permanente da ocupação de certos cargos estatutários - em oposição à natureza instável e não-permanente da ocupação de certos cargos (os cargos em comissão)".

exoneração, como a final, sumulou o Supremo Tribunal Federal, nestes termos: "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade" (Súmula 21)".²²

Caso a análise funcional aponte para o não-preenchimento dos requisitos fixados na lei, *conditio juris* para a declaração da estabilidade do servidor, deverá o mesmo ser exonerado. Como alerta Hely Lopes Meirelles, esta exoneração não tem caráter de pena, não é demissão, "é simples dispensa do servidor, por não convir à Administração sua permanência, uma vez que se revelaram insatisfatórias as condições de seu trabalho na fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam a estabilidade no serviço público"²³

A circunstância de o servidor não reunir as condições essenciais para o bom desempenho do cargo é aferível por mera investigação sumária.²⁴ A jurisprudência é uníssona e iterativa em expressar que a sindicância sumária é suficiente para apurar as circunstâncias que comprovam o não-preenchimento dos requisitos do estágio probatório pelo servidor, pugnando pela desnecessidade de abertura formal de inquérito administrativo, assegurando-se ao servidor o direito à ampla defesa.²⁵ "A Súmula nº 21, do Supremo Tribunal Federal, editada ao tempo da Carta de 1946, dispôs que 'funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade'".²⁶ "A mesma exigência está implícita no artigo 5º, LV, da Constituição, que assegura aos acusados em geral, nos processos judicial e administrativo, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", lembra Maria Sylvia Zanella di Pietro.²⁷

"Outrossim, é evidente que, enquanto pender a decisão final, a estabilidade não se adquirirá, ficando, a partir da instauração do processo, suspenso o prazo de dois anos previsto para consumá-la".²⁸

Não aprovado no estágio, e, tratando-se de investidura original, o servidor deverá ser exonerado. Ademais, o estágio probatório não protege o servidor contra a extinção do cargo, como já decidiu a Egrégia Corte, na Súmula nº 22. Na hipótese de extinção ou de declaração de desnecessidade

²² in Provimento de Cargos no Direito Brasileiro, p.101.

²³ in op. cit., p.383.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça - RMS nº 5.300-7-ES, citado no Boletim de Direito Administrativo de setembro/97.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça - RMS nº 5.300-7-ES, citado no Boletim de Direito Administrativo de setembro/97.

²⁶ in Boletim de Direito Administrativo, julho/93, p. 410.

²⁷ in Direito Administrativo, p. 378.

²⁸ in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, p.123.

de seu cargo, deverá o servidor estável ser posto em disponibilidade, *com remuneração proporcional ao tempo de serviço*, até adequado aproveitamento em outro cargo (*ex vi* do art. 41, § 3º da Constituição Federal de 1988, com a nova redação imposta pela Emenda Constitucional nº 19).

IX - CONCLUSÃO

Tecidas as considerações perfunctórias *supra*, exsurge o sentimento de que, em atendimento ao princípio constitucional basilar da moralidade - que deve ser subjacente a toda e qualquer ação do administrador público - urge seja o estágio probatório efetivamente utilizado na esfera do serviço público.

Mais do que um instrumento necessário à averiguação dos méritos do servidor e sua capacitação ao exercício das funções públicas, desponta citado instituto como um mecanismo moralizador, através do qual se expurga, *ab initio*, pessoas sem habilitação e vocação para manusear a *res publica*.

No entanto, a sistemática inobservância da análise funcional por parte dos superiores do estagiário tem suscitado a estabilização automática do servidor, somente com o transcurso do tempo. Caracteriza-se, destarte, flagrante desrespeito à normatização imposta pelos diversos estatutos, os quais elencam múltiplos requisitos carecedores de acuradas observações no estágio probatório. Imperioso o respeito a esses ditames, sob pena de se subverterem as indicações doutrinária e legal, comprometendo-se as bases da estrutura de qualquer sistema administrativo - o servidor qualificado.

Mormente com o advento da Reforma Administrativa, inaugurada por força da Emenda Constitucional nº 19, e, em decorrência do novel § 4º do art. 41, forçosa a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade como condição para a aquisição da estabilidade. Esperamos o cumprimento do citado dispositivo, para que não reste como letra morta, inoperante e defenestrável, possibilitando, destarte, real aperfeiçoamento do ingresso no serviço público.

X — BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito Administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991;

- CAMMAROSANO, Márcio. Provimento de Cargos no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984;
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1971;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1995.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União. Bauru: Edipro, 1993;
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995;
- MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992;
- MEDEIROS, José. O Problema do Estágio Probatório. Rio de Janeiro: DASP, 1961;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1992;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971;
- PONTES, Valmir. Programa de Direito Administrativo. Fortaleza: Imprensa Oficial do Estado do Ceará, 1966;
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. O Servidor Público na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Saraiva, 1989;
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994;
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Estágio probatório dos servidores públicos. Boletim de Direito Administrativo julho/93.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE ATIVA E O E.C.A.

FRANCISCO LISBOA RODRIGUES
 ex-Professor de Direito Civil da UNIFOR
 ex-Defensor Público no Estado do Ceará
 ex-juiz de Direito do Estado do Pará
 Procurador do Município de Fortaleza
 Assessor Jurídico da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social
 Membro do IBCCRIM

SUMÁRIO

1. INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS
2. CONCEITO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA
3. LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA
4. LEGITIMIDADE ATIVA NA LEI Nº 7.347/85
5. LEGITIMIDADE ATIVA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
6. CONCLUSÃO.

1. A especulação cognoscitiva acerca do tema ora em apreço passa, necessariamente, pela dicotomia interesse público e interesse privado. Segundo o festejado Hugo Nigro Mazzilli, foi a partir dos trabalhos de Mauro Cappelletti, "que sofreu especial crítica a tradicional dicotomia entre *interesse público* (o indivíduo em relação ao Estado) e *interesse privado* (os indivíduos inter-relacionando-se)."¹ De fato. Observou o autor citado por Mazzilli que as categorias mencionadas não eram estanques e, mais, existia uma realidade equidistante àquelas que chamou de interesses coletivos.

Partindo dessa observação podemos ressaltar que na idéia de interesses coletivos, entendido como "aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas",² há, ainda, os que afetam um grupo indeterminável de indivíduos, surgindo, daí, os conhecidos interesses difusos. Pois bem. A conceituação precisa dessas categorias não é tarefa fácil, bem como se afasta da finalidade destas considerações, assim teremos por paradigma aquela delineada na Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Ali encontramos no art. 81, a seguinte redação, *in litteris*:

"Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo - 5ª ed. revista, ampl. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 20.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. pág. 21.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - omissis."

Como se percebe, a distinção básica entre interesses difusos e coletivos é a indeterminação ou não da titularidade do interesse ou direito, respectivamente. Contudo, ambos estão inseridos nos interesses e direitos supra-individuais. Atualmente, não mais existe discussão versando sobre a determinação sensível dessas categorias.

2. Em harmonia ao art. 75³, da *normalística substantiva civil*, a Lei Federal n° 7.347/85, ao dispor sobre a Ação Civil Pública, colocou à disposição de todos o instrumento viável para a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos. Releve-se que nem sempre foi dessa forma, já que, nas origens do citado diploma, foi excluída a expressão "a qualquer outro interesse difuso", constante do inciso IV, do art. 1°, através de veto. E aí se perdeu uma grande oportunidade para se avançar mais na proteção de outros interesses não relacionados na lei, como já preconizava a doutrina e a jurisprudência pátrias.⁴ A realidade aqui em realce perdurou até a entrada em vigor da Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que, em seu art. 110, estendeu a proteção a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", abrindo um leque de possibilidades.

A Ação Civil Pública, apontada por alguns, terminologicamente, como expressão semelhante à Ação Penal Pública, guardando as devidas adequações, pode ser conceituada, na lição de Édis Milaré, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, "como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil, em nome do interesse público, a função jurisdicional."⁵ Acrescentamos que tal provocação é possível quando a pretensão do autor visa a defesa de direitos difusos e coletivos.

3. A sistemática adotada pela Lei da Ação Civil Pública traz-nos a idéia da legitimação extraordinária (art. 6°, do Código de Processo Civil),

³ Art. 75, CC - A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública* - 2ª ed., rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revsita dos Tribunais, 1992, pág. 33.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* pág. 19.

posto que o autor da ação defenderia, em nome próprio, interesse alheio. É a distinção básica existente entre ela e a legitimação ordinária que se caracteriza quando o autor defende, em seu nome, interesse próprio. A posição realçada está expressada logo no art. 5°, da Lei n° 7.347/85. Ali se tem, em princípio, que os legitimados ativos *ad causam* não coincidem com os titulares do direito que se pretende proteger, sendo essa a razão de se falar em legitimação extraordinária.

4. O art. 5°, da Lei da Ação Civil Pública, assevera:

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

I - esteja constituída há pelo menos em ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."

A norma acima transcrita, precisamente no seu inciso segundo, que sofrera alteração por força do art. 111, do Código de Defesa do Consumidor, possui, na atualidade, redação ofertada pela Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994, que suprimiu, ao final, a expressão "ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

A impropriedade advinda dessa supressão é relevante, posto que poderá levar alguns intérpretes à falsa idéia de que só haveria possibilidade de defesa de direitos e interesses difusos e coletivos pelas pessoas ali relacionadas quando a realidade fática indicasse a presença de direitos emergentes das categorias ali realçadas. Creio que a visão não é a mais adequada diante do sistema normativo em vigor e relativo à tutela de interesses e direitos via ação civil pública.

A própria Lei da Ação Civil Pública nos leva à ilação supramencionada. Em o comando contido no art. 1°, inciso IV, temos:

"Art. 1° - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I a III - omissis

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - omissis"

Assim, claro está que quaisquer interesses difusos ou coletivos podem receber a proteção jurisdicional em se utilizando da ação civil pública, como é o caso dos relativos à criança e ao adolescente.

5. Ingressando, agora, nos direitos e interesses solidificados no Estatuto da Criança e do Adolescente vislumbramos, *ad inicum*, a ímpar importância da ação civil pública nesse contexto. Nesse sentido, o art. 108, do E.C.A., prevê diversas realidades fáticas ensejadoras de demandas judiciais numa demonstração clara da exigência de uma proteção integral aos direitos da criança e do adolescente. Ressalte-se que a via eleita, em destaque, é a da ação civil pública, contudo não se isola a opção de se utilizar de um outro remédio jurídico (art. 212). Muito lógico que assim o seja. Afinal, o art. 227, da *Charta Magna* arrola como prioridade absoluta a defesa e proteção à criança e ao adolescente, considerados como pessoas em desenvolvimento.

Como legitimados ativos *ad causam* para as ações que versem acerca de direitos difusos e coletivos, a Lei nº 8.069/90, em seu art. 210, indica:

"Art. 210 - Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária."

Relacionando-se o comando acima transcrito com o art. 5º, da Lei nº 7.347/85, concluímos que não há referência naquele às autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, o que pode conduzir à conclusão de que tais pessoas não estão legitimadas para o ingresso com a ação civil pública em matéria de resguardo aos direitos da infância e da adolescência. *Permissa venia*, dissentimos desse entendimento.

6. Com o advento da Constituição Republicana de 1988, instaurou-se um novo modelo de atendimento à criança e ao adolescente, substituindo-se a ultrapassada situação irregular, uma revelação nítida de paradigmas preconceituosos, pelo instituto da proteção integral (tem-se a criança e adolescente como indivíduos em *condição peculiar de desenvolvimento*), materializando-se na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).⁶

⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente - 3ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995, pág. 13.

Não se torna exagero acrescentar que, na atualidade, temos uma política pública no atendimento à formação adequada da criança e do adolescente, significando a *parceria* entre Poder Público e sociedade civil. Esse modelo se sobrepôs ao antigo e falido modelo da política governamental e não mais se justifica o alheamento da sociedade civil em tema de relevância estrita como esse em que a iniciativa da sociedade é imprescindível (ver art. 227, caput, da CF/88). Ora, em sendo assim, imperioso se faz que os que militam nesse foro lancem mão de mecanismos eficazes à defesa dos interesses e direitos tutelados pelo E.C.A., do contrário, estaríamos no campo da abstração improdutiva e da quimera ideológica. Vejamos que o próprio Estatuto realiza referência à Lei da Ação Civil Pública, que será aplicável, embora subsidiariamente.

Sabidamente, o art. 224, do Estatuto, diz:

"Art. 224 - Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985."

Em princípio se tem que as regras da LACP são aplicáveis. Dificuldade poderia surgir no que concerne à expressão *no que couber*. A expressão incluída no texto da norma do art. 224, exclui a presença das pessoas não referidas no E.C.A., como ressaltado acima? Acreditamos que não. A aceitação dessas pessoas (autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), em tese, como legitimados à ação civil pública não subtrai a eficácia do comando supra; ao contrário, confirma-o. Não há, pois, contradição lógica entre os comandos, bastando que se leve em apreço o art. 1º, inciso IV, c/c art. 5º, ambos da Lei nº 7.347/85.

Logicamente, não é aceitável, a título de exemplificação, ações intentadas por qualquer pessoa jurídica, mas somente daquelas que possuam como finalidade institucional a defesa e proteção aos interesses e direitos tutelados pelo Estatuto, em aplauso ao princípio da simetria das formas. Justifica-se o entendimento aqui esposado tomando-se como partida o texto constitucional. O art. 227, caput, possui a redação seguinte:

"Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Ora, restringir a aplicabilidade do art. 5º, da LACP em matéria tutelada pelo E.C. é o mesmo que contrariar a teleologia da norma

constitucional. Quis ela que a proteção fosse integral e universalizada na forma expressada, daí porquê o fato do Estatuto ser tido como norma especial não afasta o que aqui se argumenta. *V. g.*, no Município de Fortaleza, como entidade vinculada à Administração Municipal (ver art. 1º, do Decreto Municipal nº 10.061, de 01 de abril de 1997), temos a Fundação da Criança da Cidade - FUNCI. A lei que alterou dispositivos da que a criou - Lei nº 8.120, de 18 de dezembro de 1997 - dispõe, logo no primeiro artigo, que a FUNCI tem como finalidade "exercer ação preventiva e educativa junto à criança e adolescentes em situação de risco pessoal e social, no Município de Fortaleza, visando promover a inclusão social, restabelecer vínculos sociais e familiares e incentivar o exercício da cidadania." Pois bem. Se a FUNCI, fundação vinculada à Administração Municipal, tem por objetivo institucional a tutela de direitos infanto-juvenis, qual a razão teórica ou prática de lhe negar a legitimidade para a ação civil pública? Será que o rol do art. 210, da Lei nº 8.069/90, é taxativo e capaz de restringir a teleologia contida no art. 227, da *Charta Magna*?

Não pairam dúvidas de que a proteção integral, com absoluta prioridade, aos direitos das crianças e adolescentes é dever de todos, Poder Público e sociedade civil, não se justificando quaisquer restrições a nível infra-constitucional, inclusive teóricas.

Em comentários sobre à ação civil pública, o ilustre Professor da UERJ, Luis Roberto Barroso, leciona que "...o Texto de 1988, todavia, não capitulou no elenco dos direitos individuais e coletivos enunciados em seu art. 5º. Diretriz diversa fora seguida pelo Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que instituiu o novo remédio no capítulo dedicado aos direitos e garantias, com a seguinte redação (art. 36, § 2º):

"É assegurada a legitimação do Ministério Público, de pessoa jurídica qualificada em lei e de qualquer do povo, para a ação civil pública, visando à proteção dos interesses sociais a que se refere o presente artigo."

E acrescenta que "nesse Anteprojeto era conferida, expressamente, legitimidade ativa às pessoas físicas."⁷ É de fácil percepção que a idéia primeira era a de ampliar o rol de legitimados à ação civil pública, o que, infelizmente, não ocorreu na legislação ordinária, de forma expressa. Contudo, entendemos que não há razão plausível para tal restrição, tendo em vista a finalidade do instituto e dos princípios que o informam. Mais. Nenhuma justificativa saudável pode existir para se afastar da legitimação ativa *ad causam* as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista que possuam como objetivo institucional a defesa de direitos da criança e do adolescente.

⁷ BARROSO, Luis Robert. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira - Rio de Janeiro: Renovar, 1993, págs. 137-38.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. pág. 138.

Cremos que hermeneuticamente, ao utilizarmos as interpretações teleológica e sistemática, desembocamos nessa conclusão. É, também, *mutatis mutandis*, o pensamento de Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

*"O instituto é novo e comporta aprimoramento, em atendimento a necessidades que sua utilização continuada virá revelar. Desde logo é possível cogitar da extensão da legitimidade ativa a particulares, agindo em nome da coletividade, uma vez dotados de "representatividade adequada". Deve-se considerar, também, que, além das associações formalmente constituídas, existem outros agrupamentos inorgânicos que titularizam interesses comuns, como os mutuários do sistema financeiro, os contribuintes de tributos, os internos de um estabelecimento penal, etc., cuja atuação em juízo deveria ser facultada. O próprio âmbito dos interesses tutelados comporta ampliação, não havendo razão para restringir as ações coletivas aos temas que a lei, *numerus clausus*, delimita."*

6. Em conclusão, somos de que todas as pessoas jurídicas enumeradas no art. 5º, da Lei 7.347/85, possuem legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública em se tratando de direito difuso ou coletivo tutelado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. pág. 140.

A BUSCA DO DIREITO NATURAL

LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL

Procuradora do Município
Especialista em Direito Público
Doutoranda em Ciências Jurídicas.

Neste trabalho abordaremos dois dos cinco pilares do Direito ocidental, na concepção de Pedro Scuro Neto, em nossa busca das origens históricas do Direito Natural: a família e a propriedade.

Iniciaremos, pelo desenvolvimento de antigos institutos e costumes inerentes à civilização greco-romana, os quais mostravam-se semelhantes em muitos aspectos, levando alguns historiadores a crer que, gregos, italianos e hindus, provinham de uma mesma raça, cujos ancestrais, em tempos bastante remotos, habitavam regiões da Ásia Central, constituindo os povos mais comumente conhecidos como "árias". Sabe-se de sua existência através dos livros dos vedas, cujos hinos atestam sua passagem acerca de trinta e cinco séculos atrás. Muito do que hoje sabemos da história antiga, aliás, restou conservado nos versos, poemas e cantos de seus povos.

Veremos, em Sófocles, como Antígona afronta o rei Creonte, que a ameaça de morte, para garantir um sepultamento condigno a seu irmão Polonice, que havia morrido combatendo contra sua pátria: Tebas.

"Creonte: te atreves a passar por cima da Lei?"

Antígona: não foi Zeus quem me havia ordenado, nem Dike, companheira dos deuses subterrâneos, nunca difundiu entre os homens, leis deste tipo. E não creio eu que tuas leis tenham tido tanta força, como para permitir que somente um homem possa passar por cima das leis não escritas, imutáveis dos deuses: cuja vigência não é de hoje, nem de ontem, senão de sempre, e ninguém sabe quando foi que apareceram. Não iria eu provocar o castigo dos deuses por temor ao que alguém poderá pensar..."

Da fala de Antígona, duas coisas, do logo, podem ser ressaltadas:

1. a importância conferida ao sepultamento;
2. a existência de uma lei natural, anterior e inerente ao ser humano, ditada pelos deuses.

No texto, Antígona prefere ser condenada à pena de morte que deixar seu irmão insepulto.

De acordo com o antigo costume, o repouso e a felicidade eterna dependiam do sepultamento. Acreditava-se que a alma insepulta permaneceria errante, sendo necessário que se cumprissem todas as formalidades da cerimônia religiosa, a fim de que a alma do morto pudesse encontrar a paz e a felicidade além túmulo. Enterrava-se o homem juntamente com seus objetos pessoais, vestes e armas; derramava-se vinho sobre a sepultura, deixando - se ali também alimentos, para saciar a sede e a fome do morto. Cantavam-se hinos, pronunciando determinadas fórmulas, para garantir a tranquilidade da alma dos antepassados, que agora seriam cultuados como deuses.

O culto aos antepassados é mais que uma antiga tradição. Na verdade, representa a essência do pensamento das sociedades daquela época, que acreditavam ser estes os seus deuses. Cada família possuía seus próprios deuses e cultos particulares, praticando as cerimônias no recinto de suas casas, onde eram erigidos os templos que abrigavam as sepulturas de seus membros. Não existia ainda, a idéia de "criação", por isso, os antepassados do gerador eram adorados como entes divinos, manifestando-se, pois, a religião, no seio de cada família, sem regras uniformes e sem rituais comuns. O culto era presidido pelo chefe da família, transmitindo-se de pai para filho. Somente o pai, único intérprete e pontífice dessa religião, poderia ensiná-la ao filho.

Os mortos eram denominados pelos gregos como "deuses subterrâneos" e pelos romanos de "deuses manes", enquanto suas almas divinizadas chamavam-se respectivamente, "demônios ou heróis" e "lares ou gênios".

Era costume existir em todas as casas, de gregos ou romanos, um altar, sob o qual deveria sempre se manter um pouco de cinza e brasas, sendo obrigação do dono da casa, zelar para que este fogo se mantivesse eternamente aceso, pois o fogo sagrado possuía todo um simbolismo peculiar, acreditando-se que " fogo extinto, família extinta". A pedra do altar era a lareira, onde eram colocados os deuses manes, representados por pequenas estatuetas, simbolizando os deuses encarnados. É possível que o fogo doméstico, em sua origem, tenha sido considerado como expressão do culto dos mortos, acendendo-se para honrá-los, a fim de conservar-lhes a vida ou representar a imortalidade da alma.

Na linguagem vulgar, fogo ou lar doméstico eram sinônimos. Ressalta, porém, Cícero, que não se distinguem os penantes dos deuses lares.

Do mito do fogo sagrado se criou a grande Vesta, deusa virgem que encarnava a ordem moral. O fogo era tido como um ente sagrado e deveria permanecer " puro", ou seja, em sua presença não deveria o homem

praticar qualquer ato culposo, vez que este representava um deus encarnado. Além de aquecer, cozer e brilhar, também estipulava deveres. O fogo é o deus que protege, possuindo, portanto, espírito e consciência. É o deus de todas as coisas, da riqueza, da saúde, da abundância, da virtude, do afeto e da moral e, mais que isso, é o mediador entre deuses e homens.

A morte representava um grande mistério, não estando então relacionada a grande problemática debatida pela religiões da época, como o zoroastrismo, o mitraísmo e o gnosticismo, por exemplo, consistente na existência de céu e inferno. Havia um profundo desprezo pelo mundo e essas doutrinas ofereciam promessas de salvação, através de um salvador pessoal, e de uma melhor sorte na vida futura. Assim o culto aos antepassados explicitava a representação de deus, segundo a concepção desses povos. Seus deuses eram os próprios antepassados e, portanto, nem superiores nem inferiores a eles, podendo, por fim, todos tornarem-se deuses, desde que cultuadas suas almas, de acordo com os ritos e fórmulas religiosas.

Supõe-se que a religião do fogo sagrado remonte a épocas bem distantes, muito antes da existência de gregos, italianos ou hindus, provavelmente, ao tempo dos árias.

A religião do fogo sagrado, foi, na realidade, o mais poderoso vínculo da família, situando-se em grau de importância superior ao nascimento e aos sentimentos, constituindo o verdadeiro poder de união da família. Esta era vista mais como uma associação religiosa do que natural. Era designada epistion pelos gregos, que significava aquilo que está junto ao fogo sagrado. A religião estabelecia o vínculo familiar, podendo criá-lo, modificá-lo ou extingui-lo, tanta era sua força e sua importância.

O parentesco e o direito à herança não eram regulados pelo nascimento, mas pelo direito de participação no culto. O Direito, que inexistia ainda como ordenamento, estava, entretanto, contido na religião. Assim, o legatário, se recusasse adotar o culto da família, perderia o direito ao legado; o filho que renunciasse ao culto ou se emancipasse, deixava de pertencer a família e nada poderia herdar; o filho adotivo tornava-se filho verdadeiro ao compartilhar o culto da família; a mulher só era considerada quando iniciada no culto, o que só ocorria após o casamento, quando passava a pertencer a família do marido, não possuindo, contudo, direito a herança em qualquer hipótese.

O casamento foi, talvez, a primeira e a mais importante instituição estabelecida pela religião doméstica, possuía natureza contratual e tinha como fim perpetuar a família, podendo ser anulado em caso de esterilidade da mulher. A família era um instituição tão poderosa que não se permitia a anulação do casamento em caso de esterilidade do marido. Neste caso, a mulher era obrigada a unir-se ao parente mais próximo do marido, para procriar. O direito ao divórcio lhe era negado. Tais eram as regras comuns a gregos, romanos e hindus. O homem não pertencia a si mesmo, era

propriedade da família. Todavia, o vínculo de sangue não era suficiente para estabelecer o parentesco, era indispensável haver o vínculo religioso, o qual se reconhecia pelo direito de oferecer os sacrifícios ao mesmo antepassado comum.

Neste sistema, era inadmissível o parentesco pelas mulheres, embora a sua presença fosse imprescindível na realização do culto doméstico. A maior desgraça para um grego era ter um lar sem esposa. Para os romanos, o sacerdote viúvo perdia o direito de celebrar o culto. Embora a mulher não fosse prestigiada juridicamente, o mesmo não ocorria em relação a família. A religião impunha uma severa conduta aos homens, tornava obrigatório o casamento e a procriação, e punia o adultério, vez que o filho nascido fora do casamento era visto como um estranho, não podendo herdar o sacerdócio do pai. Essa cultura era tão forte, que assistia ao pai o direito de rejeitar o filho recém-nascido, conforme prescreviam as leis gregas e romanas.

A união de vários ramos de uma mesma família deu origem a gens (Roma) ou ghenos (Grécia), cujos membros eram reconhecidos tanto pela identidade de sacrifícios comuns, como pelos ritos religiosos que tinham a cumprir. Os membros da gens mantinham vínculos bastante estreitos; uniam-se na celebração do culto religioso e ajudavam-se nas dificuldades da vida, participando, inclusive, financeiramente, se algum deles não podia pagar uma dívida assumida. Pagavam a multa dos condenados e resgatavam os prisioneiros. Se um era citado para comparecer ao tribunal, todos os membros o acompanhavam. Existia entre eles, um forte senso de dever, que os impedia, entretanto, de levar ao tribunal seus próprios membros, pois havia na gens, a sua própria justiça. Cada gens tinha seu chefe, que geralmente usava o título de arconte. As gens, tanto em Roma como na Grécia, reuniam-se em assembleias e promulgavam decretos que obrigavam a todos os seus membros; além disto, podiam herdar uns dos outros.

A família antiga possuía ainda, um outro componente, cuja admissão decorreu de necessidades naturais oriundas do distanciamento sempre existente entre ricos e pobres: o servo. Este tornava-se integrante da família, sendo-lhe assegurado o direito de participar do culto religioso, que o manteria preso, assim como a seus filhos, pelo resto de suas vidas. A autoridade do chefe da família era igualmente reconhecida pelo servo, que sequer podia casar sem seu consentimento, pois suas obrigações para com ele eram incessantes.

O servo era conhecido também com o nome de **liberto ou cliente** e os mesmos vínculos religiosos o prendiam a família, não sendo permitido testemunhar na justiça contra este, embora o fosse contra um cognado, porque a descendência ligada a mulher não criava parentesco, nem dava direito a compartilhar o culto.

Como se pode observar, a família era em si uma instituição muito rígida e indivisível, em função da religião que a orientava tanto em seu relacionamento interno como externo. A religião criara os deuses e os fixara na casa de cada uma das famílias, ligando-as eternamente aquele lugar. A família era indivisível e seus deuses era irremovíveis, fixados que estavam ao solo onde estavam enterrados os antepassados. O deus da família desejava ter uma morada fixa, por isso tanta importância era atribuída ao sepultamento. A sepultura estabelecia o vínculo indissolúvel da família com a terra. Assim, podemos dizer que o direito de propriedade era um direito inato ao homem e que sua concepção estava implícita na religião.

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

A idéia de dividir as terras, conseqüentemente, sequer era cogitada naquela época. O solo sagrado pertenceria sempre a mesma família, de conseguinte, é correto dizer que a propriedade era "inalienável e imprescritível". Os homens viviam ainda isolados, não sendo permitido a um estranho construir sua casa ao lado de outra, sob pena de violação da propriedade.

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

A idéia de se invadir ou ultrapassar a propriedade de uma família era inconcebível. Para isto, seria necessário deslocar o termo.

A lei etrusca dizia que: "Aquele que tocar ou remover o marco será condenado pelos deuses: sua casa desaparecerá e a sua raça extinguir-se-á; sua terra não produzirá mais frutos; o granizo, a ferrugem e o calor da canícula destruir-lhe-ão as colheitas; os membros do culposo cobrir-se-ão de úlceras e cairão por definhamento." Sujeitava-se, pois, a severas penas, quem ousasse cometer tal sacrilégio.

O direito de propriedade, entretanto, só muito mais tarde foi concedido ao indivíduo e, ainda assim, de início, era-lhe facultado apenas o direito ao fruto do seu trabalho, ou seja, sobre a colheita ou o rebanho, diferindo neste ponto, o costume grego, que obrigava os cidadãos a compartilhar sua colheita com a comunidade, usufruindo-a em sociedade.

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

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

A expropriação por utilidade pública era completamente ignorada pelos antigos, assim como o confisco, o qual se praticava somente em caso de sentença de exílio. Se o homem perdia o título de cidadão, nenhum direito mais lhe restava. Inexistia também, a expropriação por dívidas. Segundo o antigo direito das cidades, não se permitia que a propriedade fosse confiscada em favor do credor; o devedor pagaria com o próprio corpo, mas não com a propriedade, pois esta era inseparável da família.

Pequenas mudanças foram pouco a pouco alterando o perfil dessa sociedade multifamiliar, de caráter essencialmente religioso. À medida em que foram surgindo as necessidades de maior organização e de desenvolvimento econômico, as famílias foram se reunindo em grupos, denominados de **FRATIA** pelos gregos e de **CURIAS**, pelos romanos, liderados pelo **FRATIA** ou pelo **CURIÃO**, os quais eram investidos nas funções de chefe e sacerdote. Surgiu assim, o culto comum. Após algum tempo, o agrupamento de **FRATIAS** ou de **CURIAS** fez nascer a **TRIBO**, a qual era constituída sob a forma de uma sociedade independente, tinha sua própria religião e seu culto comum, seu altar e sua divindade protetora denominada de **herói**. A tribo reunia-se em assembléia e promulgava seus próprios decretos, tinha tribunal e poder de jurisdição sobre todos os seus membros. Era chefiada pelo **TRIBUNUS**.

As tribos não permitiam a participação de estranhos nem a fusão entre si, impedindo, assim, a adesão de novas famílias, o que retardou em muito, o surgimento da cidade. Deve-se ressaltar ainda, que o direito privado existente na época do isolamento subsistiu por bastante tempo, de modo que a administração e a aplicação da justiça era feita internamente apenas, pelo chefe de cada família, **FRATIA** ou **CURIA**.

O cidadão romano ou ateniense fazia parte, ao mesmo tempo, de várias e distintas sociedades, nas quais era admitido, invariavelmente, através de cerimônias religiosas, realizando-se a primeira, dez dias após o seu nascimento. Para ser admitido no seio da **FRATIA**, o pai deveria jurar perante esta que aceitava o filho na presença de todos os membros. Em seguida, imolava-se uma vítima, assava-se sua carne sobre o altar, compartilhando-a com o mancebo, que tornava-se membro da associação. Se houvesse dúvida quanto a legitimidade de seu nascimento, era recusado, retirando-se a carne de sobre o altar. Aos 17 ou 18 anos, era novamente apresentado para ser admitido na cidade, por meio de outra cerimônia: colocado diante do altar e da carne da vítima, pronunciava o juramento pelo qual se obrigava, dentre outras coisas, a respeitar sempre a religião da cidade, sendo iniciado, a partir desse dia, no culto público, tornando-se, assim, também cidadão.

A associação de várias tribos entre si, deu origem a cidade, todavia, isto só foi possível com a condição de que o culto de cada uma delas fosse respeitado.

Verificou-se na religião e na política, a continuação de vários pequenos cultos e governos, acima dos quais se instalaram depois, o culto e o governo comum. O estabelecimento de um governo central, porém, não impediu que cada cantão conservasse ainda seus chefes, juizes e seu direito de reunião.

A formação da cidade, entretanto, não se verificava com o decorrer do tempo, como acontece atualmente. Naquela época, escolhia-se o local e fundava-se a cidade sob a orientação dos deuses, transportando-se para o local a terra e os antepassados. Os gregos e os romanos acreditavam que o local destinado a nova cidade deveria ser indicado, mediante revelação da divindade, consultando-se o oráculo de Delfos.

O fundador da cidade era tido, pois, como um homem sagrado, a quem era atribuída a responsabilidade pela realização do ato religioso, sem o qual a cidade não poderia estabelecer-se. Deveria invocar os deuses e fixá-los na nova cidade.

Na Grécia como em Roma, existiam uma infinidade de deuses políadas, aos quais não se conferia, o dom da ubiqüidade. De início, o culto era permitido somente aos cidadãos locais, só muito mais tarde é que os estrangeiros puderam dele participar. A religião inspirava e ordenava a vida na cidade, entendida esta, como sendo a associação religiosa e política das famílias e das tribos. A urbe era então, o lugar de reunião, o domicílio e, sobretudo, o santuário dessa cidade.

A religião da cidade, como já foi dito, tinha o culto comum, seu sacerdote era designado de **rei**, chamado pelos gregos de **prítane** ou **arconte**. Sua função principal era realizar as cerimônias religiosas, devendo velar pelo fogo sagrado da cidade, o qual era encerrado no recinto de um edifício a que os gregos denominavam de **prítaneu** e os romanos de **templo de vesta**.

A autoridade política do rei decorria de sua condição de sacerdote da cidade, o que o tornava, simultaneamente, chefe militar e magistrado. A religião fez introduzir nas cidades antigas seus chefes e reis, originando-se assim, a realeza, meio política e meio religiosa, porém, de natureza hereditária, vez que a religião prescrevia que em todo sacerdócio, o filho sucedesse o pai. No futuro, as revoluções iriam suplantam a realeza e instaurar o regime democrático, ainda ligado a religião, substituindo o rei pelo magistrado, que foi também sacerdote e chefe político, tanto em Roma como na Grécia, diferindo apenas, a forma como este era escolhido.

Na Grécia, a escolha do magistrado era feita por sorteio.

Em breve comentário, Platão sintetiza com perfeição, o pensamento dos antigos: " O homem que a sorte designou, dizemos ser o

mais querido à divindade, e achamos justo que ele governe. Para todas as magistraturas que dizem respeito às coisas sagradas, ao deixarmos à divindade a escolha dos que lhe são agradáveis, entregamo-nos à sorte".

Em Roma, todavia, a escolha cabia aos homens.

Ao magistrado em exercício, seriam revelados três nomes pela divindade, para serem submetidos à eleição em assembleia, não podendo o povo indicar outros. Dizia-se por isso, com justa razão, que o presidente da assembleia criava o CONSUL, já que só ele era capaz de descobrir a vontade divina, indicando o homem que iria dispor da religião e da economia da cidade.

Observa-se que por muitos anos, o exercício das atividades políticas e religiosas esteve concentrada nas mãos de um único homem. As relações sociais foram, desde o início, e continuavam sendo, reguladas pelas religião. A formação da cidade, a escolha do governante e as relações dessa sociedade sofreram enorme interferência da religião. Direito e religião continuavam unidos, existindo apenas para o cidadão, pois, somente aquele que tinha vínculos com a religião da cidade, era protegido por suas leis. A lei não existia para o estrangeiro, nem para o escravo, porque estes não tinham acesso ao culto da cidade. Só a partir do momento em que o estrangeiro pode se inscrever no registro de cidadãos da cidade, é que lhe foi permitido participar do culto e, conseqüentemente, gozar de alguns direitos. Entretanto, para que lhe fosse assegurado o exercício de qualquer direito, era necessário que este adotasse um patrono, ou seja, deveria vincular-se como cliente a um cidadão, para poder gozar de alguns benefícios do direito civil e adquirir proteção das leis. De outro modo, não poderia tornar-se proprietário, casar, comerciar ou contratar. Foi preciso então, que se criasse um Tribunal de Exceção para julgar o estrangeiro, sendo seus juizes denominados em Roma e na Grécia, respectivamente, de **PRETOR** e **POLEMARCO**.

O direito civil era aplicável somente aos cidadãos de uma mesma cidade, baseando-se, portanto, no princípio da **PESSOALIDADE** e não da **TERRITORIALIDADE**. A perda do título de cidadão representava, pois, a perda de todos os direitos.

As faltas cometidas contra a cidade eram punidas com a pena de **ATIMIA**, ou seja, com a perda do direito de cidadania, o que colocava o indivíduo na condição de estrangeiro dentro de sua própria cidade. Não sendo cidadão, perdia também os vínculos com a religião, já que era dever do cidadão tomar parte nas cerimônias religiosas. Assim, aquele que não se inscrevesse no censo, era castigado com a perda do direito de cidadania.

A religião desempenhava importante papel na vida desses povos, fosse em tempo de guerra ou de paz, embora não possuísse ainda caráter universal. Duas cidades não tinham a mesma religião, nem os mesmos deuses ou festas, em tudo eram diferentes porque a religião era estritamente

local. Ademais, era destituída de qualquer sentido abstrato que induzisse o homem a reflexão. Valia pela prática dos rituais e dos sacrifícios, cuja observância era obrigatória.

Num segundo momento, o homem da antiguidade, transformou em deuses, elementos da natureza: a árvore, o solo, a terra, o sol, os astros, as águas dos rios e muitas outras coisas, julgado-os todos semelhantes a si mesmo, o que o fez conferir-lhes pensamento, vontade etc, embora reconhecesse sua dependência em relação a eles. Não lhe passava pela cabeça, pudessem tais coisas ser governadas por um único Ser. Desconheciam a concepção de universo e do Deus único.

Embora ínsito à consciência do homem, o direito natural, como demonstrado no texto de Sófocles, não estava vinculado a concepção de um Deus universal. Era visto como um direito preexistente, universal e imutável, remetendo este sim, aos conceitos do justo e injusto, de certo e de errado, de bem e de mal, que iriam interferir dali em diante, em todo o seu desenvolvimento, não só como fundamento de uma filosofia do direito como também como conjunto de regras de um sistema jurídico.

Não é nossa pretensão, entretanto, aprofundarmo-nos, no causticaste tema do direito natural, mas apenas tecermos brevíssimos comentários acerca do seu surgimento, ou melhor, de sua colocação em uma época em que se começam a fazer questionamentos sobre a origem das leis, ligados ao descobrimento da dualidade do homem, sua conscientização como ser, e sua participação na dinâmica deste universo.

Grande mérito deve-se aos sofistas, especialmente a **PROTÁGORAS**, por extrair do direito, o sentido religioso, do qual decorria sua origem divina e, de conseqüente, sua imutabilidade, atribuindo-o à inteligência do homem. E, sendo obra do homem, estaria inevitavelmente ligado as circunstâncias da realidade e ao poder instituído, o que não significava necessariamente, que todas as leis fossem boas. A concepção de boa ou má deveria ser perquirida em razão do grau de reconhecimento ou aceitação por parte da população, critério ainda bastante atual para definir a legitimidade de uma norma jurídica.

Os jovens sofistas, discípulos de **PROTÁGORAS**, fizeram duras críticas as instituições sociais então vigentes, expondo o conflito entre o direito positivo e o direito natural, vinculado a questões de interesse e poder, o que deixou claro, pela primeira vez, os conflitos entre grupos sociais vistos sob uma perspectiva sociológica.

Alf Ross, em sua excelente obra **SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTIÇA**, ressalta que " **ELLOS ADVIRTIERON CUAN VACUO Y ENGAÑOSO ERA ATRIBUIR DIVINDAD A LAS LEYS. LAS LEYS DE LOS HOMBRES SON LA CORPORIZACIÓN DEL PODER ARBITRARIO DE LOS GOBERNANTES.**"

Segundo Protágoras, não há Direto universal e eterno, e as leis não são de origem divina. Tal ensinamento provocou grande tumulto na época e representava para muitos, uma ameaça a civilização. Assim, os sofistas eram vistos com imorais e desonestos em matéria intelectual - embora constituíssem um grupo de professores de retórica - em virtude das críticas que faziam a moral e as doutrinas absolutistas. Platão foi um de seus maiores contendores, combatia severamente sua doutrina, e apesar de ser reconhecidamente moralista - assim como Aristóteles - ambos defenderam a instituição da escravidão, a qual justificavam como sendo fundada na "natural desigualdade dos homens".

Interessante notar, que sofistas como HIPIAS - que defendia que todos os homens são iguais por natureza e que só por virtude das leis se introduziram a desigualdade e a escravidão - LICROFONTE, que exigiu a abolição da nobreza, e FACEAS, que reclamou a distribuição igualitária de terras e que o direito a educação estivesse disponível a todos, ficaram estigmatizados como desonestos e imorais, apesar de pugnarem por reformas nitidamente humanistas.

Na verdade, Platão e Aristóteles, tiveram todo o trabalho de reconstruir a crença no eterno e no absoluto.

Deve-se, em especial, a Aristóteles, a construção de uma filosofia metafísica, nascida das antigas crenças sobre magia e religião, que culminou no reconhecimento do "ser íntimo da existência e das coisas", ou seja, cada coisa possui em si uma essência e uma forma que lhe são próprias e que a caracterizam. Acresce que: "enquanto a semente não se desenvolve como planta, a planta não existe (como uma realidade), mas existe (em potencial) como medida orientadora ou objetivo profundamente alojado no ser da semente".

Este pensamento remete a reflexão de que o homem, embora concretamente não se possa visualizar, possui em si duas partes: é um ser sensitivo, mas é também um ser racional. Encontra-se, de um lado, ligado a natureza e, de outro, a questão da moral, da justiça, da liberdade etc. Aristóteles porém, não se ocupou em desenvolver um pensamento sistemático sobre o conteúdo da moral, conformando-se com a idéia que sobre ela tinham os homens bons e sensatos. Mas suas idéias éticas, entretanto, influenciaram profundamente o direito natural canônico, conferindo a filosofia do direito natural um traço conservador e metafísico, defendendo, como salientou Alf Ross que: "LA LEY NATURAL ES AQUELLA VÁLIDA EN SÍ MISMA Y OBLIGATORIA PARA TODOS".

Tal idéia coaduna-se de maneira clara ao pensamento de Antígona, segundo o qual a lei natural possui um caráter de validade absoluta e situa-se acima de qualquer outra. Deve-se lembrar, porém, que o direito da antiguidade estava estritamente vinculado a divindade, e as leis naturais eram, implicitamente, dadas pelos Deuses e gravadas na consciência do

homem pela natureza. Portanto, as leis dos homens não poderiam contrariar as regras que os Deuses e a natureza haviam outorgado, pois, no momento em que assim procediam, suas leis padeciam de validade.

Platão havia introduzido sua concepção de direito natural, asseverando que as leis dos homens nada mais eram que formas imperfeitas, e que a perfeição se encontrava no mundo das idéias. Ora, se a perfeição não existia no plano material, conseqüentemente, as leis dos homens eram imperfeitas e, em sendo assim, nem sempre seriam boas ou justas. O que fazer então quando se colocasse a questão sobre a injustiça de uma Lei?

Segundo Abelardo Levaggi: "LA IDEA DE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN JURÍDICO ANTERIOR Y SUPERIOR AL HUMANO POSITIVO, NACIÓ COMO SOLUCIÓN PARA EL PROBLEMA QUE LAS LEYES INJUSTAS LE CREAN A LA RECTA CONCIENCIA" (in Manual de Historia Del Derecho Argentino, Ed. Depalma, 1991).

Sócrates já dizia que a capacidade de distinguir entre certo e errado radicava na razão humana e não na sociedade, e sendo o homem dotado de razão, sua consciência de certo e de errado é que determina seu agir correto. Nisto consiste a sua "RETA RAZÃO".

Note - se que a caracterização do Direito Natural apoia-se, essencialmente, no reconhecimento das leis divinas, sua eternidade e supremacia sobre as leis humanas.

O Direto Natural, visto sob a ótica de Aristóteles, ressalta da própria natureza do homem, que é dinâmica e o impele a buscar um fim, que não é outro senão a "vida perfeita". Aristóteles, entretanto, acreditava na mutabilidade das coisas da natureza, e que nelas subsistiam, simultaneamente, substância e forma peculiares. A substância encerra em si, apenas um aspecto da possibilidade que lhe é inerente, como, por exemplo, no caso da semente e da planta, ou ainda, no caso do escultor que tira da pedra de granito a escultura de um cavalo. Como saber que o cavalo estava ali dentro?

Esta concepção, porém, ia de encontro ao pensamento de Platão, que acreditava que as coisas ligadas ao mundo dos sentidos, ao corpo do homem, são mutáveis, e que só as "formas" ou "idéias" é que são imutáveis. Em seu entendimento, a alma já existia antes de vir habitar nosso corpo, portanto, tudo quanto existe na natureza, não é mais do que simples reflexo do mundo das idéias, e por conseguinte, da alma. Neste ponto divergia, profundamente, da compreensão de Aristóteles, para quem a alma humana reflete tão só o que existe na natureza e, de conseguinte, tudo que existe na consciência foi antes experimentado pelos sentidos. Assim, o Direito Natural caracteriza-se também como "universal", possuindo apenas princípios imutáveis. Encontrava-se gravado na consciência humana e era o mesmo em qualquer lugar.

A dualidade atribuída ao homem - ser sensual e ser racional, representou um grande avanço do pensamento da época, suscitando conflitos em muitas mentes. Conflitos ainda hoje não resolvidos, por envolverem conceitos subjetivos, conformadores de uma verdade ao mesmo tempo pessoal e universal. Conceitos de bom e mau, certo e errado, justo e injusto existem em todas as sociedades, porém, possuem conteúdos ou conotações variáveis. Veja-se, por exemplo, que entre os esquimós, é costume sacrificar o idoso; entre os antigos hindus, quando morria um homem casado, sua esposa era queimada junto com seu cadáver, para que ela o acompanhasse também após a morte.

Então, onde se encontra a justiça nestes casos, ou a maldade? Como julgar o procedimento destes povos de costumes tão diferentes?

Como definir o que é certo e o que é errado?

Como definir o que é justo e o que é injusto?

Entre nós, o homicídio é considerado crime, todavia, há uma tendência no sentido de que no novo código penal, a ortotanásia (desligamento voluntário de aparelhos), não seja tipificada como delito.

É de se perguntar, nestes casos, onde está a reta razão?

Não existem fórmulas capazes de aprisionar estes conceitos, como também não há uma unanimidade a respeito dos mesmos. Há uma universalidade formada por uma série de fatores variáveis e dinâmicos. A verdade é universal, mas é intimamente mutável e não se pode afirmar que algo seja menos verdade, ou menos justo, ou mais certo ou errado, por esta ou aquela razão, aqui ou como em qualquer lugar, com base em dados apartados da realidade social. Estes dados são extraídos a partir de um contexto, o mesmo do qual se origina o direito e que, certamente, irá influenciá-lo. Entretanto, tais conceitos nascem com o homem, são inerentes a sua natureza, são inatos, embora algumas vezes, possam também ser assimilados. Se são, realmente, inatos, se estão gravados na consciência do homem, é que estes lhe antecedem, já existiam no mundo das idéias, senão de onde surgiriam?

Por outro lado, se só através dos sentidos percebemos as coisas, qual o papel da razão? A razão seria um invólucro, cujo conteúdo será preenchido através dos sentidos?

Avancemos mais, existe ou não existe um Direito Natural, anterior, superior, imutável e universal?

O diálogo de Antígona deixa claro que sim. O direito ao sepultamento é um direito sagrado, preexistente, superior, e a justiça dos homens, ditada por suas leis, não poderia se sobrepor às leis divinas.

Todavia, foi somente a partir de Cícero (106-43 a .c.) que a doutrina do direito natural adquiriu uma concepção filosófica, passando então a ser aceita pela maior parte dos juristas do período clássico. Segundo ele, a essência do direito não radica na lei, mas há que buscar - se na filosofia.

Distingua três classes de direito:

- a) jus civile
- b) jus gentium
- c) jus nature

Em seu tratado "De La República", Cícero define o Direito Natural da seguinte forma:

" HAY UNA LEY VERDADERA, LA RECTA RAZÓN INSCRITA EM TODOS LOS CORAZONES, INMUTABLE, ETERNA, QUE CLAMA A LOS HOMBRES AL BIEN POR MEDIO DE SUS MANDAMIENTOS Y LOS ALEJA DEL MAL POR SUS AMENAZAS NO SE PUEDE ALTERARLA POR OTRAS LEYES, NI DEROGAR NINGUNO DE SUS PRECEPTOS, NI ABROGARLA POR ENTERO; NI EL SENADO NI EL PUEBLO PUEDEN LIBRARNOS DE SU IMPERIO; NO NECESITA INTÉRPRETE QUE LA EXPLIQUE; ES LA MISMA EN ROMA QUE EN ATENAS, LA MISMA HOY QUE MAÑANA, Y SIEMPRE UNA MISMA LEY INMUTABLE Y ETERNA QUE RIGE A LA VEZ A TODOS LOS PUEBLOS Y EN TODOS TIEMPOS." (apud Abelardo Levaggi, in Manual de Historia del Derecho Argentino, tomo i, Ediciones Depalma, Bs. As, 1991, pag. 33).

Como se verifica, a idéia de que o direito natural é preexistente, imutável e eterno, foi sempre defendida por diferentes pensadores da antigüidade, apoiando-se em sua origem divina, como o fez a escola estoica, através de Cícero, seu mais eminente representante.

A influência do Cristianismo, cujas idéias foram esposadas e difundidas pelos estoicos, foi decisiva para o desenvolvimento da doutrina jusnaturalista.

A repercussão dessas idéias é claramente visível em Santo Agostinho, considerado o primeiro pensador moderno e também o primeiro a extrair conseqüências práticas da doutrina do Direito Natural: "a lei humana contrária ao Direito Natural carece de validade e não obriga".

Em sua concepção, o Direito Natural classificava-se em:

1) Lei eterna ou divina

" é a razão e a vontade de Deus que ordena e dirige todo o universo;"

II) Lei Natural

" é a mesma Lei eterna, gravada na consciência dos homens"

III) Lei Temporal

" é obra do legislador humano a quem corresponde, fundado na Lei eterna, determinar o que em cada época, deve ser ordenado ou proibido"

Nesse contexto, a formulação proposta na lei natural é: " *praeceptum quia bonum, proibido porque malo*", ou seja, *prescrito porque bom, proibido porque mau*.

A lei positiva, todavia, comporta distinta formulação: " *bonum quia praeceptum, malum quia prohibitum*", ou seja, *bom porque prescrito, mau porque proibido*."

O que isso quer significar, realmente, é que as coisas, o ser humano é bom ou mau, porque, essencialmente é bom ou mau, a bondade ou a maldade é uma condição que lhe é inerente, não uma qualidade que a lei lhe outorgou.

A diferença consiste precisamente na essência do humano, naquelas qualidades que são ou estão gravadas em sua consciência, atribuídas por Deus, e, portanto, preexistentes, imutáveis e eternas.

A doutrina Cristiana introduziu novo impulso ao jusnaturalismo, que apegando-se a distinção entre corpo e alma, amoldou-a a idéia aristotélica de que o homem é, ao mesmo tempo, um ser sensual e um ser racional, habitante de dois mundos: a terra e o reino de Deus. Essa concepção foi erigida por Santo Tomás de Aquino, a quem se atribui a cristianização de Aristóteles. Verdade é que, as idéias de Santo Tomás de Aquino, difundidas em sua Suma Teológica, foram responsáveis pela formação do sistema teológico-filosófico do período medieval, cujos preceitos ainda hoje são aceitos pela filosofia jurídica-católica.

A grande inovação dos escolásticos, é que a Lei natural se faz conhecer através da REVELAÇÃO, a qual consubstancia a vontade revelada de Deus, por meio da Lei Mosaica e do Evangelho. Dentro desta visão, o direito dos homens foi relegado a segundo plano, vez que este só adquiriria caráter obrigatório e validade, por vontade divina. Assim, qualquer direito que contrarie o Direito Natural, carece de validade; o que antes era apenas um conjunto de princípios morais, tornou-se pouco a pouco regras positivas, sustentadas pelas vontades de Deus.

Muitos foram os desdobramentos das várias escolas surgidas após esse período, contudo, o que nos importava destacar era o papel que a religião havia desempenhado na formação das instituições, no desenvolvimento do pensamento filosófico e jurídico, bem como, ressaltar a repercussão dessas idéias até os dias de hoje.

A questão do justo e do injusto, do bom e do mau, do certo e do errado, é tema bastante atual e inseparável da discussão da existência de um direito preexistente, imutável e eterno, gravado na consciência dos homens e que deu origem as regras de comportamento moral e social, além de fundamentar, em muitos casos, a normatização positiva, já que muitos institutos do direito positivo se originaram do direito natural, como é o caso da arbitragem, da visita de cárcere, dos direitos reconhecidos aos escravos, aos nascituros e aos filhos naturais (alimentos, herança, legitimação), nascidos todos da doutrina Cristã.

Para os críticos mais ferrenhos do Direito Natural, citaremos uma passagem de Hans Kelsen, mencionado por José Vilanova: "Segun una expresión muy gráfica de Kelsen, si aceptamos que hay efectivamente algo así como el derecho natural, el derecho positivo sería la tentativa descabellada de encender una lamparita para iluminar lo mismo que está alubrando el sol." (in, elemento de Filosofia del Derecho, Abecedo - Perrot, BS. As.)

Não poderemos, entretanto, guardadas as devidas proporções, deixar de reconhecer que essas questões suscitam ainda muitas ponderações e que a imposição de regras postas atende muito mais a uma necessidade de ordenação e de convivência social do que a uma realidade do homem, em termos existenciais enquanto ser humano.

A formulação proposta por Santo Agostinho, distingue com clareza o liame sutil existente, entre a lei natural e a lei positiva. É certo, que o Direito Natural, ou a lei natural, como preferem alguns, é um conjunto de princípios morais, que se sobrepõe a lei positiva, no sentido de que, exerce sobre ela, uma influência em suas próprias origens, vez que o Direito positivo encontra sua fonte, no mais das vezes, nos costumes dos povos, costumes esses que refletem com nitidez, o perfil das sociedades, tão bem retratado no texto de Sófocles.

BIBLIOGRAFIA

1° - COULANGE, Fustel de. A Cidade Antiga, 12ª Ed, Hemus Editora Ltda. SP, 1996.

2° - ALMEIDA, Guilherme de. VIEIRA, Trajano. Três Tragédias Gregas, Ed. Perspectiva S.A., SP, 1997

3° - ROSS, Alf. Sobre El Derecho Y La Justicia, Editorial Universitária de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

4° - LACLAU, Martin. La Historicidad Del Derecho, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1994.

5° - LEVAGGI, Abelardo. Manual de Historia Del Derecho Argentino, Tomo I, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1991.

6° - LERNER, Robert E. MEACHAM St Andish. História da Civilização Ocidental, Vol 1, 38ª Ed., Editora Globo, SP, 1997.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA.

WALBER SIQUEIRA VIEIRA

Advogado, Procurador Jurídico da Fundação da Criança da Cidade - Funci e ex - Estagiário da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza.

**"EM VERDADE VOS DIGO QUE,
QUANDO O FIZESTES A UM
DESTES MEUS PEQUENINOS
IRMÃOS, A MIM O FIZESTES."**

(MATEUS 25: 40)

Subscrita por uma plêiade composta de notáveis políticos, capitaneada por juristas de escol, a Lei 8.069, de 13.07.1990 trouxe ao universo jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA vindo, " ipso facto ", a revogar o vestuto e ultrapassado Código de Menores de 1979, que, segundo a percuciência sem par de Olympio Sotto Maior, membro da Magistratura de Pé do Estado do Paraná, "na realidade, em nada contribuía para alterar na essência a condição de indignidade vividas pelas crianças e adolescentes brasileiros, vez que sequer os reconhecia como sujeitos dos mais elementares direitos."

Ressalta, ainda, o ilustre representante do "Parquet", que a Justiça de Menores, "colaborava para fomentar a idéia falsa (e extremamente perversa) de serem os carimbados com o signo da *situação irregular* responsáveis pela sua própria marginalidade." (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. - Comentários Jurídicos e Sociais. Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, pag. 339, 1992.)

Sob esta epígrafe queremos trazer a colação a pena arguta da Professora da UFSC, Josiane Rose Petry Veronese:

"Convém recordar que o Código anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores de 1979, fundamentava-se na doutrina da Situação Irregular isto é, havia um conjunto de regras jurídicas a um tipo de criança ou adolescente específicos aqueles que estavam inseridos num quadro de patologia social, elencados no art.2º do referido Código." (Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Professora da UFSC. "A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS

DIREITOS DA CRIANÇA: TÓPICOS PARA UMA REFLEXÃO. *Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. - 2. ABMP.)*

A própria Declaração de Direitos da Criança já preconizava a chamada Doutrina de Proteção Integral, hoje alicerçada pelo ECA: "A criança gozará de uma proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, proporcionados pela lei e por outros meios, para que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal assim como em condições de liberdade e dignidade. A criança deve ser protegida contra toda a forma de abandono, crueldade e exploração."

A Carta Fundamental de 1988, em seu art. 227 sublinha a política de proteção a criança e ao adolescente. O Estatuto é a nítida regulamentação deste dispositivo constitucional. Não fugiu, portanto, à craveira comum da história ao proteger a criança e o adolescente dos infortúnios da vida tendo como esteio, princípios como da brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, principalmente quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. É o que preceitua, com clareza solar, o art. 227, §3º, V, da Magna Carta de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nos precisos dizeres do Dr. César de Barros Leal, um dos Ilustres e Competentes Procuradores do Estado do Ceará, "perfilhou a doutrina de proteção integral, defendida na ONU, com base em 4 instrumentos de cunho universal: Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil; e Regras de Riad (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade)."

O mesmo Jurista, passos avante, arrebatou os seus doutos ensinamentos de maneira lapidar: "verbis"

"Inovador, o Estatuto catalogou os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e estabeleceu a municipalização do atendimento, com a participação da sociedade organizada, seja na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, seja no controle das ações, criando os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares."
(Leal, César Barros, "O ATO INFRACIONAL E A JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE." Revista da OAB, Ano XXVI - 62, pags 13 e 14, Janeiro/Junho de 1996.)

Por bem adequadas, vale a pena transcrever as sábias palavras do **Dr. Roberto Reial Linhares: "verbis"**

"O Estatuto propiciou uma humanização e uma maior participação da sociedade na resolução de problemas referentes ao menor abandonado e criou novos mecanismos e instrumentos para a efetivação do direito constitucional nesta área, como; os Conselhos da Criança e do Adolescente a nível Municipal, Estadual e Federal; os fundos de apoio a Justiça da Infância e da Juventude." (Tribuna do Ceará - Idéias, 04.02.96 - pag. 08)

Entretanto, urge ressaltar que diversos fatores, entre eles a má divulgação do Estatuto, levaram muitas pessoas a acreditarem, erroneamente, que existam nas entranhas deste diploma normativo, dispositivos que chancem a impunidade dos adolescentes infratores. **Suenon Bastos Mota**, Juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude do Estado do Ceará, clarifica esta questão quando preleciona que:

"O Estatuto da Criança e do Adolescente não é condescendente com a criminalidade juvenil; ao contrário impõe, nos casos de atos infracionais cometidos mediante grave ameaça ou violência à pessoa, a aplicação da medida sócio educativa de internação."

Com bastante proficiência complementa o Culto Magistrado: "Condescendente é a Lei Penal com relação ao imputável: este comete crime grave e violento, é processado, julgado e apenado, mas permanecerá solto, por conta de sua primariedade. O adolescente infrator não; ao receber a aplicação da medida excepcional de internação, sendo localizado, tem a privação de sua liberdade com a imediata internação." (Jornal "O Povo, 1º Caderno - Opinião - 04.02.96 - pag. 06)

Dormita na mesma página do matutino retromencionado, a ensinância da **Dra. Neira de Moraes Bezerra**, Advogada do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente - CEDECA:

"verbis"

"Não se deve pensar que depois do Estatuto os adolescentes podem fazer o que quiserem. Assim como os adultos, eles podem ser presos em flagrante delito ou por mandado judicial, quando cometerem qualquer um dos crimes previstos no Código Penal. Ele é submetido a julgamento, podendo ser sujeito até a medida de internação, cuja característica é a mesma da pena criminal, isto é, a privação de liberdade."

Curial, entretanto, ressaltar que a ordem judicial inculpada nos ditames do art. 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá ser, devidamente, fundamentada pela Autoridade Competente, "in casu", o Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de estar ao arrepio da lei.

Sensível a complexidade e a magnitude do assunto, o Consultor do Fundo das Nações Unidas para a Infância, Dr. Wanderlino Nogueira, no Matutino "O POVO", do dia 20 de fevereiro de 1997, ressaltava que "O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é mais ágil e mais rígido que o próprio Código Penal."

A contundente opinião do Dr. Wanderlino Nogueira, leva a pique mais um mito que se desenvolve na sociedade brasileira de que o ECA é um instrumento de proteção a adolescentes infratores.

Segundo o Consultor, existe muita desinformação sobre a lei e, por consequência, muitas interpretações distorcidas.

Já o Dr. José de Farias Tavares, em seus Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, citando o Magistrado e Professor Paulista, Paulo Lúcio Nogueira, nos fala sobre "a similitude das medidas coativas do Estatuto com as do Código Penal. Chama a atenção para a forma "camuflada" com que o Estatuto atribui responsabilidade a adolescente a partir dos doze anos de idade: sujeito a medidas que são verdadeiras penas, como a prestação de serviços a comunidade (Estatuto, art.112. III, e Código Penal, art.46.)

E conclui com a sabedoria que lhe é peculiar:

"Além dessa medida, que é pena no Código Penal Vigente, outras há também (Estatuto Art.112) que correspondem às medidas penais previstas ao condenado maior de dezoito anos." (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p122)

Neste instante, trazemos à baila, as palavras da Assistente Social, Dra. Maria Ignês Bierrenbacho, em grandioso artigo intitulado "A Responsabilidade Criminal do Adolescente:"

"verbis"

"Argumentar que os jovens autores de infração penal podem ficar até três anos privados de liberdade, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, não interessa aos detratores do ECA, que querem jogar fora a criança com a água do banho. Não se sabe o que os incomoda mais: a lei avançada, afinada com os preceitos internacionais de defesa dos direitos e apontando rumos para uma civilização comprometida com

suas crianças e seus jovens, ou o direito à ressocialização dos jovens infratores." (Dra. Maria Ignês Bierrenbacho, Folha de São Paulo, TENDÊNCIAS/DEBATES.)

Ultimadas estas breves reflexões sobre o tema jurígeno em pauta, forçoso é concluir, ante as edificantes argumentações aqui esposadas que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA representa um importante baluarte no que alude a política de atendimento e proteção a criança e ao adolescente, porque os enquadra, sem azo a dúvidas, como sujeitos de direito e objetos de absoluta prioridade.

Segue-se, como é claro a todas as luzes, que a má divulgação do nosso valoroso Estatuto contribuiu na formação de sofismas acerca de seu real objetivo.

Disse o poeta Fernando Pessoa: "Deus quer, o Homem sonha e a Obra nasce."

Pois bem!

Deus quis o Estatuto! O Homem sonhou o Estatuto e a Obra nasceu: eis o Estatuto da Criança e do Adolescente!

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS REFERENTES À REMOÇÃO A PEDIDO E LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JOSÉ VIDAL SILVA NETO

Procurador da República na Paraíba

Este trabalho tenciona investigar qual a exegese a ser dada ao parágrafo único do art. 36 e parágrafo segundo do art. 84 da Lei n. 8.112/90, sob a ótica dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal que obrigam o Estado a dar completa guarida à preservação da célula familiar e aos interesses das crianças nela geradas.

Uma exegese literal poderia conduzir à aparente conclusão de que a faculdade legal limitar-se-ia a beneficiar pessoas que já são servidoras, quando, em decorrência de circunstâncias vinculadas a este seu cargo originário, passam a ter de officiar em outro espaço geográfico e lotação, no mesmo cargo, ou em outro, dentro das hipóteses de remoção e provimento previstas em lei. O mero deslocamento físico do indivíduo que decide assumir função pública a ser exercida em outro Estado não permitiria que o seu cônjuge, também servidor público, o acompanhasse, gozando da remoção ou de provimento precário e exercício provisório em ofício compatível com seu cargo em órgão da Administração Federal do local do destino.

Não condiz, entretanto, tal entendimento estreito com a finalidade albergada no dispositivo legal, que, às claras, pretendeu concretizar em favor de casais formados por servidores públicos federais, a garantia genérica da proteção do Estado ao organismo familiar.

A norma procurou remediar a hipótese de separação fática entre servidores casados, derivada do exercício funcional em localidades distintas. Essa circunstância colocaria em risco por si só, dada a cessação da vida marital e salutar convivência dos parceiros, a estabilidade da instituição familiar, considerada tão valiosa no Pacto Social que ora nos rege.

O preceito alcança todos os que estão sob a égide do Estatuto do Servidor Público. Basta à incidência que ambos os cônjuges, dotados da condição de servidores na ativa, corram o risco de separação de corpos em virtude do exercício dos respectivos misteres administrativos, sejam quais forem as contingências que o determinou, em locais distintos.

A partícula "deslocamento" inserta na regra, não quer significar tal ou qual espécie jurídica de provimento ou remoção, de forma a excluir as demais. Isso conduziria à inevitável e ilógica inferência de que a lei dispôs em parte de conformidade com sua razão de ser, e, de outra parte, em sentido contrário.

Ad argumentandum tantum, se o vocábulo "deslocamento" indicasse exclusivamente a hipotética remoção de ofício de cônjuge de servidor, e não a primeira investidura em cargo ou função pública, ou remoção a pedido, concluir-se-ia que a lei só está a proteger um grupo de casais de servidores, ou seja, o em que um dos membros foi sujeito a um específico modo de transferência. Tratando-se de outro tipo de transferência, considerada lícita pelo ordenamento e pela administração, como a remoção a pedido quando haja vaga e precisão no quadro do lugar pretendido ou investidura originária em cargo, conquistada por um dos cônjuges, a instituição familiar ficaria ao relento de qualquer atenção.

Ora, à evidência, o parágrafo segundo do art. 84 do Estatuto do Servidor não tornou dispensável ou proibida providência da Administração no fito de zelar pela união matrimonial e familiar dos seus servidores, no tocante a alguns casos em que se apresente a possibilidade de que um vá exercer legalmente suas funções em local diverso do outro. A interpretação da lei não descamba no absurdo. Impôs o ditame, ao revés, que, adquirindo a pessoa a condição de servidora, seu deslocamento físico para exercer legalmente suas funções do cargo em local distinto do em que seu cônjuge é também servidor, seja qual for o motivo que o determinou, primeira investidura, remoção de ofício, remoção a pedido ou quejandos, gera o dever para a Administração Federal, direta, autárquica ou fundacional, de dar lotação provisória ao último no local da transferência, desde que para atividade compatível com seu cargo anterior.

Não há margem de discricionariedade para a Administração, em segundo a oportunidade e as circunstâncias, negar o pedido do casal. O "poderá" veiculado na norma fica ao critério das conveniências do casal, de operacionalizar ou não a transferência em seu favor, como melhor aprouver aos cabeças da instituição familiar. Portanto, a regra é vinculativa do proceder da Potestade.

É idêntica a inteligência a ser extraída do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 8.112/90. Entendimento outro levaria ao choque do preceptivo com os arts. 226 e 227 da Constituição Federal, ao cancelar a penosa situação em que, para fins de subsistência própria e dos filhos, os membros do casal consentissem em se afastar para não perder parte de sua renda familiar, prejudicando, assim, a convivência entre si e o contato com os rebentos, inevitavelmente separados de um deles.

De outro lado, é falaciosa a tese de que o interesse "particular" dos servidores deve ser sacrificado à seara do interesse público da Administração, ameaçado de sofrer prejuízo com a perda de efetivo em seus quadros. Essa asserção advém de axioma genérico a inspirar o legislador de direito administrativo, que pode e deve ser temperado ou harmonizado com outros princípios, no momento em que vertido em termos de direito positivo.

No caso, foi o que aconteceu no ordenamento jurídico brasileiro. A intocabilidade da união familiar não se reduz ao interesse particular de quem a integra. É direito complexo, de natureza institucional, que o legislador constituinte houve por bem em inserir entre os fins transcendentais do Estado. Entre o funcionamento cotidiano dos órgãos administrativos e a paz familiar de seus agentes, valor este alçado a píncaros supremos, a Constituição de 1988 e o Regime Jurídico Único preferiram privilegiar, sem dúvida, este. Aí o fundamento dos comandos do art. 36, parágrafo único e art. 84, parágrafo segundo da Lei n. 8.112/90, que protegeram a estabilidade conjugal, em detrimento da manutenção de servidor na unidade de origem. No entanto, esse dano é amenizado, e até dissipado pela sua remoção ou pela incorporação do mesmo em função compatível com seu cargo em repartição do lugar do destino, aliada à posse e investidura do cônjuge em cargo vago em outro posto da Administração, onde tanto demandava pessoal, que, por interesse da administração, realizou-se o concurso público em que foi este aprovado.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, inclusive a da 5a. Região, não destoa do acima arrazoado. Senão, vejamos: "Administrativo. Funcionário público federal. Remoção para acompanhar cônjuge. O regime jurídico único (Lei n. 8.112/90, art. 36, parágrafo único) garante ao servidor o direito a remoção, a pedido, "para acompanhar cônjuge ou companheiro" independentemente de vaga, o que aliás, é corolário da "especial proteção do Estado" dispensada à família, pela Constituição Federal (arts. 226, 227 e 229)" (TRF da 1a. Região, Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, publicado no DJU de 19.09.94).

"Constitucional e Administrativo. Remoção de servidor para acompanhar cônjuge. Direito a transferência de curso superior. Não se deve distinguir a remoção ex officio ou voluntária, quando se tratar de cônjuge ou companheiro. A educação é dever do Estado, como também é seu dever proteger a família. Remessa oficial improvisada" (TRF 5a. Região, Rel. Juiz Hugo de Brito Machado, publicado no DJU de 12.08.94).

O Juiz Federal da Seção Judiciária do Maranhão, Dr. Ney de Barros Bello Filho, no Proc. N. 96.648-2, trouxe a última pá de cal na resolução do problema:

"A entidade familiar deve ser preservada, descabendo qualquer consideração de ordem administrativa para que se possa manter os cônjuges distanciados da harmônica convivência. A patricia Constituição Federal cristalizou o princípio da

preservação da entidade nuclear da nossa sociedade em seu art. 226. É dever, portanto, da Administração Pública zelar pela manutenção de funcionários públicos no mesmo Estado da Federação"

Interpretar os artigos ora analisados diversamente, de modo a permitir que somente a remoção de ofício do servidor dê cabimento à remoção a pedido de seu cônjuge, ou entender que a primeira investidura do servidor não proporcione ao seu cônjuge o direito à licença para acompanhá-lo, é negar vigência ao Texto Constitucional.

As normas guardam um relação de mútua interdependência e, ao mesmo tempo, só ganham sentido se referidas ao sistema harmônico em que inseridas. O atributo do todo implica na necessidade de um corpo normativo situado no topo hierárquico do ordenamento, onde se busquem princípios que contenham os valores maiores selecionados pela sociedade a ser regulada.

Se para a subsistência da norma legal no ordenamento, sem perigo de choque com a Constituição, é preciso distorcer-lhe o sentido extraído do método gramatical ou lógico, o intérprete não deve titubear, impondo-se a escolha da interpretação que diga mais, menos, ou outra coisa, do que o texto aparentemente quis. Não havendo chance de conciliar o preceito inferior com o superior, declarar-se-á, como drástica medida, a inconstitucionalidade daquele e aplicar-se-á diretamente ao caso a vontade concreta da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- JOSÉ AFONSO DA SILVA, in "Curso de Direito Constitucional", editora RT, 1990, 6ª Edição, São Paulo.
- JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, in "Processo Constitucional", editora Forense, 1984, 1ª Edição, Rio de Janeiro.
- MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in "Curso de Direito Constitucional", Editora Saraiva, São Paulo, 1993.
- SANTI ROMANO, in "Princípios de Direito Constitucional", Editora RT, 1977, tradução Maria Helena Diniz.

O NOVO PERFIL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

KARLA DE ALMEIDA MIRANDA MAIA

Promotora de Justiça, Titular da 5ª Promotoria Auxiliar da Comarca de Fortaleza-CE

O trabalho é uma atividade que altera o estado dos materiais encontrados na natureza, objetivando melhorar sua utilidade. Assim, em sua forma humana, foi chamado por Aristóteles de *ação inteligente*.

Karl Marx, em sua festejada obra *O Capital*, nos ensina que "uma aranha desempenha operações que se parecem com as de um tecelão, e a abelha envergonha muito arquiteto na construção de seu cortiço. Mas o que distingue o pior arquiteto da melhor das abelhas é que o arquiteto figura na mente sua construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo do trabalho aparece um resultado que já existia antes idealmente na imaginação do trabalhador" (*in* Harry Braverman, *Trabalho e Capital Monopolista: A Degradação do Trabalho no Século XX*. 3ª Edição, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1980). Assim, tem-se que o trabalho humano é consciente e proposital, ao passo que aquele desenvolvido pelos outros animais é instintivo.

Desse modo, o trabalho humano, ao longo da história, sempre foi alvo das atenções de estudiosos, quer seja no âmbito da Sociologia ou mesmo do Direito.

Os juslaboralistas nos ensinam que as raízes do Direito do Trabalho estão fincadas na conhecida Revolução Industrial, com o aparecimento da máquina a vapor. Tal fato acarretou o excesso de mão-de-obra, com o seu conseqüente barateamento. Esse quadro propiciou o surgimento das mais diversas formas de exploração da classe trabalhadora, a qual era submetida a condições desumanas de labor, com jornadas exaustivas, das quais ninguém era poupado, nem mesmo as mulheres e crianças.

Todavia, a introdução da máquina no processo produtivo não foi pacífica. Os trabalhadores, oprimidos pela ameaça de desemprego em massa, promoveram atos de resistência que variavam desde petições dirigidas aos Prefeitos até a efetiva destruição dos equipamentos, a qual teve na Inglaterra o seu apogeu, com o movimento conhecido como *luddismo*.

Nesse cenário de total liberalismo, era comum o obreiro sujeitar-se à condições de trabalho por demais aviltantes, como forma de assegurar a manutenção do emprego e, de resto, o sustento de sua família. Desse modo, a liberdade tão almejada pelo trabalhador voltou-se contra ele próprio, impondo-se a interferência do Estado para propiciar um maior equilíbrio entre as partes.

Daí surgiram as primeiras intervenções estatais, no campo legislativo, com o aparecimento de normas reguladoras dos limites das jornadas de trabalho, proteção do trabalho da mulher e do menor, dentre outras.

No Brasil, essa febre legislativa culminou com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em 1943, diploma este que, além de compilar diversas leis trabalhistas esparsas já existentes, disciplinou inúmeros outras matérias até então carentes de regulamentação, de interesse da classe trabalhadora.

A CLT, marcada pelo caráter protecionista do trabalhador, ainda é o principal instrumento de regulação das relações laborais em nosso país. Todavia, algumas metamorfoses ocorridas no mundo do trabalho fizeram com que o legislador repensasse diversos dispositivos nela insertos, com vistas à adequá-los às novas condições que o mercado está a impor.

Nas décadas de 80 e 90, o mundo vem experimentando profundas alterações nas relações trabalhistas, capitaneadas por dois processos distintos: a) a desproletarização do trabalho industrial fabril, com a diminuição da classe operária industrial tradicional; e b) subproletarização intensificada, evidenciada com a expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado e terceirizado.

Essas transformações geraram um quadro de desemprego estrutural, com a redução do pessoal fabril, industrial, em decorrência do quadro recessivo ou mesma da robótica ou microeletrônica. De outro lado, deu-se um crescimento explosivo do setor de serviços.

Analisando esse cenário, Ricardo Antunes, em sua obra *Adeus ao Trabalho?* (Rio de Janeiro, Cortez, 1994), preleciona que a subproletarização do trabalho encontra-se "presente nas formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado, terceirizado, vinculados à economia informal, entre tantas modalidades existentes. Como diz Alain Bihl (1991:89), essas diversas categorias de trabalhadores têm em comum a precariedade do emprego e da remuneração; a desregulamentação das condições de trabalho em relação às normas legais vigentes ou acordadas e a consequente regressão dos direitos sociais, bem como a ausência de proteção e expressão sindicais, configurando uma tendência à individualização extrema da relação salarial".

Ao lado da mudança do perfil da classe trabalhadora, verifica-se uma tendência de diminuição das taxas de sindicalização, especialmente na década de 1980. Essa queda é resultante natural do processo de terciarização e fragmentação que assola a classe trabalhadora, resultando, daí, o enfraquecimento do movimento sindical e, de resto, da própria classe obreira.

Para completar o quadro de mudanças acima relatado, o Brasil está sendo bafejado pelos ventos do neoliberalismo, com suas políticas vol-

tadas para a flexibilização e desregulamentação das relações laborais, acarretando um maior enfraquecimento das relações laborais.

A recessão econômica profunda (ocasionando a perda de emprego de milhares de trabalhadores sindicalizados); a mudança na composição da força de trabalho (com a migração dos setores industriais para os setores de serviços); o incremento do trabalho precário, por tempo parcial e temporário e, por fim, a redução dos índices de sindicalização, formaram o terreno propício para a germinação das idéias neoliberais em nosso meio.

No Brasil, o neoliberalismo teve seus primeiros lampejos em 1990, quando da eleição do Presidente Fernando Collor de Mello e a edição do malfadado Plano Collor I.

O movimento neoliberal caracteriza-se por uma política industrial centrada na abertura comercial, pelo impulso no processo de privatização, desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas, austeridade nos gastos públicos e reestruturação das políticas sociais.

No magistério de Giovanni Alves, em artigo publicado na obra *Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva. As Novas Determinantes do Mundo do Trabalho* (São Paulo, Cortez, 1996), "o ajuste neoliberal tende a adotar políticas deflacionárias, cujos exemplos são o Plano Collor, que conduziu o país a uma de suas maiores recessões da história econômica (a de 1991/93) e, mais recentemente, o Plano Real, de 1994, que obtém sucesso em seus objetivos deflacionários, mas assentado numa política monetária restrita e numa abertura comercial que, em linhas gerais, dá continuidade à política neoliberal de Collor. Além disso, conduz o país a um processo recessivo que atinge os setores de ponta da indústria nacional, além de promover o desemprego, debilitando, portanto, a base de mobilização operária e sindical".

Dessarte, verifica-se que as políticas neoliberais postas em prática no Brasil e, de resto, em todos os países desenvolvidos e em desenvolvimento, centra-se em três grandes pilares: flexibilização das relações de trabalho, terceirização e globalização da economia.

Inicialmente, cumpre-nos salientar que flexibilização e desregulamentação são termos com significações inteiramente distintas.

Para o ilustre advogado e professor José Alberto Couto Maciel, a desregulamentação "admite a redução dos direitos trabalhistas visando a preservar a saúde das empresas e a implementar novas tecnologias, baixando o custo de produção. Afasta-se o Estado da relação de emprego e, em consequência, há uma autonomia das empresas para discutir direitos com sindicatos enfraquecidos, retornando-se a uma fase histórica de péssimas condições de trabalho, da qual se originou toda uma legislação protetora do trabalhador" (*In Revista LTr*, 61-04/469).

Já a flexibilização, no magistério de Arnaldo Süsskind,

"corresponde a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e no da inalterabilidade *in pejus* das condições contratuais ajustadas em favor do trabalhador, visando a facilitar a implementação de nova tecnologia ou preservar a saúde da empresa e a manutenção de empregos (In Revista LTr.61-01/42).

A flexibilização leva em conta a idéia de abrandamento do rigor das normas trabalhistas, objetivando adequá-las às novas condições do mercado, tendo em vista fatores de ordem tecnológica, dentre outros.

Quanto à forma de prestar o trabalho, a flexibilização pode ser observada no abandono da clássica divisão entre trabalho subordinado e autônomo, para a adoção de novas formas de trabalho como o tele-trabalho, o trabalho a domicílio e outras formas similares, propiciadas pelo avanço da informática, modalidades estas mais frequentes entre trabalhadores detentores de maior grau de qualificação profissional, nos quais a subordinação jurídica rarefaz-se, volatiliza-se.

No que tange ao tempo da prestação de serviço, a flexibilização traduz-se na celebração mais frequente de contratos por prazo determinado e de trabalho temporário, trabalho em dias alternados, *part-time* e com horários flexíveis.

No âmbito da legislação trabalhista pátria, a flexibilização encontra suas primeiras manifestações na Lei nº 4923/65, a qual permitia a redução de jornada e de salários, nos casos nela previstos. Outro exemplo típico de flexibilização vislumbramos na recente Lei nº 9.601, de 21.01.98, através da qual se instituiu o contrato de trabalho por prazo determinado, por meio de convenções e acordos coletivos, independentemente das condições previstas no § 2º do art. 443, da CLT, bem como se criou o chamado banco de horas extras, alterando-se o tradicional sistema de compensação semanal ora vigente.

Na esfera da jurisprudência, sinais evidentes da flexibilização podem ser notados da leitura dos Enunciados nºs. 342 (permite a efetivação de outros descontos no salário do empregado, além das hipóteses previstas no art. 462 da CLT) e 331 (o qual ampliou as hipóteses de prestação de serviços por terceiros), ambos do Colendo TST.

Por fim, no plano constitucional, a flexibilização já se faz presente, consoante se observa do art. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, condicionada à prévia anuência das entidades sindicais.

Por seu turno, no escólio de Ari Possidonio Beltran, a terceirização "trata-se de serviço ou produção especializada, que tem como principal vantagem manter a empresa tomadora em sua atividade-fim, delegando certas tarefas ou as produções de alguns bens a terceiros. É, pois, processo de transferência, para terceiros especializados, que têm a incumbência da

realização de atividades acessórias ou de apoio, liberando a empresa tomadora para maior aperfeiçoamento e concentração em sua atividade-fim". (In Revista LTr.61-04/494).

A terceirização é atualmente uma das transformações produtivas mais temidas pelo movimento sindical, dado que acarreta uma fragmentação da classe trabalhadora, a qual perde o seu poder de associação e, conseqüentemente, de mobilização. Através dela, o empregado chega a perder o seu referencial de ambiente de trabalho e até mesmo de empregador.

Analisando o fenômeno da terceirização, Giovanni Alves (In Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva-As Novas Determinações do Mundo do Trabalho, São Paulo, Cortez, 1996) preleciona que "muitos autores contrastam dois tipos de terceirização no Brasil - um, considerado autêntico, que integra uma estratégia relacional, com tecnologias gerenciais de qualidade, buscando a parceria em todo fluxo produtivo, instaurando um relacionamento tipo ganha-ganha, e outro denominado espúrio, que integra uma estratégia de confronto, buscando reduzir custos, mantendo o antagonismo com os empregados e o movimento sindical, instaurando um relacionamento tipo ganha-perde".

Como exemplo da primeira espécie de terceirização temos aquele praticado pelas indústrias do setor de autopeças no interior de São Paulo. Já o segundo modelo de terceirização identifica-se com a indústria de calçados do Rio Grande do Sul, o complexo calçadista de Novo Hamburgo e a indústria de confecções do Rio de Janeiro.

Ari Possidonio Beltran (In Revista LTr.61-04/494) assevera que "no plano individual, as principais distorções que têm sido apontadas pelos críticos da terceirização são: a terceirização em fraude aos direitos trabalhistas ou falsa terceirização; a contratação com empresas inidôneas que não respondem pelos direitos regularmente assegurados; o rebaixamento do padrão salarial e de benefícios; a inobservância das normas de segurança do trabalho; a terceirização com o objetivo de transferência de passivos trabalhistas ou ainda para a transferência de riscos do negócio ao terceiro e seus contratados".

No Brasil, as Leis nºs 6.019/74 (trabalho temporário) e 7.102/83 (serviços de vigilância e segurança) já permitiam a terceirização das atividades nelas previstas.

A nível de jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho já disciplinou inteiramente a matéria, por intermédio do Enunciado nº 331, o qual revogou o de nº 256 daquela Corte Trabalhista.

Por fim, salientamos que o fenômeno da terceirização revela-se inevitável e cada dia mais em voga, principalmente no âmbito das grandes

empresas. Devemos aprender a conviver com ele e, na medida do possível, procurar distinguir a verdadeira terceirização daquela tida como espúria e imoral, que objetiva, tão-somente, solapar os direitos trabalhistas da classe obreira.

A flexibilização e a terceirização representam fenômenos que integram um movimento de maior amplitude, qual seja, a globalização das economias.

Estamos a vivenciar a era da cibernética. Os milagres proporcionados pelo avanço da informática nos fazem perder a noção de tempo e de espaço. Hoje já é possível estarmos em Tóquio e, em questão de segundos, fazermos aplicações financeiras *on line* na Bolsa de Nova Iorque. As distâncias estão cada vez mais encurtadas, com a tecnologia existente no ramo do transporte aéreo. Mais recentemente, assistimos pela TV a exploração do Planeta Marte, feita por intermédio de um robô-sonda, comandado por ondas eletromagnéticas enviadas pelos cientistas da NASA, nos Estados Unidos.

Como se observa, o progresso caminha a passos largos e se espraia em todas as áreas do conhecimento humano, atingindo povos e nações.

Por conseguinte, as relações laborais não poderiam passar incólume a essa revolução tecnológica. Como já salientamos, a informática propiciou novas formas de trabalho, tais como o teletrabalho, o trabalho remoto e o trabalho a domicílio.

Com isso, os níveis de desemprego experimentaram substancial elevação, com a substituição do *trabalho vivo* pelo *trabalho morto*. Por outro lado, o excesso populacional em alguns países como a China, fizeram com que os grandes conglomerados empresariais intensificassem a exploração da mão-de-obra, ensejando uma sensível redução salarial e, de resto, de outros direitos trabalhistas.

Com vistas a se proteger dos efeitos deletérios da concorrência desenfreada e da liberalização, motivada pela entrada de produtos internacionais de baixo custo, os Países estão se reunindo em blocos econômicos regionais, como forma de autodefesa em benefício de seus produtores e consumidores. Nessa esteira surgiram a União Européia, o Nafta, o Asean e, por fim, o nosso conhecido Mercosul.

Para concluirmos, ressaltamos serem inequívocos os benefícios decorrentes do avanço tecnológico e, de resto, da própria globalização das economias. Todavia, consoante preleciona José Alberto Couto Maciel (*In Revista LTr.61-04/469*), "acima da globalização, e do interesse em aumentar a produção reduzindo custos, está a dignidade do trabalhador, devendo sempre surgir o Estado como agente moderador a fim de controlar melhor

essa interferência externa, compensando, com a sua superioridade jurídica, a inferioridade econômica do operário (Gallart Folch)".

A flexibilização e a terceirização são fenômenos inexoráveis, dos quais não podemos fugir nem tampouco ignorar.

Todavia, compete-nos extrair desses institutos o que neles houver de melhor, em favor de ambos os integrantes da relação de trabalho, e não utilizá-los para benefício exclusivo da classe empresarial.

Fortaleza-CE., 13 de julho de 1998

KARLA DE ALMEIDA MIRANDA MAIA

Promotora de Justiça, Titular da 5ª Promotoria Auxiliar da Comarca de Fortaleza-CE

PARECER No.
PROCURADOR: LILIAN BEZERRA PAZ
PROCESSO No. 28.923/96 - AI 'S No. 45.686, 45.689 a 45.692/96
RECORRENTE: LISTEL - LISTAS TELEFÔNICAS S/A
RECORRIDO: AUDITORIA DE JULGAMENTO EM 1o. GRAU

Trata o presente processo de recurso voluntário, interposto por LISTEL - LISTAS TELEFÔNICAS S/A, inconformada com a respeitável decisão de 1a. instância, que julgou procedentes os autos de infração ora em epígrafe, que efetuaram o lançamento de ofício do ISS da empresa, por atraso no recolhimento.

A recorrente, em sua peça recursal, ateu-se a sustentar os argumentos trazidos na oportunidade da defesa, que constituem-se, basicamente, no seguinte:

A) A expressão "atraso no recolhimento por empresa" é vaga, não descrevendo o objeto da autuação fiscal, e em desconformidade com o art. 398, III, do Decreto no. 9.757/95;

B) Não ocorreu fato gerador da obrigação tributária, posto que a recorrente firmou contrato com a TELECEARÁ, e em nome desta exerce suas atividades, tendo, inclusive, participação de 75% do resultado da verba de publicidade auferida. Desta forma, não pode ser considerada prestadora de serviços, pois, segundo suas palavras, "quem presta serviços para si próprio não é contribuinte do ISS, não se enquadrando nas hipóteses de incidência", excluindo-se da regra do art. 44 e seguintes da Consolidação Tributária Municipal;

C) Por agir em nome da Teleceará, é subconcessionária do serviço público, um dos pressupostos autorizadores da imunidade tributária;

D) A lista telefônica é um periódico, e como tal, oferece informações, difunde cultura, transmite conhecimentos, números de telefones, nomes de assinantes, endereços, esclarecimentos sobre as comunicações, mapas e divulgações sobre história e geografia. Desta forma, está a lista telefônica inclusa na imunidade assegurada pelo art. 150, inciso VI, "d", da Constituição Federal.

Juntou ao processo decisão do Supremo Tribunal Federal, que em recurso extraordinário, julgado no ano de 1987, atribuiu às listas telefônicas a mesma imunidade conferida aos jornais e periódicos, pela inegável utilidade pública de que essas se revestem.

Relatado, segue o nosso parecer.

Aproveitando-nos da enriquecedora contribuição trazida ao presente processo pela douta auditoria de julgamento em 1o. grau,

trataremos com brevidade da preliminar suscitada pela recorrente, que poderia ensejar a nulidade do auto de infração, caso tivesse algum cabimento.

Não há de prosperar a alegativa de malferimento ao artigo 398, inciso III, da Consolidação Tributária Municipal, posto que a expressão "atraso no recolhimento por empresa" espelha claramente a situação que gerou a obrigação tributária. A própria recorrente, às fls. 10 da defesa, confirma que "sequer recolheu para os cofres municipais de Fortaleza o ISS...", numa demonstração inequívoca de desrespeito à legislação tributária, e ensejadora da autuação em comento.

A lei no. 6.874, de 03.12.80, atribui à empresa exploradora de serviços públicos de telecomunicações, a edição de listas telefônicas, dizendo, em seu art. 1o.:

"A empresa exploradora de serviços públicos de telecomunicações é obrigada a divulgar, periodicamente, a relação de assinaturas, nas condições definidas em regulamento"

E o art. 2o. determina que tal empresa contrate com terceiros a edição ou divulgação de tais listas.

A recorrente é um desses terceiros, que contrata com empresas exploradoras de serviços públicos de telecomunicações a edição e divulgação de listas telefônicas.

Este serviço, obviamente, não é prestado gratuitamente. Ao contrário, a própria recorrente confessa receber 75% da receita auferida com as propagandas comerciais em suas listas, a título de remuneração. É, portanto, uma empresa como outra qualquer, assim como o contrato firmado com a TELECEARÁ, é compatível com qualquer contrato civil.

Assim, não resta dúvida de que as listas constituem instrumentos de divulgação comercial e publicidade de interesse exclusivamente mercantil, sem qualquer conteúdo ideológico ou cultural que as tornem equiparáveis a livros, definidos como obras de conteúdo literário, artístico ou científico.

Se as listas telefônicas se tornam veículo da propaganda e publicidade, promoção de vendas, planejamento de campanhas, a empresa que as edita se torna devedora do Imposto sobre Serviços.

Dessa assertiva, surge o primeiro passo para afastar a extensão da imunidade às listas telefônicas. Não é porque o catálogo possui o formato convencional de livro ou então porque seja publicado periodicamente, que se lhe pode estender a citada imunidade, pois, isso constituiria uma interpretação errônea do dispositivo constitucional, totalmente inaceitável.

Na verdade, deve-se procurar a intenção mais profunda do legislador constitucional. Saber o conteúdo teleológico da norma estudada, dimensionando os fins sociais a que ela se dirige, da forma como ensinam os princípios de hermenêutica jurídica basilares.

Como a informação de números telefônicos e endereços não se afigura como contribuição à cultura ou educação, não acrescentando nenhum conhecimento literário à sociedade, não vemos como equiparar, para fins tributários, a lista telefônica aos livros e jornais.

O Decreto no. 88.221, de 07.04.83, regulamenta a Lei no. 6.874/80, e no seu parágrafo 1o. esclarece:

"As listas telefônicas, sob qualquer forma ou denominação, se conceituam como publicações técnicas periódicas, destinadas à divulgação de informações sobre assinantes do serviço público de telefonia, EM QUE O INTERESSE PREPONDERANTE SEJA A CONSULTA DO NÚMERO DE TELEFONE".

Conforme claramente definido no conceito legal de lista telefônica acima transcrito, o interesse que prepondera nesse serviço limita-se a informar apenas números de telefones dos usuários, e não informações culturais, típicas dos livros.

Aliás, esse tipo de informação (números de telefone dos usuários) já embute, em si, natureza tipicamente comercial, de interesse mercantil das empresas concessionárias de serviço telefônico, que só têm a ganhar com a divulgação dos números, incentivando o uso do telefone.

Se a empresa recorrente optou por acrescentar informações comerciais e fazer publicidade através da lista, assim o fez para auferir lucros, e não para dar sua contribuição cultural à sociedade. Este sim era o espírito do legislador constituinte: propiciar o barateamento da impressão de livros, jornais e periódicos, assim entendidos como meios de propagação de idéias entre os homens.

Neste sentido, vale ressaltar a decisão proferida unanimemente pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial no. 313 /94, de Minas Gerais, cujo relator foi o Ministro Milton Luiz Pereira, no sentido de negar a imunidade às listas telefônicas, por entender que estas "não se destinam ao específico fim da cultura e à liberdade de pensamento, objetivando a propagação de idéias no interesse social da melhoria do nível intelectual, técnico, moral, político e humano da comunidade."

Tal entendimento vai de encontro à antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, apensada pela recorrente, em que se estendeu a imunidade às listas telefônicas, em um momento em que nem a novel Magna Carta havia sido promulgada (1987), e nem o presente tema havia sido tão exaustivamente debatido, como no momento atual, em que o interesse

comercial (e nada intelectual !) de que se embutem os catálogos telefônicos se mostra de maneira tão acintosa

Desta forma, preferimos acompanhar o entendimento da respeitável e atual decisão daquela Corte de Justiça, para entender que há fato gerador que justifique a cobrança do Imposto sobre Serviços da recorrente.

Ante ao exposto, a Procuradoria Geral do Município, por sua Procuradora que este subscreve, sugere seja conhecido o presente recurso voluntário, para negar-lhe provimento, mantendo-se *in totum* a respeitável decisão de 1o. grau.

É o parecer.

Salvo melhor juízo

Fortaleza, 07 de julho de 1997.

LILIAN BEZERRA PAZ
Procuradora do Município

art. 3.º do Decreto Municipal n.º 8036, de 31.07.89, legislação essa, que não entra em confronto, em nenhum momento, com a Lei n.º 6480/89, estabelece que a denominação da nomenclatura da função gratificada sofreu alteração, ou seja, Chefe da Seção de Apoio, DNI-2.

É salutar abirmos, aqui, um parêntese, para esclarecermos que o doc. de fls. 70 (v. doc. de fls. 71/72), apensado aos autos em tela, não pode servir de parâmetro para a atualização da denominação da nomenclatura e da simbologia da função gratificada prefalada, haja vista que essa peça acostada ao presente processo tratar-se do Anexo XIV a que se refere o art. 1.º da Lei n.º 6480, de 31.07.89.

A postulante não é alcançada por esse dispositivo legal, por que ele resguarda a situação dos "servidores ou funcionários" que ainda não integralizaram ao seu patrimônio representação de cargo comissionado ou de função gratificada, que não corresponde in casu.

Em seguida, o art. 4.º da Lei n.º 6882, de 06.06.91, explica:

"Art. 4.º - Ficam excluídos da lotação da Superintendência Municipal de Obras e Viação - SUMOV e considerados extintos os Cargos Comissionados constantes do Anexo II do presente Diploma Legal".

Faz-se mister lembrarmos que, dentre as funções gratificadas discriminadas no Anexo II a que se refere o dispositivo legal acima transcrito, destaca-se a de Chefe de Seção de Apoio, DNI-2.

Como podemos asseverar, sem qualquer despesa de raciocínio, a lei nova não pode prejudicar situação consumada na égide de uma lei anterior.

Portanto, se a representação da função gratificada de Chefe da Seção de Apoio, símbolo: DNI-2 integralizou ao patrimônio da servidora, ainda na vigência da Lei n.º 6480/89, essa situação jurídica não pode ser alterada face ao art. 4.º da Lei n.º 6882/91 (lei posterior), porque se assim o permitíssemos, estaríamos infringindo à Constituição Federal e à lei civil.

Sobre o assunto, a doutrina é ampla.

Segundo o renomado e saudoso Hely Lopes Meirelles, em seu livro, intitulado *Direito Administrativo Brasileiro*, 22.ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, comenta: *Essa noção se nos afigura da maior importância prática em face do nosso Direito Positivo, que impede a retroatividade da lei quanto ao "ato jurídico perfeito" (CF, art. 5.º, XXXVI, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º).* Este "ato jurídico perfeito" outro senão o ato eficaz e exequível, isto é, aquele que, além das condições legais da existência (eficácia), se apresenta disponível para produzir seus efeitos (exequibilidade). Tanto isto é exato que a própria norma civil considera

"ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6.º, § 1.º). É o ato "consumado" não é o que apenas completou seu ciclo de formação, mas sim, o que tem todos os requisitos para produzir seus efeitos finais.

Corroborando com essa linha de raciocínio, o ilustre jurista José Cretella Júnior, em seu livro denominado: *Comentários à Constituição de 1989*, vol.I, editora Forense Universitário, comenta: *a lei não prejudicará, é o mesmo que não incidirá validamente, ou melhor, a lei nova não atingirá os efeitos produzidos pela lei anterior.*

Ainda sobre o tema enfocado o grande literato do direito no livro supramencionado, acrescenta: *"A lei nova não atingirá o direito adquirido. A lei nova não pode retirar "do mundo" o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. E comenta ainda: o fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está a mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito, acabado, que pertence ao passado.*

Pontes de Miranda, nas várias edições comentadas que fez as diferentes constituições (cf. *Comentários à Constituição de 1964*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 1053, v. IV, p. 99-100; e *Comentários à Constituição de 1967*, com a EC. N.º 1, de 1969, Rio, Ed. Forense, 3ª ed. 1987, v. V, p. 46, e segs. E 101 e segs.), explica, como direitos adquiridos, *os que entraram para o nosso domínio, que dele fazem parte e que não mais podem ser retirados por aquele de quem os obtivemos.*

Pacifici Mazzoni, citado por Carlos Maximiliano (cf. *Comentários à Constituição Brasileira de 1981*, ed. de 1981, p. 227, nota 200) ensina que o direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei vigente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha prevalecer por falta de oportunidade. (Cf. *Istituzioni di diritto civile italiano*, 1980, VI, p. 73).

Pedro Nunes, define direito adquirido como toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde que começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia. (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*, 1984, sub voce, "Direito Adquirido").

O mestre italiano Gaba, em seu livro, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, I, p. 191, 3ª ed. 1981, ao analisar sobre o tema, explana: *É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da Lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da Lei sob o império da qual se verificou o fato onde se origina, entra imediatamente a fazer par-*

te do patrimônio de quem o adquiriu.

Miguel Reale (Cf. Lições Preliminares do Direito, São Paulo, Bushatshy/EDUSP, 1973, p. 292), explica que direito subjetivo é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Daí a razão do Mestre jurista José Afonso da Silva em seu livro, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9.ª Edição, dizer se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de não ter exercido antes.

Diante dos ensinamentos dos renomeados doutrinadores, verificamos, pois o assunto é de uma clareza solar, que, se a servidora incorporou ao seu patrimônio vantagem decorrente de função gratificada na vigência da Lei n.º 6480, de 10.07.89, não podemos, em hipótese alguma, aceitar que a Lei n.º 6882, de 06.06.91 (lei posterior) venha prejudicá-lo. Por conseguinte, se a lei nova, repetimos, (Lei n.º 6882, de 06.06.91 - art. 4º) considera "extintos os cargos comissionados criados e/ou transformados pela Lei n.º 6480, de 10.07.89", tal situação não pode ocorrer porque, como já sustentamos anteriormente, a vantagem já se investiu ao patrimônio da petionante, inatingível, portanto, por lei subsequente à sua formação.

No pertinente à matéria, objeto da exordial de fls. 02, cit. Proc., temos a informar que o processo em epígrafe nos foi encaminhado através da Secretaria de Administração do Município para exame e parecer jurídico, o que opinamos, com balizamento jurídico no art. 23, I (da Lei Complementar n.º 006, de 29.05.92), reenumerado para o art. 24, consoante à Lei Complementar n.º 009, de 29.06.94, e no art. 1º do Decreto n.º 8565, de 12.07.91.

Vale ressaltarmos que, mediante requerimento acostado aos autos em tela (v. doc. de fls. 84, cit. Proc.), a postulante faz a juntada da fotocópia, devidamente autenticada, da certidão de casamento, como ainda de documentos probantes da fruição da gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva.

A certidão de casamento tem como finalidade proêmica dirimir a controvérsia no respeitante ao nome da requerente, haja vista que nos autos em apreço constam documentos com os nomes de Maria Fátima da Silva e MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA, este último, dotado pela postulante após haver contraído núpcias. Portanto, para todos os efeitos legais, o nome da interessada é MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA (v. doc. de fls. 85, cit. Proc.).

Quanto à inclusão dos extratos de pagamentos, devidamente autenticados, atinentes ao exercício dos anos de 1985, 1986, 1987 e 1988 (v. doc. de fls. 86 a 112, cit. Proc.), tem como escopo comprovar a percepção da gra-

tificação de tempo integral e dedicação exclusiva durante um período superior a 05 (cinco) anos, de forma continuada, levando-se em consideração a fruição desse privilégio durante o ano de 1989 (v. doc. de fls. 35 a 38, cit. Proc.) até agosto de 1990 (v. doc. de fls. 39 a 41, cit. Proc.).

É interessante lembrarmos que a aposentanda, tendo implementado os requisitos constantes do parágrafo único (acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84) do art. 58 da Lei n.º 4058, de 02.10.72 antes da vigência da Lei n.º 6712, de 24.09.90, somos favorável a reconhecer que a prefalada gratificação não sofre os efeitos da Lei n.º 6712/90, o que fazemos com embasamento legal no inciso XXXVI do art. 5.º da Carta Magna do País e em decisões desta edilidade jurídica.

Portanto, se a média dos 12 (doze) últimos meses que antecederam à vigência, repetimos, da Lei n.º 6712/90, a postulante percebia 80% (oitenta por cento) da gratificação em regime de tempo integral e dedicação exclusiva - Parágrafo único (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84), da Lei n.º 4058, de 02.10.72, não podemos em qualquer hipótese ensejar na obstrução do privilégio com o seu percentual aludidos do rol das vantagens que incorporam aos proventos da suplicante.

Todos os pressupostos do pedido estão em consonância com a legislação que rege a matéria.

O Órgão de origem oferece as informações sobre a vida funcional da requerente.

O processo está em ordem, nada obstando que se conceda a aposentadoria, objeto deste processo, cujo decreto de inatividade deve conter a seguinte fundamentação legal: Art. 132, III, art. 138, I, art. 118 (e seu § 3.º, acrescentado pela Lei n.º 6901, de 25.06.91); art. 47, III, parágrafo único do art. 51, art. 80, todos da Lei n.º 6794, de 27.12.90; art. 281 (redação dada pela Lei n.º 5684, de 01.03.83) da Lei n.º 4058, de 02.10.72; art. 3.º do parágrafo único do Decreto n.º 7795, de 18.07.88; parágrafo único (acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84) do art. 58 da Lei n.º 4058, de 02.10.72; e art. 41 da Lei n.º 7141, de 29.05.92.

Integram aos proventos da petionante o adicional por tempo de serviço no percentual de 28% (vinte e oito por cento), a gratificação de nível universitário no percentual de 20% (vinte por cento), a gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva no percentual de 80% (oitenta por cento), a representação da função gratificada de Chefe da Seção de Apoio, símbolo: DNI-2, e o salário base a que faz jus.

Vale elucidar que, para efeito de cálculo, o anuênio, a gratificação de nível universitário e a gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva incidem sobre o salário base da requerente.

Face ao exposto, somos favorável pela concessão do pleito da petionante em virtude de base de sustentação legal; devendo, por outro aspecto, a Secretaria de Administração do Município, antes de elevar o pro-

cesso entablado ao E. Tribunal de Contas dos Municípios, tomar as seguintes providências:

1. Alterar na letra "b", constante do título: "DESIGNAÇÃO PARA" (v. doc. de fls. 77/79, cit. Proc.) a denominação da simbologia e da nomenclatura da função gratificada para DNI-2 (Chefe da Seção de Apoio), pelos motivos anteriormente alegados.

2. Onde se lê: "Função Gratificada, DNI-1", constante do título: "GRATIFICAÇÕES" do doc. de fls. 77/79, cit. Proc., deve ser modificado para Função Gratificada, DNI-2.

3. Substituir no título: "GRATIFICAÇÕES", constante do doc. de fls. 77/79, cit. Proc., a "Vant. Pessoal Reajustável" e o seu *quantum* correspondente pela gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva, discriminando o seu percentual de 80% (oitenta por cento) e o seu valor devido.

4. Modificar a "exposição de motivos" e, conseqüentemente, a totalidade dos proventos da aposentanda.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 17 de abril de 1998.

MARIA TERESA MAGALHÃES CABRAL

Procurador do Município

De acordo

À consideração superior

em 17.04.98

FRANCISCA GLÁUCIA C. PONTES

Procurador Chefe da Procuradoria Jurídico - Administrativa.

De acordo com o parecer

À Secretaria de Administração do Município

STÊNIO C. LIMA

Procurador Geral

PROCESSO N.º : 1084/96-PGM
INTERESSADA : MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA
ASSUNTO: APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE
SERVIÇO COM PROVENTOS INTEGRAIS

ORIGEM : SUMOV

EMENTA: - Concessão de aposentadoria voluntária por tempo de serviço com proventos integrais.
- Incorporação aos proventos da suplicante da função gratificada de Chefe da Seção de Apoio, DNI-2.

In *casu* consiste em postulação de aposentadoria voluntária por tempo de serviço com proventos integrais, de interesse de **MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA**, matrícula n.º 04-00479, exercente da função de Administrador, 8C, lotada na SUMOV.

In *primo loco*, não podemos deixar à margem de discorrer sobre a denominação da nomenclatura e da simbologia da representação da função gratificada que integralizar-se-á aos proventos da aposentanda; para, a *posteriori*, tratarmos da aposentadoria da suplicante, objeto da peça vestibular de fls. 02, cit. Proc.

Consoante Portaria n.º 0696/86, foi assegurado a postulante o direito de continuar a perceber a representação referente à função gratificada de Chefe da Seção de Serviços Gerais do Departamento Administrativo da SUMOV, símbolo: FG-2, a partir de 31.01.86. (v. doc. de fls. 20, cit. Proc.).

O art. 2º da Lei n.º 6480, de 10.07.89, elucida:

"Art. 2º - A Representação de Cargo Comissionado ou Função Gratificada, incorporada à remuneração do funcionário ou servidor municipal passa a obedecer a equivalência e simbologia constantes do Anexo I do presente Diploma Legal".

Ora, de conformidade com o Anexo I a que faz alusão o dispositivo legal acima mencionado (v. doc. de fls. 69, cit. Proc.), a servidora, tendo incorporado a sua remuneração representação de função gratificada, símbolo: FG-2, automaticamente, passa a ter essa simbologia modificada para DNI-2.

Posteriormente, de acordo com o parágrafo único a que se refere o

art. 3.º do Decreto Municipal n.º 8036, de 31.07.89, legislação essa, que não entra em confronto, em nenhum momento, com a Lei n.º 6480/89, estabelece que a denominação da nomenclatura da função gratificada sofreu alteração, ou seja, Chefe da Seção de Apoio, DNI-2.

É salutar abrirmos, aqui, um parêntese, para esclarecermos que o doc. de fls. 70 (v. doc. de fls. 71/72), apensado aos autos em tela, não pode servir de parâmetro para a atualização da denominação da nomenclatura e da simbologia da função gratificada prefalada, haja vista que essa peça acostada ao presente processo tratar-se do Anexo XIV a que se refere o art. 1.º da Lei n.º 6480, de 31.07.89.

A postulante não é alcançada por esse dispositivo legal, por que ele resguarda a situação dos "servidores ou funcionários" que ainda não integralizaram ao seu patrimônio representação de cargo comissionado ou de função gratificada, que não corresponde *in casu*.

Em seguida, o art. 4.º da Lei n.º 6882, de 06.06.91, explica:

"Art. 4.º - Ficam excluídos da lotação da Superintendência Municipal de Obras e Viação - SUMOV e considerados extintos os Cargos Comissionados constantes do Anexo II do presente Diploma Legal".

Faz-se mister lembrarmos que, dentre as funções gratificadas discriminadas no Anexo II a que se refere o dispositivo legal acima transcrito, destaca-se a de Chefe de Seção de Apoio, DNI-2.

Como podemos asseverar, sem qualquer despesa de raciocínio, a lei nova não pode prejudicar situação consumada na égide de uma lei anterior.

Portanto, se a representação da função gratificada de Chefe da Seção de Apoio, símbolo: DNI-2 integralizou ao patrimônio da servidora, ainda na vigência da Lei n.º 6480/89, essa situação jurídica não pode ser alterada face ao art. 4.º da Lei n.º 6882/91 (lei posterior), porque se assim o permitíssemos, estaríamos infringido à Constituição Federal e à lei civil.

Sobre o assunto, a doutrina é ampla.

Segundo o renomado e saudoso Hely Lopes Meirelles, em seu livro, intitulado *Direito Administrativo Brasileiro*, 22.ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, comenta: Essa noção se nos afigura da maior importância prática em face do nosso Direito Positivo, que impede a retroatividade da lei quanto ao "ato jurídico perfeito" (CF, art. 5.º, XXXVI, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º). Este "ato jurídico perfeito" outro senão o ato eficaz e exequível, isto é, aquele que, além das condições legais da existência (eficácia), se apresenta disponível para produzir seus efeitos (exequibilidade). Tanto isto é exato que a própria norma civil considera

"ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6.º, § 1.º). E o ato "consumado" não é o que apenas completou seu ciclo de formação, mas sim, o que tem todos os requisitos para produzir seus efeitos finais.

Corroborando com essa linha de raciocínio, o ilustre jurista José Cretella Júnior, em seu livro denominado: *Comentários à Constituição de 1989*, vol. I, editora Forense Universitário, comenta: a lei não prejudicará, é o mesmo que não incidirá validamente, ou melhor, a lei nova não atingirá os efeitos produzidos pela lei anterior.

Ainda sobre o tema enfocado o grande literato do direito no livro supramencionado, acrescenta: "A lei nova não atingirá o direito adquirido. A lei nova não pode retirar "do mundo" o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. E comenta ainda: o fato jurídico que ainda não ocorreu, esse sim, está a mercê da lei nova. O fato ocorrido não, porque é algo perfeito, acabado, que pertence ao passado.

Pontes de Miranda, nas várias edições comentadas que fez as diferentes constituições (cf. *Comentários à Constituição de 1964*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 1053, v. IV, p. 99-100; e *Comentários à Constituição de 1967*, com a EC. N.º 1, de 1969, Rio, Ed. Forense, 3ª ed. 1987, v. V, p. 46, e segs. E 101 e segs.), explica, como direitos adquiridos, os que entraram para o nosso domínio, que dele fazem parte e que não mais podem ser retirados por aquele de quem os obtivemos.

Pacifici Mazzoni, citado por Carlos Maximiliano (cf. *Comentários à Constituição Brasileira de 1981*, ed. de 1981, p. 227, nota 200) ensina que o direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei vigente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha prevalecer por falta de oportunidade. (Cf. *Istituzioni di diritto civile italiano*, 1980, VI, p. 73).

Pedro Nunes, define direito adquirido como toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde que começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia. (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*, 1984, sub voce, "Direito Adquirido").

O mestre italiano Gaba, em seu livro, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, I, p. 191, 3ª ed. 1981, ao analisar sobre o tema, explana: É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da Lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da Lei sob o império da qual se verificou o fato onde se origina, entra imediatamente a fazer par-

de do patrimônio de quem o adquiriu.

Miguel Reale (Cf. Lições Preliminares do Direito, São Paulo, Bushatshy/EDUSP, 1973, p. 292), explica que direito subjetivo é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Daí a razão do Mestre jurista José Afonso da Silva em seu livro, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9.ª Edição, dizer se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de não ter exercido antes.

Diante dos ensinamentos dos renomeados doutrinadores, verificamos, pois o assunto é de uma clareza solar, que, se a servidora incorporou ao seu patrimônio vantagem decorrente de função gratificada na vigência da Lei n.º 6480, de 10.07.89, não podemos, em hipótese alguma, aceitar que a Lei n.º 6882, de 06.06.91 (lei posterior) venha pejudicá-lo. Por conseguinte, se a lei nova, repetimos, (Lei n.º 6882, de 06.06.91 - art. 4º) considera "extintos os cargos comissionados criados e/ou transformados pela Lei n.º 6480, de 10.07.89", tal situação não pode ocorrer porque, como já sustentamos anteriormente, a vantagem já se investiu ao patrimônio da petionante, inatingível, portanto, por lei subsequente à sua formação.

No pertinente à matéria, objeto da exordial de fls. 02, cit. Proc., temos a informar que o processo em epígrafe nos foi encaminhado através da Secretaria de Administração do Município para exame e parecer jurídico, o que opinamos, com balizamento jurídico no art. 23, I (da Lei Complementar n.º 006, de 29.05.92), reenumerado para o art. 24, consoante à Lei Complementar n.º 009, de 29.06.94, e no art. 1º do Decreto n.º 8565, de 12.07.91.

Vale ressaltarmos que, mediante requerimento acostado aos autos em tela (v. doc. de fls. 84, cit. Proc.), a postulante faz a juntada da fotocópia, devidamente autenticada, da certidão de casamento, como ainda de documentos probantes da fruição da gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva.

A certidão de casamento tem como finalidade proêmica dirimir a controvérsia no respeitante ao nome da requerente, haja vista que nos autos em apreço constam documentos com os nomes de Maria Fátima da Silva e MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA, este último, dotado pela postulante após haver contraído núpcias. Portanto, para todos os efeitos legais, o nome da interessada é MARIA FÁTIMA SILVA DA ROCHA (v. doc. de fls. 85, cit. Proc.).

Quanto à inclusão dos extratos de pagamentos, devidamente autenticados e atinentes ao exercício dos anos de 1985, 1986, 1987 e 1988 (v. doc. de fls. 86 a 112, cit. Proc.), tem como escopo comprovar a percepção da gra-

tificação de tempo integral e dedicação exclusiva durante um período superior a 05 (cinco) anos, de forma continuada, levando-se em consideração a fruição desse privilégio durante o ano de 1989 (v. doc. de fls. 35 a 38, cit. Proc.) até agosto de 1990 (v. doc. de fls. 39 a 41, cit. Proc.).

É interessante lembrarmos que a aposentanda, tendo implementado os requisitos constantes do parágrafo único (acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84) do art. 58 da Lei n.º 4058, de 02.10.72 antes da vigência da Lei n.º 6712, de 24.09.90, somos favorável a reconhecer que a prefalada gratificação não sofre os efeitos da Lei n.º 6712/90, o que fazemos com embasamento legal no inciso XXXVI do art. 5.º da Carta Magna do País e em decisões desta edilidade jurídica.

Portanto, se a média dos 12 (doze) últimos meses que antecederam à vigência, repetimos, da Lei n.º 6712/90, a postulante percebia 80% (oitenta por cento) da gratificação em regime de tempo integral e dedicação exclusiva - Parágrafo único (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84), da Lei n.º 4058, de 02.10.72, não podemos em qualquer hipótese ensejar na obstrução do privilégio com o seu percentual aludidos do rol das vantagens que incorporam aos proventos da suplicante.

Todos os pressupostos do pedido estão em consonância com a legislação que rege a matéria.

O Órgão de origem oferece as informações sobre a vida funcional da requerente.

O processo está em ordem, nada obstando que se conceda a aposentadoria, objeto deste processo, cujo decreto de inatividade deve conter a seguinte fundamentação legal: Art. 132, III, art. 138, I, art. 118 (e seu § 3.º, acrescentado pela Lei n.º 6901, de 25.06.91); art. 47, III, parágrafo único do art. 51, art. 80, todos da Lei n.º 6794, de 27.12.90; art. 281 (redação dada pela Lei n.º 5684, de 01.03.83) da Lei n.º 4058, de 02.10.72; art. 3.º do parágrafo único do Decreto n.º 7795, de 18.07.88; parágrafo único (acrescentado pela Lei n.º 5808, de 11.04.84) do art. 58 da Lei n.º 4058, de 02.10.72; e art. 41 da Lei n.º 7141, de 29.05.92.

Integram aos proventos da petionante o adicional por tempo de serviço no percentual de 28% (vinte e oito por cento), a gratificação de nível universitário no percentual de 20% (vinte por cento), a gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva no percentual de 80% (oitenta por cento), a representação da função gratificada de Chefe da Seção de Apoio, símbolo: DNI-2, e o salário base a que faz jus.

Vale elucidar que, para efeito de cálculo, o anuênio, a gratificação de nível universitário e a gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva incidem sobre o salário base da requerente.

Face ao exposto, somos favorável pela concessão do pleito da petionante em virtude de base de sustentação legal; devendo, por outro aspecto, a Secretaria de Administração do Município, antes de elevar o pro-

cesso entablado ao E. Tribunal de Contas dos Municípios, tomar as seguintes providências:

1. Alterar na letra "b", constante do título: "DESIGNAÇÃO PARA" (v. doc. de fls. 77/79, cit. Proc.) a denominação da simbologia e da nomenclatura da função gratificada para DNI-2 (Chefe da Seção de Apoio), pelos motivos anteriormente alegados.

2. Onde se lê: "Função Gratificada, DNI-1", constante do título: "GRATIFICAÇÕES" do doc. de fls. 77/79, cit. Proc., deve ser modificado para Função Gratificada, DNI-2.

3. Substituir no título: "GRATIFICAÇÕES", constante do doc. de fls. 77/79, cit. Proc., a "Vant. Pessoal Reajustável" e o seu *quantum* correspondente pela gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva, discriminando o seu percentual de 80% (oitenta por cento) e o seu valor devido.

4. Modificar a "exposição de motivos" e, conseqüentemente, a totalidade dos proventos da aposentanda.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 17 de abril de 1998.

MARIA TERESA MAGALHÃES CABRAL

Procurador do Município

De acordo

À consideração superior

em 17.04.98

FRANCISCA GLÁUCIA C. PONTES

Procurador Chefe da Procuradoria Jurídico - Administrativa.

De acordo com o parecer

À Secretaria de Administração do Município

STÊNIO C. LIMA

Procurador Geral

**PARECER Nº 16/98 - PP- PGM.
PROCESSO Nº 00065/97-PGM.
INTERESSADA: MYRTES SOARES E SILVA.
ASSUNTO: SOLICITAÇÃO.**

EMENTA: Pedido de comprovação de existência de via coletora incidente em loteamento aprovado pela municipalidade. Áreas remanescentes parceladas à revelia da lei 6.766/79. Necessidade de regularização, sob pena de enquadramento do loteador em ilícito penal. Indeferimento do pleito.

Através de requerimento padrão, a interessada supra, solicitou à antiga Secretaria de Controle Urbano e Meio Ambiente - SPLAN, informações sobre a localização da via coletora incidente no Loteamento Santa Sofia, com o objetivo de comprovar a sua existência junto ao Cartório Imobiliário competente, bem como viabilizar registros de terrenos comercializados com terceiros.

Em seu andamento regular, os autos foram enviados pela Secretaria acima ao Instituto de Planejamento do Município - IPLAM, com o propósito de obter maiores esclarecimentos acerca do pedido da interessada.

Tais esclarecimentos encontram-se às fls. 06 a 08, no Parecer/ Comunicado-IPLAM, nº 351/96, os quais historicam de forma detalhada a origem do Loteamento aludido, demonstrando, outrossim, as irregularidades cometidas pela solicitante, quanto aos parcelamentos ocorridos em terrenos de sua propriedade.

Demonstra o mencionado Parecer, que em processo de consulta prévia realizada naquele Instituto, a gleba de 99.518m², matrícula 34.981 do 1º Cartório de Registro de Imóveis, a qual originaria o Loteamento Santa Sofia em alusão, deveria incidir sobre a mesma, consoante planta 02 integrante da Lei 5122^a/79, uma via coletora em toda a extensão do limite Sul do Imóvel, devendo a mesma ser implantada com uma faixa de 15 metros a partir da Av. Washigton Soares até o extremo leste do terreno.

Após regular aprovação do Loteamento em questão, foi constatada a existência de duas áreas remanescentes não loteadas, medindo 1.530,00m² e 18.549,13 m², respectivamente.

A partir de então, o citado Parecer faz um levantamento de todas as averbações constantes na matrícula nº 34.981 aludida, além de outros tópicos que merecem uma análise mais detalhada adiante.

Pelas informações prestadas pelo Parecer em comento, observa-se que as áreas remanescentes, pertencente à interessada, foram parceladas com infringência à Legislação pertinente, tornando-se o ponto nodal do presente processo.

Verifica-se no caso em mira, que as referidas áreas remanescentes foram, por parte da interessada, parceladas e comercializadas em total descumprimento da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei Federal 6.776 de 19/12/79, uma vez que não foi obtido o necessário aprova da Municipalidade nos parcelamentos em questão.

Como se pode observar, as mencionadas áreas remanescentes são oriundas da gleba que deu nascedouro ao Loteamento Santa Sofia, as quais foram averbadas e indevidamente comercializadas, consoante as averbações 06, 09, 12 e 12 da matrícula 34.981 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona.

O que aconteceu em espécie, foram, na verdade, desmembramentos irregulares das glebas remanescentes, originando terrenos de terceiros, conforme mostram as matrículas existentes às fls. 14 e 15.

Fica caracterizado, portanto, que a loteadora Myrtes Soares e Silva, infringiu a Legislação correspondente, ao parcelar e vender partes das áreas remanescentes de sua propriedade, sem a observância das prescrições legais.

Prescreve a Lei 6.776/79 :

Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e das disposições estaduais e municipais pertinentes.

§. 1º.....omissis

§. 2º *Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.*

Art. 10. Para a aprovação do projeto de desmembramento, o interessado apresentará requerimento à Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal quando for o caso, acompanhado do título de propriedade e de planta do imóvel a ser desmembrado, contendo:

- I - a indicação das vias existentes e dos loteamentos próximos;*
- II - a indicação do tipo de uso predominante no local;*
- III - a indicação da divisão de lotes pretendida na área.*

Art. 12. O projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela municipalidade, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem compete a fixação das diretrizes a que aludem os arts. 6º e 7º desta lei, salvo a exceção prevista no artigo seguinte.

Neste contexto, incide sobre a Sra. Myrtes Soares e Silva a penalidade prevista no artigo 50 da mesma Lei, a seguir transcrito:

Art. 50. Constitui crime contra a administração pública:

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II-.....omissis;

III -omissis.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos, e multa de 05 a 50 vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Sobre o tema, aduz Marco Aurélio S. Viana em Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª edição., pág. 142:

" A ação do agente atinge um bem público diretamente, e secundariamente o do particular, porque aquele que pratica atos delituosos relativamente à área que loteia está atentando contra um bem (representado pela Exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas as suas determinações), sobre qual interesse máximo pertence ao Poder Público, para concluir, em passo seguinte, de modo irrecusável, que a tutela jurídica alcança o bem particular por accidens, levando-se em conta a sua participação na comunhão social ".

Com essas observações sobre o caso em tela, a pretensão da interessada fica prejudicada, não podendo, por conseguinte prosperar, uma vez que, além dos desmembramentos irregulares constatado acima, não fora feita a reserva da faixa de 15 metros destinadas à via coletora nas áreas

remanescentes comentadas, conforme informa o último parágrafo do item 4 do Parecer em referência.

No que pertine aos outros tópicos do parecer em alusão, que merecem um maior questionamento, destacam-se os de números 08 e 10, que devem ser esclarecidos pela Secretaria Executiva Regional competente, pois os mesmos dão conta da existência de construções em áreas não loteadas e parceladas à revelia do órgão municipal competente, observando no caso, o artigo 15 do Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza.

Por outro lado, a planta do multicitado Loteamento Santa Sofia, indica que o percentual destinado às áreas verdes é de 14,97%, ficando, no caso, um crédito de 0,3 por cento em favor da municipalidade, bem como demonstra a ausência da área destinada ao Fundo de Terra, o que poderá ser solucionado através de doação de tais áreas nas respectivas áreas remanescentes comentadas, uma vez que, além de pertencerem a mesma pessoa, são áreas contíguas, ademais, as áreas destinadas ao Fundo de Terras podem ser doadas em outro local, conforme permite a lei Municipal 6.543/89, podendo ser aplicado no caso em análise, o item 12 do Parecer/comunicado em destaque.

Diante do exposto, deverá a S.E..R. competente, notificar a Sra. Myrtes Soares e Silva para a regularização do Loteamento Santa Sofia, nos termos do parágrafo retro, bem como dos desmembramentos ocorridos nas áreas remanescentes da gleba sob matrícula 34.981 do 1º Cartório de Registro de Imóveis, sob pena das sanções civis e criminais determinadas pela Lei 6.776/79. A Secretaria deverá também, apresentar esclarecimentos acerca das construções existentes nas áreas remanescentes aqui analisadas, nos termos dos itens 8, 10 e 11 do Parecer/comunicado do IPLAM nº 351/96, tendo em vista que tais construções foram erguidas em áreas parceladas irregularmente, em desatenção, portanto, o que preceitua o artigo 15 do Código de Obras e Posturas da cidade.

É O PARECER.

À APRECIÇÃO SUPERIOR.

Fortaleza, 16 de abril de 1998.

JOSÉ SOARES DE SOUZA NETO.

Procurador do Município.

Mat. 22234-1.4

AO EXMO. SR. PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

Concordo com o Parecer. Trata-se de parcelamento irregular implantado pela loteadora, Sra. Myrtes Soares e Silva, à arripio da Lei de Parcelamento do Solo. Esse parcelamento irregular, tratando-se de áreas provenientes de remanescente do lotemanto Santa Sofia, dever-se-ia ocorrer sob forma de loteamento ou desmembramento, à depender da subsunção dos fatos à previsão legislativa.

No magistério de Hely Lopes Meirelles "o desmembramento é apenas repartição de gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação, etc.), como por imposição judicial (arrematação, partilha, etc.)." (cit. in "Loteamentos e desmembramentos Urbanos, Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, pg. 14, s. lit. ed., 1980, 1ª ed.).

A divisão da gleba remanescente, deu-se sem a prévia e necessária autorização do Município de Fortaleza. Incorreu, por tal a loteadora, na prática do crime contra a Administração Pública estipulado no art.50 da Lei 6.776/79, crime doloso de ação penal pública incondicionada, competindo, privativamente, ao Ministério Público a iniciativa da ação, devendo para tanto, se assim entender V.Exa., Sr. Procurador Geraldo Município, como indicado pelo parecerista Dr. José Soares, ser remetido cópia do presente processo a Procuradoria Geral de Justiça destes Estado para promover a competente ação.

A lei nº 6.776/79 ao classificar como crime contra a Administração Pública "dar início ou efetuar, de qualquer modo, loteamento ou desmembramento urbano, sem autorização da autoridade competente (Prefeitura Municipal), tutelou, em termos de objetividade jurídica, as determinações públicas realacionadas com a ordenação e ocupação do solo urbano, passando a ter as normas administrativas e urbanísticas do Município reflexo na esfera penal. Assim, o parcelador infrator incorrerá em pena de reclusão além da possibilidade de sujeição à interdição de direitos (arts. 67, II e 69, IV do C.P.), ficando incapacitado para a atividade de parcelamento urbano por um prazo de dosi a dez anos (inc. IV do parágrafo único do art. 69 C.P.).

O indicado pelo Dr. José Soares na parte final de seu parecer de fls., faz-se necessário em virtude do subsídio a ser remetido a esta Procuradoria Gera para interpor, por via judicial, ação própria em defesa deste Município. Para tal, aprovado o parecer por V.Exa., Procurador Geral, assim como o presente despacho, urge a SER competente, em caso de infrutífera a tentativa de regularização por via amigável, às custas da

loteadora, remeta a esta Procuradoria Patrimonial os documentos instrutórios à ação judicial a ser movida, oportunamente, pelo Município de Fortaleza.

É o que me cabe considerar.

À Superior apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Município.

Fortaleza, 27 de abril de 1998.

DENISE BARBOSA SOBREIRA.

Procuradora-Chefe da Procuradoria Patrimonial.

Aprovo o parecer e o despacho de fls. 26/28 e 29/30.

À origem.

Em 27/4/98.

STÊNIO CARVALHO LIMA.

Procurador Geral.

PARECER N.º 002/98 - PF - PGM
PROCESSO N.º 02317/97 - PGM
INTERESSADA : CASA DOS AMIGOS DE RUSSAS

EMENTA:

- 1 - DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO DE NATUREZA IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE.
- 2 - POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE ÁREAS INSTITUCIONAIS A ENTIDADES ASSISTENCIAIS E SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE ATENDIDO O ART. 95 E INCISOS DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
- 3 - IMPOSSIBILIDADE DE ATENDER A CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DA ÁREA INSTITUCIONAL SOLICITADA, VEZ QUE ESTA, SEGUNDO O IPLAM, NÃO OFERECE CONDIÇÕES DE USO.

CASA DOS AMIGOS DE RUSSAS - CARUS, entidade civil sem fins lucrativos, inscrita no CGC/MF sob o n.º 74.045.154/0001-36, com sede nesta Capital, na Rua 24 de maio, 1230, Centro, vem, solicitar a doação de um terreno, de propriedade do Município de Fortaleza, localizado na Av. Desembargador Gonzaga, s/nº, Bairro Cidade dos Funcionários, com o objetivo de construir a sua sede social.

Como é sabido, a doação é, independente das partes que a celebram, contrato de natureza estritamente civil. Nos termos do art. 1.165 do Código Civil, "uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita".

Sem afastar-se da perspectiva civilista, o saudoso Hely Lopes Meirelles, assim a conceitua:

"DOAÇÃO É O CONTRATO PELO QUAL UMA PESSOA (DOADOR), POR LIBERALIDADE, TRANSFERE UM BEM DO SEU PATRIMÔNIO PARA O DE OUTRA (DONATÁRIO), QUE O ACEITA (CC, ART. 1.165). É CONTRATO CIVIL, E NÃO ADMINISTRATIVO, FUNDADO NA LIBERALIDADE DO DOADOR, EMBORA POSSA SER COM ENCARGOS PARA O DONATÁRIO (...)" (in *Direito Administrativo Brasileiro, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, pág. 451, 22ª, Ed. Malheiros, 1.997.*

Evidentemente, até bem pouco tempo, as práticas administrativas admitiam a doação de bens públicos imóveis, desde que desafetados previamente e mediante autorização legislativa. Nesse sentido, formou-se sólida doutrina que comungava desse entendimento, ao mesmo passo que seguiram-se inúmeras decisões judiciais que consideravam válidas as alienações assim efetivadas.

Ocorre, que atualmente, a doação de terrenos públicos vem sendo substituída pela concessão de direito real de uso, como esclarece Hely Lopes Meirelles, ob.cit., pág. 452, "in verbis":

"MODERNAMENTE, A DOAÇÃO DE TERRENOS PÚBLICOS VEM SENDO SUBSTITUÍDA - E COM VANTAGENS - PELA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO (...)"

Agora, sobre a concessão de direito real de uso, esclarece o mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Municipal Brasileiro, 9ª Ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes, Ed. Malheiros, 1.997, São Paulo - SP, pág. 233, como segue:

"A CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO É O CONTRATO PELO QUAL A ADMINISTRAÇÃO TRANSFERE A UTILIZAÇÃO REMUNERADA OU GRATUITA DE TERRENO PÚBLICO AO PARTICULAR, COMO DIREITO REAL RESOLÚVEL, PARA FINS ESPECÍFICOS DE URBANIZAÇÃO, INDUSTRIALIZAÇÃO, EDIFICAÇÃO, CULTIVO OU QUALQUER OUTRA EXPLORAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL (...).

"A CONCESSÃO DE USO, COMO DIREITO REAL, ADERE AO BEM E O ACOMPANHA EM TODAS AS SUAS MUTAÇÕES, SENDO ALIENÁVEL POR ATO INTER VIVOS E TRANSFERÍVEL POR SUCESSÃO LEGÍTIMA OU TESTAMENTÁRIA. ADMITE HIPOTECA E QUALQUER OUTRO GRAVAME, COMO OS DEMAIS DIREITOS REAIS, COM A SÓ DIFERENÇA DE QUE O IMÓVEL REVERTERÁ À ADMINISTRAÇÃO CONCEDENTE SE O CONCESSIONÁRIO, SEUS ADQUIRENTES OU SUCESSORES NÃO LHE DEREM O USO PROMETIDO OU O DESVIAREM DE SUA FINALIDADE CONTRATUAL (...). DESSE MODO, O PODER PÚBLICO GARANTE-SE QUANTO À FIEL EXECUÇÃO DA CONCESSÃO DO TERRENO ASSEGURANDO-LHE O USO A QUE É DESTINADO E EVITANDO PREJUDICIAIS ESPECULAÇÕES

IMOBILIÁRIAS DOS QUE ADQUIREM IMÓVEIS PÚBLICOS PARA GUARDAR VALORIZAÇÃO VEGETATIVA, EM DETRIMENTO DA COLETIVIDADE. MAS, SE O ADQUIRENTE DO USO DER-LHE A FRUIÇÃO CONTRATUAL, TERÁ O BEM INTEGRADO NO SEU PATRIMÔNIO COMO OS DEMAIS DIREITOS REAIS(...)

"TAL CONCESSÃO SUBSTITUI VANTAJOSAMENTE A MAIORIA DAS ALIENAÇÕES DE TERRENOS PÚBLICOS, MORMENTE QUANDO FEITAS POR VENDA OU DOAÇÃO INCONDICIONADA. A CONCESSÃO DO DIREITO REAL DE USO DEPENDE DE LEI AUTORIZATIVA E DE CONCORRÊNCIA(...)"

Sendo que, sobre a concessão de direito real de uso, a Lei Orgânica do Município de Fortaleza, em seu art. 98, ao tratar do regime jurídico-administrativo dos bens públicos dispõe:

"ART. 95 - A ALIENAÇÃO DE BENS MUNICIPAIS, SUBORDINADA À EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO, SERÁ SEMPRE PRECEDIDA DE AVALIAÇÃO E OBEDECERÁ ÀS SEGUINTE NORMAS:

I - QUANDO DE BENS IMÓVEIS, DEPENDERÁ APENAS DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E CONCORRÊNCIA PÚBLICA, SOMENTE DISPENSADA NO CASO DE PERMUTA PARA FINS DE URBANIZAÇÃO DE FAVELAS OBEDECIDOS OS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI;

II - (omissis)

§ 2º - A CONCESSÃO DE USO DAS ÁREAS INSTITUCIONAIS SOMENTE PODERÁ SER OUTORGADA A ENTIDADES ASSISTENCIAIS E SEM FINS LUCRATIVOS E PARA A IMPLANTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS COMUNITÁRIOS".

Como visto, por sua natureza estritamente privatista, a doação não consegue atender bem ao interesse público que a Administração Pública tem por escopo tutelar. Somente em casos especialíssimos e extremos, deve a doação ser preferida à concessão de direito real de uso.

Todo bem público constitui um recurso material de que se utiliza a Administração para a realização de seus fins, objetivando o bem estar de

toda a coletividade e a prestação de uma utilizada pública.

Não se diga, porém, que o administrador esteja, em toda e qualquer hipótese, impedido de doar. Mas, estando à sua disposição um instrumento que possibilite a adequação do ato atributivo de direitos a particulares aos ditames dos princípios administrativos, deve optar pela medida que melhor atenda aos interesses públicos.

Destarte, nos termos da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, inoportuna é a doação do bem público imóvel indicado, até porque existe meio que melhor atende aos interesses públicos, no presente caso, a concessão de direito real de uso, devendo-se, para a sua concessão ser observada a autorização legislativa e a concorrência.

Sobre a concorrência, além do que prevê a lei Orgânica, cumprenos observar, que segundo Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Municipal Brasileiro, ob.cit., pág. 234, a licitação somente é dispensada em dois casos, senão vejamos:

"RESSALTE-SE QUE A LICITAÇÃO ESTÁ DISPENSADA QUANDO A CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DO BEM PÚBLICO DESTINAR-SE A OUTRO ÓRGÃO PÚBLICO OU A ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (Lei 8.666/93, art. 17, § 2º)"

Portanto, a concessão do direito real de uso é viável, desde que atendidas as determinações legais.

Por outro lado, chamamos à lume a informação prestada pelo Instituto de Planejamento do Município - IPLAM no Parecer/Comunicado nº 455/97, que repousa às fls. 21 do processo administrativo, que dispõe:

"EM ATENÇÃO À SOLICITAÇÃO DA PGM, TEMOS A INFORMAR:

1 - A ÁREA DESCRITA NA PETIÇÃO PELA REQUERENTE CONSTITUI-SE DE DUAS ÁREAS, SENDO UMA DELAS ÁREA VERDE, A RESTANTE ÁREA INSTITUCIONAL DO LOTEAMENTO GARDEN PARQUE.

2 - O LOTEAMENTO GARDEM PARQUE É APROVADO PELA PMF E REGISTRADO SOB MATRÍCULA Nº 17.677 DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA 1ª ZONA.

3 - PASSA PELAS ÁREAS VERDES E INSTITUCIONAL UM RIACHO QUE, POR NÃO TER SIDO DRENADO PELO EMPREENDEDOR QUANDO DA IMPLANTAÇÃO DO LOTEAMENTO EM 1980,

DEVERÁ MANTER UMA FAIXA DE PRESERVAÇÃO DE 15,00M PARA CADA LADO, A PARTIR DO EIXO ATUAL.

DESTA FORMA A ÁREA INSTITUCIONAL QUE SOMENTE PODERIA SER LIBERADA PARA IMPLANTAÇÃO DE ATIVIDADES LIGADAS A EDUCAÇÃO, SAÚDE DENTRE OUTROS, E PRIORITARIAMENTE SER USADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TEM SUA OCUPAÇÃO RESTRITA, EM FUNÇÃO DA POUCA PROFUNDIDADE, DE MODO QUE SOMOS CONTRÁRIOS A LIBERAÇÃO DA MESMA".

Portanto, consoante o Parecer/Comunicado do IPLAM a área não tem condições de ser utilizada para os fins solicitados.

Pelo exposto, e com supedâneo na legislação anteriormente avocada, conclui-se que o instrumento adequado ao atendimento dos interesses públicos é a concessão de direito real de uso, e não a doação.

Sendo oportuno lembrar, que o bem público solicitado pela Requerente tem, segundo o IPLAM, sua ocupação restrita, não tendo condições de ser liberada para atender a Casa dos Amigos de Russas - CARUS.

É o parecer.

S.M.J.

Fortaleza/CE, 28 de janeiro de 1.998

FCO.DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO
Procurador do Município
Matrícula 24.797-1

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

PROCESSO Nº 01398/97-PGM

INTERESSADO: GUARDA MUNICIPAL DE FORTALEZA

**ASSUNTO: Solicita Exame e Parecer, com relação ao servidor - JOSÉ
MARIA DA SILVA - que encontra-se no momento preso, flagrante
delito por tráfico de drogas**

PARECER Nº

EMENTA: Configura-se situação excepcional, não prevista pela letra da lei. No caso, condenação criminal não implica em falta administrativa por parte do servidor. À "força normativa do fático" deve corresponder providências lógicas por parte da administração: retirar o servidor da folha de pagamento até seu retorno ao serviço.

A Guarda Municipal de Fortaleza, através do processo em epígrafe, encaminhado a esta Procuradoria pelo seu Diretor Geral - **JOÃO TEIXEIRA DE SOUSA**, solicita parecer a respeito do servidor - **JOSÉ MARIA DA SILVA**, que se encontra preso, flagrante delito, respondendo por dois processos por tráfico e uso de substâncias entorpecentes (Ofício nº 285/97 - anexo), informa-nos ainda que o servidor foi submetido a processo administrativo - por abandono de cargo, não ficando caracterizado, sendo posteriormente arquivado.

Feitas estas considerações dos fatos, passamos a análise do pleito.

O servidor encontra-se preso, em razão de ato (e circunstâncias) desligado da atividade profissional que exerce e não prevista em lei como crime contra a administração pública não repercutindo em sua atividade profissional nem no ambiente de trabalho de forma direta, não há como puni-lo no âmbito do direito administrativo.

Quanto ao fato do servidor estar faltando ao serviço por mais de trinta dias é óbvio que não poderia ser diferente, já que se encontra preso, respondendo processo.

Em relação ao processo administrativo que deu pela não caracterização de abandono de cargo, não poderia a administração agir de

forma diferente, porque a administração deve zelar pelo princípio da legalidade, e a pena de demissão para o funcionário, tem sido reservada, quanto à prática de crimes, exclusivamente para crimes contra a administração pública ou praticadas na situação de funcionário, conforme dispunha o antigo Estatuto:

"Art. 225 - A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao funcionário nessa qualidade".

Quanto às penas disciplinares, o art. 232 do mesmo Estatuto previa:

"Na aplicação das penas disciplinares, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que deles provierem para o serviço público municipal".

Mas adiante, o art. 236 dispunha acerca dos casos de aplicação de pena de demissão.

"I - nos crimes contra a administração pública;

II - abandono de cargo ou falta de assiduidade;

III - Incontinência pública e conduta escandalosa habitual.

(...)

§ 1º - considera-se abandono de cargo a ausência do serviço sem justa causa, por mais de trinta dias úteis consecutivos".

Descartada a hipótese do inciso I, reafirmamos a inaplicabilidade do conceito de abandono de cargo/função, reforçada pela expressão que faz menção à ausência de justa causa para a configuração do abandono.

O novo Estatuto é mais claro ainda para a configuração do princípio:

"Art. 181 - Entende-se por abandono de cargo a deliberada ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos" (grifamos).

A teor do que dispõe o art. 92.I, do Código Penal em vigor, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo só ocorre nas hipóteses de

crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

O crime praticado pelo suplicante, como é evidente, não se enquadra na previsão normativa supra aludida.

Incorre, também - o abandono de cargo, de vez que falta, in casu, o ânimo do servidor de deixar suas atividades funcionais.

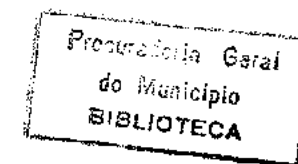
Isto posto, consideramos que o fato é atípico, como soem os fatos determinados em geral. Como negar o fato não é a melhor solução, entendemos que diante da impossibilidade física do servidor de exercer atualmente suas funções, sugerimos que se dê ao caso, solução semelhante que já ocorreu no âmbito municipal - (Processo nº 3100/90 e 2785/90-PGM - de interesse do servidor **HÉLIO DEMORAIS PINHO**), qual seja, a retirada do servidor da folha de pagamento - o que equivalerá, na prática, a uma licença para o trato de interesse particular - até que ele volte a exercer suas atividades profissionais normais, como processo de reintegração à sociedade de que o cumprimento da pena em caso de condenação criminal é apenas uma parte.

Tal solução, parece-nos, atende à exigência da função social e pedagógica da pena.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 03 de março de 1998.

ELNY SIQUEIRA SAKER PONTES
Procurador do Município



**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO Nº 2681/97-PGM
INTERESSADO: FUNDAÇÃO CULTURAL DE FORTALEZA
ASSUNTO: NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO DE
SIMBOLOGIA DNI DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA**

PARECER Nº

EMENTA: Os cargos Comissionados de simbologia DNI são privativos dos servidores municipais. Inteligência do art. 8º § 1º do Estatuto dos Servidores Municipais.

O Presidente da Fundação Cultural de Fortaleza expõe a esta PGM o seguinte assunto:

"Na estrutura atual da FCF, há dez cargos DNI, naturalmente destinados a servidores do quadro, cada um percebendo trezentos reais - Como nosso quadro de pessoal é bastante insuficiente, foi necessário que destinássemos cinco destes cargos a pessoas que nos prestam serviço, todavia sem integrar o quadro de servidores da Fundação, propriamente dito" (grifos nossos).

E, por fim solicita: *"Como deveremos proceder para que a Fundação Cultural de Fortaleza não venha a ser ainda mais prejudicada, caso seja forçada a exonerar funcionários".*

Devemos analisar a matéria sobre dois aspectos, em razão de não ter sido esclarecido se os ocupantes destes cargos são servidores municipais de outros órgãos ou se são pessoas estranhas aos quadros do Município.

Assim, iremos responder a consulta em dois tópicos.

I - OS CINCO CARGOS DNI ESTÃO SENDO OCUPADOS POR PESSOAS ESTRANHAS AOS QUADROS MUNICIPAIS.

Aquelas pessoas que estão na FCF, e que são estranhas aos quadros municipais, estão ocupando indevidamente cargos privativos de servidores públicos do Município, *ex vi* do art. 8º, § 1º do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais:

"Art. 8º - omissis

I - omissis

II - omissis

III - omissis

IV - omissis

§ 1º - Os cargos comissionados são de livre provimento e exoneração, respeitados a especificação e os pré-requisitos exigidos para o seu exercício, 50 (cinquenta por cento) deles, devendo ser providos por servidores municipais, a estes reservados os de símbolo DNI "(grifos nossos).

§ 2º - omissis.

Ora, é muito claro entender o parágrafo 1º do art. 8º. É como se lêsemos desta forma:

- 1) Os cargos comissionados são de livre nomeação, podendo ser os seus ocupantes exonerados a qualquer momento;
- 2) Para serem ocupados os cargos comissionados, os seus nomeados devem preencher as especificações e os pré-requisitos exigidos em lei;
- 3) Na proporção de 50% (cinquenta por cento), estes cargos devem ser ocupados por servidores municipais. Porém, a estes servidores, estão reservados os de Direção de Nível Intermediário, (DNI) os quais não poderão ser ocupados por pessoas estranhas aos quadros municipais.

Logo, se os cinco cargos DNI da FCF estiverem ocupados por pessoas estranhas ao Município, devem ser seus ocupantes exonerados em razão da Lei não permitir sua titularidade (art. 8º, § 1º do Estatuto).

Passemos à segunda hipótese.

II - OS CINCO CARGOS DE DNI ESTÃO SENDO OCUPADOS POR SERVIDORES MUNICIPAIS DE OUTROS ÓRGÃOS OU ENTIDADES

Nesta situação, os ocupantes dos cargos comissionados na FCF não pertencem ao quadro daquela Entidade mas, são servidores municipais de outros Órgãos ou Entidades.

Aqui não vislumbramos nenhum impedimento legal. Podem haver as disposições de servidores para outra Entidade, in casu a FCF, para o exercício de Cargo em Comissão, sem que se esteja ferindo o art. 8º, § 1º do Estatuto dos Servidores.

Caso seja esta a situação, seriam desnecessárias as exonerações dos servidores, os quais atualmente estão no exercício dos mesmos.

No entendimento de que abrangemos as dúvidas aduzidas pela presidência da FCF, firmamos este como nosso parecer.

À consideração superior.

Fortaleza, 23 de março de 1998.

MARIA C. SANFORD
Procurador do Município

De acordo com o parecer. À consideração superior
Em 24.03.98

LIDUINA OFÉLIA DUARTE BARRETO
Procuradora Chefe da Consultoria

Aprovo.
À FCF
Em 17.04.98

STÊNIO C. LIMA
Procurador Geral

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO N° 0441/98-PGM
INTERESSADO: ETTUSA
ASSUNTO: EXAME DE MINUTA DE DECRETO SOBRE
TRANSFERENCIA DE VAGA DE TAXI**

PARECER N°

EMENTA: Decreto. O decreto deve cingir-se ao cumprimento da lei, a sua atuação, está subordinada ao atingimento dos fins buscando na lei que lhe deu origem. ele não pode criar ou suprimir direitos, sem a autorização expressa da lei.

A sua tarefa é unicamente a de melhor explicitar a maneira de executar a lei. Necessariamente o Decreto deve conformar-se com os ditames da lei.

Ao exame da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, o presente processo o qual versa sobre a análise de minuta de Decreto dispendo sobre o Serviço de Automóvel de Aluguel (Taxi), solicitada pelo Diretor Presidente da Empresa Técnica de Transporte Urbano S/A - ETTUSA.

O processo vem instruído com a minuta de Decreto (fls. 03 a 05), contendo 06 (seis) artigos, os quais analisaremos a seguir. Os artigos 1° e 3°, dizem respeito a transferência da chamada "vaga de taxi", e é sobre esses dispositivos, minutados e abaixo transcritos, respectivamente, que iremos iniciar a análise da minuta de Decreto.

"Art. 1° - Ficam vedadas quaisquer transferência de vagas entre permissionários do serviço de automóvel de aluguel ((taxi), após 90 (noventa) dias contados da data da publicação do presente Decreto.

Art. 3º - Após o término do prazo referido no art. 1º, não será permitida transferência de qualquer natureza, exceto aquelas oriundas de ordem judicial". (Grifamos).

Ora, o que se pretende segundo a dicção dos mencionados dispositivos minutados, é simplesmente abrir um prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da publicação do Decreto, para liberar a transferência de "vaga de taxi", findo este não será mais permitido as ditas transferências, salvo os determinados por ordem judicial.

Ocorre que os referidos dispositivos minutados, afrontam, sem a menor cerimônia, o disposto no art. 14 e Parágrafo único, do mesmo artigo, da Lei nº 4164, de 03 de maio de 1973, os quais assim determinam:

"Art. 14 - É permitido a transferência de propriedade de taxi, desde que não implique no aumento do número de taxis de aluguel registrado.

Parágrafo único - O novo proprietário do taxi transferido, fica obrigado a nova licença de funcionamento, mediante o pagamento de dois (2) salários mínimos regionais" (grifamos).

Portanto a questão que iremos encarar diz respeito a saber se um Decreto pode produzir efeitos jurídicos ao ponto de atingir mortalmente, um direito (transferência de vaga de taxi) instituído por lei, sem espancar o princípio da legalidade insculpido no art. 37, da Constituição Federal. Entendemos que não, como a seguir demonstraremos.

No caso presente temos a Lei nº 4.164, de 03 de maio de 1973 (disciplinadora do serviço de automóveis de aluguel (taxi) em Fortaleza assegura - sem restrição de prazo - a transferência de propriedade de taxi (chamada vaga de taxi), a qualquer tempo, e desde que o novo proprietário cumpra as obrigações ali previstas e que não haja aumento do número de taxis registrados. Ou seja é permitida a transferência de "vaga de taxi", sem restrição de tempo ou prazo, desde que o adquirente submeta-se a legislação pertinente.

Como se vê, os dois artigos minutados, ora em exame, atentam contra a denominada "hierarquia das normas". Senão vejamos. A proibição e restrição por eles criadas esbarra na clara vontade da lei, como acima já nos reportamos, portanto, só outra lei poderia proibir ou restringir o direito de transferência de "vaga de taxi", jamais uma norma legal a ela inferior como no caso um Decreto.

Assim leciona o sempre lembrado Professor Hely Lopes Meirelles:

"Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior a lei, e, por isso mesmo não a pode contrariar". (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª Edição, Revista dos Tribunais, pag. 135).

O decreto deve cingir-se a viabilização do cumprimento da lei, a sua atuação, está subordinada ao atingimento dos fins buscados na lei que lhe deu origem. Ele não pode criar ou suprimir direitos, sem a autorização expressa da lei. A sua tarefa é unicamente a de melhor explicitar a maneira de executar a lei. Necessariamente o decreto deve conformar-se com os ditames da lei.

A essa altura podemos afirmar que tendo o direito de transferência de "vaga de taxi" sede na Lei nº 4164, de 03 de maio de 1973 (art. 14, Parágrafo único), só por outro instrumento legal do mesmo nível hierárquico pode-se inovar ou restringir o disciplinamento ali estatuído. O direito que foi instituído por lei, só por outra lei pode ser extinto, e não como se pretende por um decreto.

"No Estado de Direito, que tem como um dos alicerces o princípio da legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de modo a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Editora Atlas, pag. 40).

Cumprir destacar, por oportuno, que o art. 14, da Lei nº 4164, de 03 de maio de 1973, (Municipal), foi recepcionado pelo art. 27, e seu Parágrafo único, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, (Federal), a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, senão vejamos:

"Art. 27 - A transferência de concessão ou de controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a conduçidade da concessão.

Parágrafo único - Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I - atender as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor". (grifamos).

Ora, o legislador federal segundo o teor do art. 27, do referido diploma legal, diz simplesmente que é permitida a transferência de concessão mas o que não é permitido é essa transferência sem a prévia anuência do poder concedente, ou seja havendo a anuência desse poder, claro que a transferência deve ser consumada, mas se para os menos avisados ainda paira alguma dúvida quanto ao direito de transferência, o mesmo legislador tirou-as pelo Parágrafo único, I e II, do mesmo dispositivo legal ao dizer que para a obtenção da anuência o pretendente deve atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. Ou seja, atendidas pelo pretendente, como diz a lei, tais formalidade o poder concedente não tem como negar o direito de transferência de concessão.

A própria Lei indicou o caminho para a obtenção do direito de transferência, ao usar a expressão "para fins de obtenção da anuência" portanto o deferimento da anuência do poder concedente está vinculada ao atendimento pelo pretendente das exigências previstas nos incisos I e II, do já mencionado dispositivo legal, portanto é uma anuência vinculada ou seja o interessado atendendo aos requisitos legais, o poder concedente não poderá jamais negar-lhe a anuência.

"Há poder vinculado, também denominado de competência vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica". (Odete Medauar, Direito Administrativo Moderno, Editora Revista dos Tribunais, pags. 118 e 119).

Outro não é o pensamento do renomado Professor Carlos Ari Sundfeld, discorrendo sobre a estrita observância à lei por parte do administrador público, quando assim pontifica: "O administrador e o juiz, ao exercerem suas atividades (produzindo atos administrativos e sentenças), apenas aplicam a lei, apenas realizam concretamente a vontade geral, sem que suas vontades particulares interfiram no processo. A atividade pública deixa, assim de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas o exercício de um dever-poder, indissolúvelmente ligado à finalidade estranha ao agente. Ademais ninguém exercerá autoridade pública que não emane da lei. O interesse individual só cede onde interesses públicos e estes são estabelecidos pela lei, não pela vontade isolada do príncipe". (Fundamentos de Direito Público, Malheiros Editores, pags. 45).

Por tudo o que foi acima aduzido fácil é concluir-se que a chamada transferência de "vaga de taxi" encontra abrigo tanto na legislação municipal quanto na legislação federal "(...); pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim o que exprimiu de fato" (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 11ª Edição, Forense, pag. 31). A nosso ver os artigos 1º e 3º, minutados não merecem prosperar, portanto excluídos quando da expedição do Decreto.

Esgotada a análise dessa matéria, transferência de "vaga de taxi", passaremos a tecer algumas considerações acerca dos artigos restantes, minutados.

O art. 2º, minutado diz respeito ao recadastramento dos atuais permissionários de "vaga de taxi". Sugerimos que esse artigo passe a ser numerado como 1º, com a seguinte redação:

"Art. 1º - Os atuais permissionários de vaga de taxi, ficam obrigados a recadastrar-se na Empresa Técnica de Transporte Urbano S/S - ETTUSA, no prazo de (dias), contados a partir da publicação deste Decreto, devendo apresentar os seguintes documentos:

Com relação ao rol de documentos exigidos sugerimos que ao invés da Certidão Negativa expedida pela Secretaria de Segurança Pública, seja exigida "Certidão de Antecedentes Criminais perante a Justiça Comum, Federal e Militar".

O art. 4º, minutado, sugerimos que seja numerado como 2º, e que ao final do número de cada lei ali mencionada seja acrescentado o dia o mês e o ano completo de suas expedições. Nada mais sugerindo quanto ao seu teor.

Quanto ao art. 5º, minutado nada temos a acrescentar quanto ao seu teor apenas sugerimos que seja numerado como 3º. No que tange ao art. 6º, minutado apenas sugerimos que seja numerado como 4º.

Com as considerações e sugestões acima apresentadas entendemos ter procedido a análise da minuta de Decreto, objeto do presente processo, à luz da legislação pertinente e por conseguinte cumprido o respeitável despacho de fls. 07, do Exmo. Sr. procurador Geral do Município de Fortaleza.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 06 de abril de 1998.

PAULO DE TARSO MONTENEGRO BARROCAS
Procurador do Município

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

PROCESSO N° 0129/98-PGM

**INTERESSADO: LUIZ WALKER FRANÇA FERREIRA E OUTROS (2)
ASSUNTO: COMPLEMENTAÇÃO DE VANTAGEM PESSOAL
REAJUSTÁVEL**

PARECER N°

EMENTA: Vantagem Pessoal Reajustável - VPR - Após a edição da Lei nº 6.712/90 não há que se falar em complementação percentual à título de vantagem pessoal reajustável, que se tornou valor absoluto e sobre este incidindo as majorações subseqüentes concedidas aos servidores em geral do Município de Fortaleza.

LUIZ WALKER FRANÇA FERREIRA, NORMA NOGUEIRA DO AMARAL e NARCÉLIA CUNHA AGUIAR, servidores municipais lotados na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Territorial - SMDT, pleiteiam a complementação da VPR - Vantagem Pessoal Reajustável, aos percentuais originariamente concedidos - vide doc. de fls. 02/03-PGM.

Alegam os postulantes que através da Lei nº 6.595, de 28.03.90, foi-lhes atribuída a Gratificação de Exercício no percentual de 100% (cem por cento). E que por intermédio da Lei nº 6.712, de 27.09.90, citada Gratificação de Exercício foi transformada em VPR - Vantagem Pessoal Reajustável - art. 10 - em valores diferentes do anteriormente percebido.

Dizem mais que, servidores inconformados com esta transformação, ajuizaram uma Ação, através do Processo nº 72/92, da 3ª Vara da Fazenda Pública, contra o Município de Fortaleza, e que há ordem judicial determinando "*proceder-se a implantação na folha de pagamento de 100% (cem por cento) da importância percebida por cada um (servidor) a título de salário mensal*".

Anexam ao processo fotocópias de seus extratos de pagamento relativos aos meses de março/90, abril/90, maio/90, junho/90, dezembro/97, novembro/97 - fls. 04/10-PGM; fotocópia de Mandado de citação referente ao processo nº 2214/97 - Embargos à Execução - Autor: Município de Fortaleza - Réu: Porcina Dias Montenegro e Outros - fls. 11-PGM; fotocópia

de extrato de pagamento da servidora Maria Luiza Ribeiro Tabosa - Ag. Administrativo - fls. 12-PGM; fotocópia do Parecer nº 260/97-CST - fls. 17/19-PGM; fotocópia do Parecer nº 259/97-CST - fls. 21/23-PGM.

Vindo o processo a esta Consultoria-PGM, diligenciamos à Procuradoria Judicial para saber da tramitação do processo antes indicado. Em resposta o Procurador do Município Dr. João Afrânio Montenegro dá-nos conta de que o processo em referência está concluso para julgamento dos embargos interpostos pelo Município de Fortaleza - vide informação de fls. 27-PGM.

Ao presente processo os requerentes, mediante o expediente de fls. 28-PGM solicitaram a juntada aos autos de cópia de extrato de pagamento "que poderá contribuir para um melhor esclarecimento do pedido constante na inicial", e informa que através dos Processos nºs 1921/97-PGM e 2646/97-PGM, já houve deferimento de pedidos idênticos ao que ora se cuida.

Do exame do Extrato de Pagamento anexado ao processo, constatamos que foi implantada a VPR - código 1060 no percentual de 100% (cem por cento) do salário-base - código 1300, para a servidora informante paradigma - doc. fls. 29-PGM.

É o relatório.

O Parecer.

O art. 10 da Lei Nº 6712/90, dispõe que:

"As atuais gratificações de exercício, de representação de gabinete, especial de planejamento e por serviço de tempo integral e/ou dedicação exclusiva ficam transformadas em seus respectivos valores, vigentes em 1º de julho de 1990, em Vantagem Pessoal Reajustável (VPR - VANTAGEM PESSOAL REAJUSTÁVEL), cujo valor será majorado por ocasião dos futuros reajustes remuneratórios dos servidores públicos, no mesmo percentual do vencimento-base".

Da análise do dispositivo antes transcrito dúvida não há de que após a edição do citado diploma legal não há mais que se falar naquelas gratificações serem auferidas em termos percentuais. O valor da G.E. transformou-se em valor fixo e este valor passou a ser nominado de VPR - Vantagem Pessoal Reajustável, que como o próprio nome sugere permite reajustes periódicos observada a periodicidade dos reajustes (aumento) concedidos aos servidores públicos municipais em geral.

Este entendimento é o que vem também expresso nos Pareceres nºs 259/97-CST (Proc. 1921/97-PGM) 260/97-CST (Proc. 2045/97-PGM).

Na realidade não assiste direito ao servidor que percebia G.E. transformada em VPR percentual de 100% (cem por cento). Quando a lei nº 6.712/90 transformou GE em VPR, esta deixou de ser auferida em percentual calculado sobre o salário base do servidor e passou a ser um valor absoluto, igual ao valor percebido em 01 de julho de 1990.

Assim, não podem os petionantes falarem em complementação percentual à título de Vantagem Pessoal Reajustável.

Agora, pelo que se contém neste processo - doc. de fls. 12 e 27-PGM, a Administração vem efetivando implantações de VPR em 100% (cem por cento) do salário-base do servidor o que não está correto, devendo serem feitas tais implantações. Vale esclarecer que, se fundadas em procedimentos judiciais, com decisão favorável aos servidores-autores transitada em julgado, que seja mantida a implantação, porque gerada de ordenação judicial; mas se fundadas nos procedimentos administrativos a que se reportam os requerentes, os quais ensejaram pareceres desta PGM, devem ser corrigidos.

Quanto a alegativa de aproveitamento de decisões judiciais, temos que tais decisões só geram efeitos (direitos) entre as partes litigantes, a teor do art. 472 do CPC.

É importante, ainda, esclarecer que os ora requerentes ajuizaram ações tendentes a obtenção da vantagem aqui referida, motivo que também nos leva a negar o presente pedido, considerando que pedidos pendentes de decisão judicial devem aguardar o seu desfecho para procedimento respectivo na via administrativa.

Diante de todo o exposto, somos pelo INDEFERIMENTO do presente pleito, à falta de animo legal.

É o parecer, S.M.J.

Fortaleza, 04 de maio de 1998.

ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA
Procuradora do Município

Com relação ao parecer retro, temos as seguintes considerações.

1. A alegativa da requerente de que há concessões de VPR no valor de 100%, baseados em pareceres desta Consultoria-PGM, urge esclarecer que tal erro deveu-se a interpretação distorcida dos pareceres apontados como paradigmas, tais erros já foram comunicados a Exma. Sra. Secretária de Administração - Dra. Maria do Carmo Magalhães, para que sejam devidamente sanados.

2. Quanto ao mérito do parecer, concordamos que não se pode mais falar em termos percentuais da VPR. Devendo-se ainda aguardar o desfecho da decisão judicial em trâmite, conforme informações de fls. 27- PGM e mais o que preceitua o art. 5º inciso XXXV da CE, "in verbis":

"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Portanto se a Constituição não permite que uma lei altere decisão judicial, um parecer também não poderá alterá-la, razão porque mais uma vez é de bom alvitre que seja esgotada a esfera judicial.

À consideração superior.

Fortaleza, 06 de maio de 1998.

LIDUINA OFÉLIA DUARTE BARRETO
Procuradora Chefe da Consultoria

Aprovo, por seus jurídicos e próprios fundamentos, o parecer de fls.30/33 pelo indeferimento
Em 06.05.98

STÊNIO C. LIMA
Procurador Geral

**PARECER Nº 007/98 PP/PGM
PROCESSO Nº 1994/97 - PGM
INTERESSADO : METON SAMPAIO
ASSUNTO: SOLICITAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO DE PLANTA DE
LOTEAMENTO.**

**EMENTA: SOLICITAÇÃO DE ATUALIZAÇÃO DE
PLANTA DE LOTEAMENTO COM CONSEQUENTE
RENUMERAÇÃO DE LOTES POR TER HAVIDO ERRO
NA NUMERAÇÃO DOS MESMOS . DEFERIMENTO.**

Submete-se à apreciação dessa Procuradoria para exame e parecer, requerimento administrativo de METON SAMPAIO que solicitou atualização e aprovação da planta do loteamento de propriedade da Cooperativa Mista do Município de Fortaleza, com a conseqüente renumeração da quadra 07, tendo em vista erro de numeração quando do registro da nova planta no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona.

O interessado apresenta nova planta para ser aprovada e justifica a alteração almejada na quadra 07 em função de lotes vendidos antes do registro da mesma, que ocorreu em 1977, modificando o loteamento original de 1957, estando tais lotes, portanto, registrados com identificação e descrição de limites conforme a planta original.

O loteamento em foco teve sua planta originária aprovada pela Prefeitura Municipal de Fortaleza em 1957 (anexo 2 do Parecer/Comunicado nº 016/98 - IPLAM) e conseqüente registro em cartório em 21/12/61 (Transcrição de Imóvel nº 49.527), tendo sido averbado em 23/04/62.

Ocorre que em 14/06/77 houve nova averbação em cartório de uma segunda planta, originária de mudanças ocorridas em virtude de mandados judiciais, que modificou e substituiu substancialmente a original, onde se refletiu uma supressão de ruas e parte de complementação de praça, e apesar de registrada em cartório competente, a nova planta não obteve o aprovo da PMF, ou seja, o responsável pelo loteamento não apresentou a nova planta à apreciação da Municipalidade, tornando o loteamento, portanto, irregular .

Com isso, os lotes oriundos de tal modificação e vendidos após o registro da nova planta não obtiveram da SPLAN os respectivos alvarás de construção, já que se tratava de loteamento irregular, o que compeliu os

proprietários de tais lotes a pleitear judicialmente a liberação dos mesmos, o que vinha ocorrendo através de mandados judiciais, onde a PMF era obrigada a liberar tais alvarás, o que podemos constatar da análise dos processos anexos aos presentes autos.

O requerimento se resume na apresentação de uma nova planta proposta com base na planta modificada de 1977, que visa somente a corrigir os antigos lotes números 4 e 8 em 7 e 8, com a conseqüente mudança dos lotes registrados pela modificação de 1977 como 5,6 e 7 em 4, 5 e 6, como foram efetivamente vendidos e matriculados por seus proprietários.

Segundo manifestação técnica do IPLAM exarada no Parecer/ Comunicado nº 016/98 (inclusive nos autos), "a supressão das vias ocorrida na planta de 1977 não compromete a circulação viária da área pela falta de prolongamento das mesmas, uma vez que a gleba vizinha ao oeste foi loteada (loteamento Village Del Rey) diferentemente ao planejamento inicial (Parque Água Fria) e a gleba ao leste não foi loteada."

Em suma, o parecer técnico do IPLAM não vislumbra qualquer impedimento ao deferimento do pedido por parte da PGM, porém ressalta necessidade de alteração na matrícula nº 49.607, tendo em vista erro quanto à profundidade (registrado 29,50m, mas pela planta seria 28,00m), ademais o seu limite nascente que é citado Rua Sem Denominação Oficial, pela planta de 1977 é lote 4 e pela nova proposta seria lote 7. Outrossim, assevera a necessidade de correção da cota relativa à testada do lote 4 onde está escrito 13,00m, pois para totalizar a testada de 40,00m da matrícula de nº 14.331, este deveria ter 12,00m, como aliás é a dimensão do lote 1, que lhe faz limite.

DO DIREITO

A Constituição Federal elenca dentre os princípios da Administração Pública o Princípio da LEGALIDADE, que está expresso no artigo 37, caput, *in verbis*:

" Art. 37- A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:..." (grifo nosso)

O requerimento ora em análise não fere o princípio da legalidade, posto que na lei não constata-se nenhum obstáculo à aprovação de planta de loteamento que, embora não tenha havido aprovação em princípio por parte da Municipalidade, não fere qualquer interesse público, o que, aliás, traz à lume a aplicação de outro princípio da Administração Pública: o da

FINALIDADE, que segundo entendimento do douto José Afonso da Silva, não foi referido no artigo 37 da Lei Magna, porque, certamente, o legislador constituinte o entendeu como um aspecto da legalidade, o grande mestre assim se expressa:

"... a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública, sob pena de desvio de finalidade..." (Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, 14ª ed., Editora Malheiros, pág. 615).

Conforme o que ressalta dos autos, o pedido se coaduna com a finalidade pública, já que, indeferir a aprovação da nova planta, com a conseqüente renumeração da quadra 07, seria prejudicar os proprietários dos lotes vendidos com a numeração antiga, trazendo prejuízos à toda a comunidade que já existe dentro do loteamento, posto que continuaria a ser considerado um loteamento irregular, o que traria conseqüências cada vez mais ruinosas ao direito de propriedade que cada proprietário obviamente detém.

Oportuno se torna, trazer à lume a Lei 6.766/79, quando trata sobre alteração ou cancelamento parcial do loteamento em seu artigo 28:

"Art. 28- Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no registro de imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação." (grifo inovador)

Note-se que o lote que terá sua numeração alterada (lote 7) ainda não foi registrado em nome de nenhum comprador, estando o mesmo registrado como pertencente à Cooperativa Mista do Município de Fortaleza, portanto, independe da anuência de adquirente, que por enquanto não existe. Os demais lotes terão sua numeração alterada de conformidade com a realidade e o que já foi objeto de matrícula no Cartório de Registro de Imóveis por parte dos adquirentes, portanto, nenhum prejuízo haverá para os proprietários já engajados na quadra 07.

Interessante ressaltar o artigo 23, § 1º da mesma Lei do Parcelamento do Solo Urbano, quando trata sobre cancelamento de registro de loteamento:

"Art. 23 - OMISSIS.

I- "

II- "

III- OMISSIS.

§ 1º - A Prefeitura e o Estado só poderão se opor ao cancelamento se disto resultar inconvenientes comprovados para o desenvolvimento urbano..."

Como se vê, o deferimento do pedido de alteração na numeração dos lotes pertencentes à quadra 07 e o cancelamento do registro anterior, com a aprovação da nova planta apresentada, não irá resultar inconvenientes ao desenvolvimento urbano, não ferindo, conseqüentemente, a legislação em vigor.

Constata-se, portanto, que o deferimento do pleito não trará prejuízo ao bem comum, nem ao interesse público e não irá macular a legalidade, a finalidade pública, muito menos a moralidade da Administração Pública Municipal.

Com a aprovação da nova planta por parte da Municipalidade e seu competente registro imobiliário, após as exigências técnicas ressaltadas pelo IPLAM, o Município terá transferido para seu domínio público as vias de comunicação e as áreas reservadas constantes do memorial e da planta, independentemente de qualquer ato alienativo (art. 22 da Lei 6.766/79), o que proporcionará benefícios à comunidade em geral.

CONCLUSÃO

Tendo em vista as razões acima expostas e o que dos autos consta, concluímos pelo deferimento do pedido de renumeração dos lotes pertencentes à quadra 07, conforme a planta apresentada junto ao requerimento e conseqüente aprovação municipal da planta de 1977 com as devidas alterações apresentadas na nova planta, porém, somente após a consecução das exigências técnicas expostas no parecer/comunicado nº 016/98 do IPLAM, ou seja, alteração na matrícula nº 49.607, que apresenta erro quanto à profundidade (registrado 29,50m, mas pela planta seria 28,00m), como também no limite nascente que é registrado Rua sem denominação oficial, quando pela planta de 1977 é lote 04 e pela nova proposta seria lote 07. Ademais, deverá ser corrigida a cota relativa à testada do lote 04, onde está colocado 13,00m, quando deveria ter 12,00m para totalizar a testada de 40,00m da matrícula nº 14.331, como, aliás é a dimensão do lote 01, que lhe faz limite.

Tais retificações deverão ser efetuadas às expensas do interessado, sem nenhum ônus para o Município, e somente após a concretização comprovada destas correções, a Municipalidade expedirá a sua aprovação da planta de 1977, com as respectivas alterações propostas com relação à quadra 07.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Submeta-se o assunto à doutra consideração da procuradora chefe da Procuradoria Patrimonial e posteriormente ao crivo do Ilustre Procurador Geral do Município de Fortaleza.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 1998

DRA. DÉBORA COSTA OLIVEIRA
Procuradora do Município

AO SR. PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

Concordo com o parecer pelos fundamentos nele expostos. Ressalto, apenas, que o reconhecimento da planta última registrada no Cartório Imobiliário competente, dá-se em obediência à ordem judicial (Mandado de fls. 03). Qualquer questionamento das áreas públicas suprimidas (veja denúncia do IPLAM contida no Parecer/Comunicado de fls. 33/36) deverá ser objeto de ação judicial própria. Para tal, deverá o IPLAM realizar levantamento técnico instrutório da ação a ser interposta por este Município, já que nos processos judiciais anteriores não se discutiu, diretamente, a legalidade do loteamento, o que deverá ser feito, de logo.

Fortaleza, 06 de março de 1998

DRA. DENISE BARBOSA SOBREIRA
Procuradora-Chefe da Procuradoria Patrimonial

Aprovo o Parecer e o Despacho de fls. 40/46.
À origem.
Em 09/03/98

DR. STÊNIO CARVALHO LIMA
Procurador Geral do Município

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO Nº 2751/97-PGM
INTERESSADO: FUNC/COMDICA/PAJ
ASSUNTO: PEDIDO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA O
PROJETO "BOLA NO PÉ E CADERNO NA MÃO"**

PARECER Nº

EMENTA: Função Social do Estado brasileiro.
Atendimento municipal a crianças e adolescentes em
risco.
Possibilidade de dispensa de licitação para convênio,
ex vi do artigo 24, XIII da Lei nº 8.666/93.

Recebemos o processo, por distribuição em 1997.

Entramos em contato imediato com a Funci e PAJ para esclarecimentos e aperfeiçoamentos na minuta do convênio, já que, em relação ao pedido, as dúvidas, não eram de fundo. Isso aconteceu em 02.01.97, início de nossas férias.

No retorno, recebemos o processo em 13.02.98 e em 16.02.98 veio um documento que não tinha sido entregue antes.

O Plano de Aproveitamento Jovem, é uma organização civil, sem fins lucrativos, cujos objetivos são de elevado cunho social e cuja ação já provou ser suficiente, embora simples. O fato de utilizar as instalações (precárias e por isso em vias de reforma) do Centro Social Luiza Távora, não a desabona, porque no bairro onde atua - Serviluz, a miséria é mais do que muita e compete a todos nós, erradicá-la, especialmente quando se trata de salvar crianças da ociosidade, que continua sendo, cada vez mais, a mãe de todos os vícios.

O Centro Social indicado é do Estado e tanto ele, como a Prefeitura, via Comdica e Funci apoiam o Plano porque ele, com muita proximidade e seriedade tem efetivamente ocupado espírito e corpo de crianças e adolescentes em atividades de esporte (karate, futsal, e foot ball de campo) e de estudo.

As atividades incluídas no plano estão radicando no bairro, seus "filhos" pequenos e dando-lhes apoio e esperança. O ideal seria haver já uma sede própria; mas o fato de entidades estatais com Febemce e Secretaria de Ação Social do Estado, confiarem nele, é abonatório.

Há modicidade no montante a ser despendido, visto tratar-se de uma obra de largo alcance social, a respeito de 70 crianças e num dos bairros mais carentes de Fortaleza. Registre-se que na área do PAJ existem 29.000 pessoas, quase todas em situação de pobreza extrema. Entre elas, 6.000 crianças e o PAJ é uma das 22 associações que se filiam ao Unicovip - União das entidades do Grande Vicente Pinzon, que inclui 4 bairros, entre eles o Serviluz. Qual a vantagem? Sendo o Trabalho do PAJ fortemente comunitário, revelando a área, muito carente, grande espírito associativo, é facilmente avaliável que o trabalho do PAJ será reprodutivo.

Se o não for, a perspectiva de vida, da maioria das crianças será a droga, a prostituição, a vagabundagem, consequência da falta ou evasão escolar. É por isso que este plano pode e deve ser apoiado, porque se insere nas disposições do artigo 1º III, 3º - I, III e IV, 227 da Constituição Federal 70 do ECA e 24 - XIII da Leis das Licitações.

Solicitamos na oportunidade a V.Sa. que, pelo Município de Fortaleza sejam envidados esforços no sentido de, em revisão do artigo 24, XIII da pré citada Lei, serem incluídas as entidades que, se dediquem ao trato emergencial ou estrutural de resgate da cidadania das crianças e dos adolescentes.

O atendimento ao previsto no inciso XIII está nas folhas 34, 44 e 67. Este parecer é apenas jurídico. A decisão política cabe à autoridade politicamente competente.

Devem ser aplicados os artigos 6º, II, IX e X, 7º, por força de seu § 9º, 16, 26, especialmente os nºs II e III de seu § único, 38, VI, § único, 113, 116 § 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.666/93 com todas as alterações subsequentes.

Por esperarmos que não venha a ser necessário aplicar as penalidades legais, dispensamo-nos de enumerar suas normas e tipos.

O parecer é para dispensa de licitação para fins de convênio que só poderá ser aditivado nas estritas condições legais e de minuta do convênio, como em todos os casos deve ser.

É o parecer, s.m.j.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 1998

MANUELA LOURENÇO PIRES TORQUATO

Procurador do Município

De acordo com o parecer - À consideração superior 03.03.98

MARIA CARNEIRO SANFORD

Procurador chefe da Consultoria

ne
m
ço
a c
ao
int
do
Ar
da
apu
a".

de:
juri
e se
serv
nec
cor
dita

eng
plan

PARECER Nº 70/97 - PA
PROCESSO Nº 2272/97-PGM
INTERESSADO : LIFP SEGURANÇA DE VALORES LTDA.
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO AO PREFEITO CONTRA ANULAÇÃO
DE EDITAL

EMENTA: ASPECTOS MERAMENTE FORMAIS NÃO DEVEM PREPONDERAR SOBRE A SUBSTÂNCIA DOS ATOS, QUANDO ESTES ATENDEM AO FIM COLIMADO. O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL MERECE OBSERVÂNCIA, JÁ QUE NÃO HOUE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO E NEM PARA OS LICITANTES. LICITAÇÃO VÁLIDA.

A empresa LIFP SEGURANÇA DE VALORES LTDA. ingressa nesta oportunidade com pedido de reexame de Parecer emitido anteriormente por esta Procuradoria, o qual sugeriu a anulação da Tomada de Preços nr. 01/97 originada da FUNDAÇÃO DA CRIANÇA DA CIDADE para a contratação de vigilância armada. O argumento para a anulação deveu-se aos possíveis erros formais contidos nos projetos básico e executivo, peças integrantes do Edital. O mérito do recurso hierárquico não foi apreciado pela PGM.

Argüi a recorrente que o Parecer desta Procuradoria " se sobrepõe ao rigor da Lei. O PROJETO BÁSICO às fls. 44 e do PROJETO EXECUTIVO fls. 45 apensos ao processo, atendem o que preceitua o art. 6º, inciso IX alíneas " a" a "f" e inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93."

Continua a recorrente: " A licitação é caracterizada como serviços de mão-de-obra semi-especializada VIGILÂNCIA, que o ordenamento jurídico não lhe impõe outras exigências se não o editado no ato convocatório e seus anexos. Que possibilita a Administração, dimensionar o tipo de serviços, o quantitativo necessário, o organograma de trabalho, o prazo necessário do contrato e o custo, possibilitando ainda aos licitantes, competirem em igualdade de condições. Tudo está no Edital e atende os ditames legais a objeto licitado.

Não há como equiparar o serviço de vigilância, com serviços de engenharia, reformas, pinturas, terraplanagem, dentre outros."

Observa-se que para a TP nr. 001/97, a FUNCI, durante o planejamento da licitação, efetuou coleta de preços de mais de três empresas

do ramo de vigilância e desse levantamento extraiu a média de preço global para os doze meses de contrato - R\$ 116.160,48 (cento e dezesseis mil e sessenta reais e quarenta e oito centavos), conforme Mapa Demonstrativo de Cotações (às fls. 04), considerando o fato de que a licitação é do tipo menor preço global.

É de ressaltar que as empresas anteriormente contadas, que apresentaram propostas para a coleta referenciada, não participaram do procedimento licitatório, conforme Relatório da fase de habilitação expedido pela CPLAI, às fls. 307,, descartada assim a possibilidade de quebra no sigilo das propostas.

O Parecer de nº. 230/97-CST considerou ilegal todo o procedimento licitatório, em vista da "singularidade" das peças - projeto básico e executivo, somados ao fato de que em tais peças não consta o aprova da Presidência da FUNCI, mas apenas do assessor jurídico.

São os fatos.

É sabido que o Município de Fortaleza até a presente data não dispõe de uma nova lei de licitações adequada as alterações introduzida pela Lei nº 8.666/93 e suas modificações, bem como de outros dispositivos normativos que dite, a forma de apresentação dos projetos básicos e executivos, das planilhas de custo dos serviços de locação de mão - de-obra, seja de limpeza, conservação vigilância e outros,

Desde a edição da Lei nº 8.666/93 a Prefeitura de Fortaleza vem aplicando integralmente os ditames contidos nessa legislação. Certos procedimentos que para esfera federal e até estadual já estão definidos, para a municipalidade ainda deixam a desejar, a exemplo das planilhas detalhadas com preços unitários de cada item para licitações cujo objeto é mão - de- obra.

Frise-se por oportuno, não se busca questionar a necessidade ou não de projeto básico detalhado, bem como das planilhas de preços, mas se torna vital observar que ainda não é praxe os Órgãos e Entidades pertencentes ao Poder Executivo municipal anexarem, ou até mesmo elaborarem tais documentos para instruírem os autos do processo licitatório, exceto nos casos de obras, compras por item, e serviços de engenharia.

A ausência de uma coleta prévia de preços, de projetos básico e executivo, bem como da autorização da licitação pela autoridade dirigente do órgão ou Entidade licitadora, a minuta de contrato quando exigidos por lei, acarretaria vício insanável, pois prejudicaria a participação ampla dos interessados, impondo por conseguinte a anulação do feito pela Administração.

No caso de que se cuida, data máxima vênia, não se deve cogitar a anulação, pois se for feita uma análise mais acurada do teor do art. 6º, incisos IX e X da Lei nº 8.666/93, percebe-se que tais dispositivos tratam mais precisamente de obras e serviços de engenharia, os quais exigem pela

sua natureza projetos arquitetônicos, cálculos, materiais e equipamentos variados, bem como estudos sobre o impacto ambiental do empreendimento.

A licitação foi autorizada pela Presidenta da FUNCI, (fls.03), e os serviços objeto do certame serão de simples execução, conforme informações contidas no Edital, especificamente nos projetos básico e executivo e da minuta do contrato, os quais estabelecem o seguinte: carga horária de trabalho, local de execução, número de postos, número de homens por posto, forma de execução do serviço, forma de pagamento, duração do contrato, dentre outras informações já contidas no corpo do ato convocatório, ver fls. 04, 25 usque 53.

Ressalte-se, que Edital contempla todas as exigências para uma licitação desse porte, considerando, inclusive, o local onde os serviços serão prestados - na sede da FUNDAÇÃO DA CRIANÇA DA CIDADE - FUNCI, localizada na Cidade da Criança. O local mencionado, por ser situado no centro da cidade, era o reduto de marginais até a FUNCI ali se estabelecer. Daí porque, a vigilância deve ser mais ostensiva, em vista do patrimônio público a ser protegido, assim como próprios servidores dos servidores que ali trabalham.

A recorrente busca ver modificado e entendimento desta Procuradoria quanto a ilegalidade do certame, e conseqüentemente o direito de ver julgado o mérito de seu recurso hierárquico, não apreciado pelo Parecer em questão, o qual sugeriu a anulação da Tomada de Preços, por ilegalidade.

Verifica-se que não houve impugnação ao Edital seja na esfera administrativa ou judicial. Compareceram 07 (sete) empresas e apenas uma foi inabilitada. Não houve prejuízo para os licitantes e tampouco para a FUNCI, até então.

Considerando que as razões exposta no Parecer nº 230/97 -CST para a anulação do certame, são eminentemente de ordem formal e processual, deve-se aplicar ao caso, analogamente, o disposto no art.154 do Código Processo Civil: " Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial."

Sobre o teor do dispositivo legal suso mencionado, o jurista HUBERTO THEODORO JUNIOR leciona o seguinte: " Realmente, a forma, nos atos jurídicos mais importantes, é sempre instituída para a segurança das partes, e não por mero capricho do legislador, o que se pode dizer, razoavelmente, condenável é o excesso de formas, as solenidades exageradas e imotivadas. A virtude está no meio - termo: a forma é valiosa e mesmo imprescindível na medida em que se faz necessária para garantir aos interessados o proveito que a lei procurou visar com sua instituição.

Por isso, as modernas legislações processuais não sacrificam a validade de atos por questões ligadas ao excessivo e intransigente rigor da forma, quando se relacionam com atos meramente instrumentais, como soem ser os do processo.

Sem se chegar ao extremismo da ausência da forma, que levaria ao caos, e à inutilização do processo como meio hábil de composição dos litígios (pois é impossível conceber-se o processo desligado da forma), nosso Código faz, de maneira clara, prevalecer sobre a forma a substância e a finalidade do ato processual".

Continua o autor: " para o Código, portanto, as formas que prescrevem são relevantes, mas sua inobservância não é causa nulidade, a não ser que tenha decorrido a não consecução da finalidade do ato" (in Curso Processual Civil, p. 219/220).

Do exposto, a presente licitação não deve ser anulada por irregularidades meramente formais, levando-se em conta que as possíveis defeituações dos referidos instrumentos, são sanadas pelas informações especificadas no Mapa de Demonstrativo de Cotação, nas propostas de preço a ele anexadas no Edital e na minuta do Contrato, os quais, salvo melhor entendimento, foram suficientes para viabilizar a participação dos interessados, sem prejuízo da livre competição, pois do contrário teria resultado deserto.

Quanto ao mérito e do recurso da empresa LIFP SEGURANÇA DE VALORES LTDA. este foi analisado pelo Coordenador da Procuradoria Jurídica da FUNCI - Dr. Walber Siqueira Vieira, quando em fundamentado Parecer sugeriu o seu indeferimento, por não cotar corretamente o percentual do adicional noturno equivalente ao mínimo de 20% (vinte por cento) da hora normal, de acordo com art. 73 da CLT.

Discordamos do primeiro cálculo apresentado no Parecer exarado pelo nobre colega, e razão disso é o fato que após novo cálculo haver sido verificado que a recorrente LIFP contou o salário dos vigilantes como sendo R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais) de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho, enquanto a empresa vencedora o cotou a R\$ 306,00 (trezentos e seis reais), se o cálculo for feito considerando o salário de acordo com a convenção coletiva, o adicional noturno seria um pouco mais que 20% (vinte por cento), considerando que tal percentual índice sobre a hora normal trabalhada a saber:

a) 3º TURNO - das 17:00 às 23:00 dispõe de uma hora noturna por dia:

- R\$ 270,00/220 horas mensais, totalizando R\$ 1,23/hora normal de trabalho; aplicando-se 20% (vinte por cento), que é o percentual mínimo para o adicional noturno, teremos R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos) a hora, que multiplicado por trinta dias, teremos o valor de R\$ 7,50/mês;

b) 4º TURNO- das 23h00 às 05h:00

Quanto ao quarto turno teremos seis horas noturnas por dia de trabalho.

Dividindo-se R\$ 270,00/220 horas mensais, teremos R\$1,23/hora normal de trabalho; aplicando-se 20% que é o percentual mínimo para o adicional noturno teremos 0,25 (vinte e cinco centavos), que multiplicados pelas 06 (seis) horas diárias e pelos 30 (trinta) dias do mês, teremos o valor de R\$ 45,00/mês.

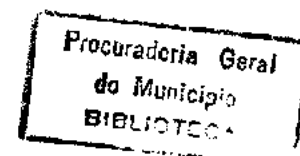
Ademais, a anulação sugerida levará a FUNCI a se valer de uma dispensa de licitação para obter, temporariamente, a prestação dos serviços ora licitados, considerando que estes são imprescindíveis à aquela Entidade. A instauração de outro procedimento licitatório demandará tempo e certamente com a dispensa não haverá a ampla participação das empresas interessadas em contratar com a Fundação.

Por fim entende-se que a representação é procedente quanto à questão da ilegalidade da anulação do certame, bem como a do recurso hierárquico, considerando que a empresa LIFP SEGURANÇA DE VALORES LTDA, apresentou a menor proposta. Entretanto, sugerimos que a CPL proceda novo cálculo na referida proposta, adequando os valores aqui encontrados, em cumprimento à clausula 006.05 do Edital, ou diligencie à Delegacia Regional do Trabalho para conferência desses cálculos.

É o Parecer, S. M. J.

Fortaleza, 11 de novembro de 1997.

EUGÊNIA GRACE DE SOUZA
Procurador Assistente



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE
DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - BRASÍLIA - DF**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, ESTADO DO CEARÁ, por sua Procuradora Fiscal que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência, promover **RECLAMAÇÃO**, com pedido de liminar, contra o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, com fundamento no artigo 102, inciso I alínea "1", da Constituição da República Federativa do Brasil, e nos termos do art. 156 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, objetivando a preservação da competência desse Excelso Pretório e a garantia da autoridade de suas decisões, o que faz pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal por nenhum Tribunal.

Na Reclamação nº 337, no voto do Relator Ministro Paulo Brossard, assim assevera: *Desse modo, o sistema constitucional, até hoje, não admite o sistema de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contestado em face da Constituição Federal, nem mesmo perante esta suprema Corte que tem como competência precípua, a guarda da Constituição. COM MAIOR RAZÃO, NÃO SE PODERIA ADMITIR ESTE CONTROLE POR TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS*. (grifo nosso)

Acontece, porém, que a ação direta de inconstitucionalidade nº 97.05314-4 fundamentou-se na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 127, caput, e inciso VIII, da Constituição do Estado do Ceará, e no art. 34, II, letra "a", do Código de Organização Judiciária do Estado, dos quais fluem, verbis:

Art. 127 - São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição:

.....omissis.....

VIII - organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal.

Art. 34 - Ao Tribunal Pleno compete:

.....omissis.....

II - processar e julgar, originariamente:

a) as representações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face da Constituição Estadual;

Ledo engano.

Em sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, realizada no dia 16 de outubro de 1997, os integrantes do órgão especial, por votação unânime, proferiram Acórdão, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar nº 97.05314-4, promovida pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Ceará contra o Município de Fortaleza, no sentido de obter a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.154, de 27 de agosto de 1997, do Município de Fortaleza, isto porque, afirma em síntese que foi instituído um novo tributo, sob a indistigável roupagem de taxa de polícia, ferindo o princípio da legalidade, denominado TAXA DE VISTORIA E CONTROLE OPERACIONAL DOS TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

No Acórdão guerreado, o Tribunal de Justiça concedeu a liminar, pela alegativa do Sindicato, quando diz: **DAÍ, ASSEVERA QUE O MALSINADO DECRETO Nº 10.154/97, REPLETO DE 'ATECNIAS E DEFEITOS REDACIONAIS', EM SEU ART. 3º E RESPECTIVO PARÁGRAFO ÚNICO, CONSEGUIE COMETER, AO MESMO TEMPO, DUAS BRUTAIS E INSUPERÁVEIS AGRESSÕES À ORDEM CONSTITUCIONAL.** No Relatório, flui: de fato, criar um tributo é estabelecer todos os elementos imprescindíveis ao conhecimento de sua existência, vale dizer, o seu valor (quatro por cento da receita de cada empresa, apurada pela câmara de compensação tarifária), quem deve pagar (as empresas permissionárias do Serviço Integrado de Transporte da Municipalidade de Fortaleza)... (grifo nosso)

Ora Douto Ministro, resta comprovado com clareza solar que a fundamentação legal pertinente ao caso, são os Arts. 145 e 150 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará extrapolou de sua competência quando concedeu medida liminar numa arguição de inconstitucionalidade de lei municipal por afronta à Constituição Federal, sem que haja previsão legal. Não se questiona nesta Reclamação que esteja

havendo usurpação de competência desta Corte, uma vez que não há qualquer previsão fixando-lhe a competência, muito menos, aos Tribunais de Justiça Estaduais. Questiona-se, tão-somente, a competência precípua, ou seja, a guarda da Constituição Federal, que foi confiada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal.

Continua o Ministro-relator, na Reclamação 337: **Se nem o próprio Supremo Tribunal Federal tem competência para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade genérica de lei ou ato normativo municipal em conflito com a Constituição Federal, menos ainda o reconhece à jurisdição do Estado-membro.** (grifo nosso)

Esta decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará sobre dispositivos da Constituição Federal em matéria tributária, somente não constituirá *res judicata*, obrigando inclusive a esta Corte, caso esse Pretório Excelso não tome as providências para garantir a guarda da supremacia da Carta Magna provendo agora esta Reclamação, mais adiante, em grau de Recurso Extraordinário, a ser interposto do Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade já mencionada.

Ilustrativo é nesse ponto o sempre oportuno escólio do iminente Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE 92.169-SP (in RTJ 103/1115):

"(...) se possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza com relação às Leis Municipais em conflito com a poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula: É da índole dessa representação - e isso é matéria pacífica nesta Corte - que ela transitando em julgado não tem eficácia "erga-omnes", independente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração incidenter-tantum. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte estaria vinculada a declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário.

O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento demonstra o absurdo da premissa ..."

Não bastassem tais assertivas para fundamentar a presente reclamação, a reclamante tem justo receio de que enfrentará grande e, quiçá, intransponível resistência por parte do Tribunal Estadual de dar prosseguimento ao recurso que pretende na oportunidade, apor ao Acórdão, além do prejuízo causado ao Município de Fortaleza, pela apropriação indébita do montante aproximado de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) mensais, pelo Sindicato-Autor.

Sobre a matéria propriamente questionada, somente a título de esclarecimento, faz-se necessário argüir que, em nenhum artigo do Decreto nº 10.154/97, em questão, refere-se a TAXA DE VISTORIA E CONTROLE OPERACIONAL, como facilmente se comprova com uma breve leitura do decreto, em anexo.

O Decreto nº 10.154/97 não trata de Taxa de Vistoria e Controle Operacional como alegado, ao contrário, dispõe sobre a Planilha de Cálculo de Custos de Remuneração do Sistema Integrado de Transportes do Município de Fortaleza, no qual flui em seu Art. 3º:

Art. 3º - Do cálculo dos Custos da Remuneração de que trata o art. 1º deste Decreto, as empresas permissionárias do S.I.T., recolherão, mensalmente, à ETTUSA, destinado ao gerenciamento do Sistema e manutenção e operação dos Terminais do mesmo, ..."

A planilha de custos operacionais é calculada com base no levantamento dos custos fixos e variáveis, que resulta na definição do custo/Km. Os custos fixos são compostos pelos valores de mão-de-obra e encargos, depreciação e remuneração de veículos, garagens e equipamentos. Os custos variáveis são compostos pelos valores do combustível, lubrificantes, rodagem, peças e acessórios, etc.

Para a quantificação da tarifa considera-se os citados custos, acrescidos dos tributos e do CIQS que, divididos pelo índice de passageiros por quilômetro (IPK) obtêm-se o valor unitário (tarifa), ou seja, a tarifa é calculada com base no rateio do custo total pelo número de passageiros pagantes.

O CIQS É O CUSTO DE INVESTIMENTO EM PROGRAMAS DE MELHORIA CONTÍNUA NA QUALIDADE DO SERVIÇO, OU SEJA, O PERCENTUAL (4%) DO CUSTO DO SISTEMA DESTACADO PARA A ETTUSA, CONSTANTE NA PLANILHA ANEXA AO DECRETO Nº 10.154/97.

Dispõe o Art. 4º da Lei nº 7.481, de 23.12.93, que autoriza a criação da ETTUSA, verbis:

Art. 4º - A ETTUSA tem por OBJETO SOCIAL A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, MEDIANTE REMUNERAÇÃO JUSTA e compatível com as regras do mercado específico, a entidades públicas ou privadas, nas áreas de transporte e tráfego, tais como: I - assessoria de planejamento; II - elaboração e desenvolvimento de projetos; III - implantação e gerenciamento do sistema; IV - treinamento de

profissionais; V - pesquisa e acompanhamento de dados; VI - criação, manutenção e atualização de banco de dados; VII - desenvolvimento e acompanhamento do controle de operações; VIII - acompanhamento, gerenciamento e implantação de obras e equipamentos de infra-estrutura; IX - administração e coordenação de instalações e equipamentos de sistemas; X - assessoria e elaboração de planilhas de custos. (grifo nosso).

Assim, não havendo o repasse do percentual de 4% (quatro por cento) constante na planilha de custos e tarifa, paga pelo usuário, para o gerenciamento do sistema, realizado através da ETTUSA, encontra-se o Sindicato-autor apropriando-se indebitamente do valor no montante aproximado de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) mensais.

Toda a questão resume-se em definir o que seja "TAXA" e "PREÇO", esquecido pelo Sindicato-Autor, que pretende apropriar-se de tal soma em "razão do elevado déficit que há progressivamente apresentado a Câmara de Compensação", como ressaltou à fl. 8.

Celso Ribeiro Bastos, em sua obra "Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário", Ed. Saraiva, 5ª Ed., 1997, págs. 50 e 51, distingue Taxa e Preço:

"A taxa é uma modalidade tributária e, portanto, submetida à força coercitiva do Estado, que a cobra independentemente da vontade do contribuinte... No Brasil, a Constituição fixa-lhe os pressupostos: pode haver a cobrança de taxa toda vez que houver o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição."

"Os preços constituem a contraprestação contratualmente assumida de um serviço ou de uma coisa. Portanto, seus traços são nitidamente diferenciados. Em primeiro lugar, o preço é voluntário. A sua fixação, em regra, depende da avença entre as partes e, um última análise, encontra seus parâmetros nas próprias leis do mercado."

O mesmo autor continua: O certo é que o instituto da taxa, como instrumento de arrecadação compulsória de recursos, era absolutamente inadequado para contraprestação de um serviço que, em si mesmo, nada tinha de público, a não ser o fato de estar sendo prestado pelo Estado, quer pela sua administração centralizada, quer por empresas públicas ou sociedades de economia mista. Tornou-se necessário, na verdade, para remunerar o serviço, aproveitar-se de um instituto de direito privado, o preço agora tornado público, somente para revelar que a sua formação

não se dava necessariamente por leis de mercado, mas encontrava a sua determinação em critérios de suposta conveniência pública ou de interesse coletivo. MAS OS TRAÇOS MARCANTES DA VOLUNTARIEDADE E DA DISPENSA À LEI ASSIM COMO DO NÃO-ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE SÃO MARCAS INEQUIVOCAMENTE DISTINTIVAS DO PREÇO PÚBLICO. (ob. cit. pág. 51)

Por sua vez, ALIOMAR BALEEIRO, em seu clássico "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar" 7ª ed., Ed. Forense, 1997, à pág. 62 e 63, distingue Taxa e Preço Público:

Mas a construção doutrinária penetrou na jurisprudência do Supremo Tribunal que, há vários anos, distingue entre uns e outros, deixando claro que só as taxas são tributos, como tais revestidos de compulsoriedade, ao passo que os preços apresentam caráter contratual, voluntário, porque, em geral, remuneram a venda de coisas do patrimônio público (terrenos, água, livros, jornais oficiais, sementes, reprodutores, etc), ou renda deles provenientes (aluguéis, foros, laudêmos, serviços telefônicos, telégrafos, energia elétrica, etc.).

Preços correspondem à exploração do patrimônio dominial, inclusive empresas comerciais e industriais do Estado, ao passo que taxas se originam de atos do Poder Público, revestidos de autoridade, compulsoriamente cobrados dos particulares e até de outras Pessoas de Direito Público.

Diante do exposto, presentes os pressupostos legitimadores da Reclamação e mais ainda, identificados os condicionantes do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, para em provimento liminar, requer inicialmente o deferimento imediato da suspensão de efeitos do Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 97.05314-4, que concedeu a liminar contra o Decreto nº 10.154, de 27.08.97, do Município de Fortaleza.

Pede, outrossim, que seja ao final preservada a competência e soberania desta Corte Constitucional como guardiã da Carta Magna, mediante a decretação da procedência da RECLAMAÇÃO com a cassação do Acórdão questionado já que proferido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Ato Municipal, perante Tribunal Estadual, de matéria da Constituição Maior.

Pois, somente desta forma, estará sendo restabelecido o império da verdadeira JUSTIÇA e dos interesses da MUNICIPALIDADE.

Pede deferimento

Fortaleza, 16 de dezembro de 1997

INGRID BARREIRA
OAB-CE Nº 6.151
Procuradora Do Município

DOCUMENTOS ANEXADOS

1. Ato de nomeação da Procuradora do Município;
2. Termo de Posse da Procuradora do Município;
3. Ação Direta de Inconstitucionalidade;
4. Procuração do Sindicato-Autor;
5. Denúncia do Contratos de Prestação de Serviços;
6. Aditivo ao Contrato de Prestação de Serviços firmado entre uma empresa filiada ao Sindicato com a ETTUSA;
7. Decreto nº 10.154, de 27.08.97;
8. Certidão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 97.05314-4;
9. Acórdão da concessão da medida cautelar requestada;
10. Certidão de Publicação.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 5ª VARA
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA FEDERAL DO ESTADO DO CEARÁ.

PROCESSO
97.0009782 - 0

A PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, nos autos da ação de interdito proibitório que promove contra a CONAB - CIA. NACIONAL DE ABASTECIMENTOS, vem, com o devido respeito, através de seu procurador que esta subscreve, atendendo despacho de V. Exa., manifestar-se a respeito da contestação apresentada, e o faz mediante as ponderações a seguir expostas:

Interpreta a promovida que os fundamentos da ação estão adstritos apenas ao fato da autora deter o domínio e a posse do imóvel em questão. Esquece que mais relevante, que sustenta a procedência e a imperiosa necessidade da concessão do pedido liminar, são os interesses da coletividade, ameaçados diante da postura dos prepostos da CONAB.

De fato, traz à colação convênio firmado em 17 de novembro do ano de 1975, entre a autora, a COBAL e a CEASA, em que, atendendo sempre a necessidade e interesse públicos, se comprometia a Prefeitura em destinar área mínima de 6.900 m², para a implantação de um Hortomercado.

Prossegue em linha de defesa, argumentado, e tão só argumentando, que em setembro de 1988, agora o Estado do Ceará, firmou uma doação do imóvel, que é de propriedade da Prefeitura Municipal de Fortaleza, a título gratuito e por prazo indeterminado, condições que não resguardam, por razões óbvias e manifestas, o interesse público, móvel fundamental da afetação inicial do bem.

O bem imóvel que teria de cumprir com a sua função social, por absoluta falta de destinação, não servia a seus propósitos. Como bem consignou a contestação, havendo necessidade de acomodar as instalações da DEFESA CIVIL MUNICIPAL, a Secretaria de Trabalho e Ação Social, sem perquirir a quem realmente pertencia o imóvel, firmou acordo para ocupação, o que de resto caracteriza a posse boa e legítima do bem.

Nos itens 2.8 e 2.9 da defesa, se alega que levada por interesse próprio, a CONAB requereu a devolução do bem e que, posteriormente, prorrogou o prazo da "cessão". Salta evidente que há, na verdade, um interesse próprio da "CONAB", em conflito com um interesse coletivo e social. Só não foi capaz de esclarecer a CONAB, qual o interesse próprio e qual a destinação que reserva para o bem que, se repita, é de domínio e posse da autora.

Quando persegue argumentos de direito, a defesa concorre no sentido de retificar os pressupostos da ação. Assim é que traz, nos itens 3.1 a 3.3, alegações de direito civil, de que "findo o prazo estipulado, a obrigação do Promovente era a devolução do imóvel". Não só pela natureza das entidades envolvidas, mas também pelo interesse coletivo a ser preservado, axiomas que regulam direitos individuais merecem, na espécie, aplicação sopesada.

Apesar das evidências, tenta negar a constatação do justo receio de ver a posse molestada, em contradição a efetiva ameaça consubstanciada em comunicação para a desocupação. E, não é apenas. Depois de promovida a presente demanda, quando já era litigiosa a coisa, em atitude de nenhuma ponderação, a CONAB requereu e obteve junta à COELCE, a desativação do fornecimento de energia elétrica, provocando prejuízos, não só, à DEFESA CIVIL.

Com a devida vênia a exegese segundo a qual a posse estaria extinta desde a expiração do prazo contratual, não se coaduna com a melhor doutrina. Não se extingue posse no papel já que ela é exteriorização de situação de fato. Muito menos a posse mantida contra a vontade da CONAB é capaz de a qualificar, uma vez que, está manifesto, a vontade da CONAB não é a mesma do interesse social. São despiciendos pois, os excessos cometidos em verberar má-fé e repúdio, quando a Prefeitura precisa e destina a área para prestar apoio à coletividade.

As conclusões de direito alcançadas pela defesa, não são as mais harmônicas com a doutrina e a legislação pátria.

Em primeiro lugar, uma vez que esta espécie não comporta apreciação de direito no que concerne ao domínio do bem, já que se trata de um interdito proibitório, não prestam os argumentos trazidos com os convênios, contratos e cessão. Ainda que fosse possível esta análise, não seria ela favorável à promovida.

Porque, se comprovou com a contestação que o TERMO DE DOAÇÃO COM ENCARGOS COM O ESTADO DO CEARÁ (item 2.5) não poderia afetar o terreno de propriedade da Prefeitura, uma vez que não se concebe que o Estado do Ceará possa dispor de bem da Prefeitura de Fortaleza. Sem embargos do fato de que, doação gratuita e por prazo indeterminado, realmente não merece a qualificação de "pública".

Não fosse apenas por isso, não se tem notícia de regular inscrição e registro em cartório de imóveis competente. A rigor pois, a propriedade e, por conseguinte, o domínio do bem, é da Prefeitura Municipal de Fortaleza. Não por questão de domínio estaria afastada a procedência da ação, até porque, sucedâneo do domínio, a posse da Prefeitura sobre o bem é legal e legítima.

Quanto a tentativa de taxar a atual posse do bem de injusta, aspectos de fato e de direito merecem atenção. É justa na medida em que

cumpra a finalidade social a que está afetado o bem. É justa na exata constatação e confissão da CONAB de que a persegue levada por interesse próprio. É justa até em decorrência de sua legalidade, acima demonstrada.

Fosse possível abstrair da espécie toda a questão de ordem pública envolvida, dois aspectos fundamentais não devem ser afastados:

"A propriedade atenderá a sua função social"
(Constituição Federal - art. 5º - inciso XXIII)

"Na aplicação da Lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"
(Lei 4.657, de 04.11.41. - Introdução ao Código Civil - art. 5º)

Portanto, permissa vênia, tanto na apreciação das questões que envolvem o domínio do bem quanto aos aspectos que dizem respeito à posse, restou demonstrado nos autos que razão assiste a autora.

Estão comprovados todos os pressupostos que sustentam a ação. Tem justo receio da ostensiva ameaça perpetrada pela CONAB. Necessita e merece a autora, a proteção liminar.

Diante do exposto, vem, renovando o pedido inicial, requerer a concessão liminar do interdito proibitório, cominando uma pena diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), na hipótese de descumprimento e, posteriormente, o julgamento do feito nos moldes do art. 330 do códex processual, cabível na espécie.

N. Termos,

P, Deferimento.

Fortaleza, 01 de julho de 1997

STEFENSON PINHEIRO SILVA
procurador

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR**AÇÃO RESCISÓRIA Nº 97.06974-8**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CGC/MF sob o nº 07.954.605/0001-60, por seu procurador alfim firmado, vem, em hábil tempo e na forma preconizada em lei, e supedâneo no art. 242 e seguintes do Regimento Interno dessa Corte de Justiça, perante VOSSA EXCELÊNCIA interpor o presente **AGRAVO REGIMENTAL**, fazendo-o pelas razões inclusas.

Assim, requer a VOSSA EXCELÊNCIA seja o presente recurso conhecido e provido.

N. Termos.

P. Deferimento.

Fortaleza/CE, 02 de abril de 1.998

FRANCISCO DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO

Procurador do Município

Matrícula 24.797-1

RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL

Egrégio Tribunal.

CABIMENTO

Interpretação consentânea e corrente, na doutrina e jurisprudência, leva a considerar como violação a ordem pública àquelas perpetradas contra ordem jurídica, veja-se o entendimento jurisprudencial.

"No juízo de ordem pública está compreendido também, a ordem administrativa geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas (TFR - Suspensão de Segurança 4.045-SP, Min. José Neri da Silveira, DOU 7 de dezembro de 1.979, pág. 9221)" Cit. In *Mandado de Segurança e de Injunção - Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, esc. Prof. Aristoteles Atheniense, pág. 248, ed. Saraiva, 1.990.*

A lesão de Ordem Pública, como se verá, está caracterizada no despacho que concedeu a liminar. O interesse público mediato e imediato foi por ela transgredido e ameaçado diante da iniciativa do requerente da tutela antecipada na Ação Rescisória mencionada e nos termos de sua, ofensivos, *data vênia*, a regulação processual pertinente, a partir das normas constitucionais processuais.

Visando coibir o abuso a ser demonstrado, cabe ao Judiciário reapreciar a questão, e fazer cessar, de logo, os efeitos da liminar, dentro do enfoque verdadeiramente justo, previamente enunciado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o qual consagrou:

"Concessão de suspensão de segurança, art. 297 do Regimento Interno.

A medida excepcional é cabível para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, não somente nos casos em que o cumprimento imediato do julgado ou da liminar pode ferir ou ameaçar os interesses superiores legalmente protegidos. Ag. Reg. Improvido (Suspensão de Segurança n. 137 - DF - Pleno - Rel. Min. Cordeiro Guerra)". (in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 118, pág. 861)

Dessa forma, provada a virtual quebra à ordem, impõe-se a aplicação da norma própria precitada, aos fatos, devendo a prestação jurisdicional adequada prover a suspensão da liminar vergastada, tudo conforme a doura decisão.

Outrossim torna-se necessário o conhecimento, por V.Exa., das preliminares suscitadas, da matéria fática pertinente e do mérito, para o deferimento do presente Agravo Regimental, que passamos a expor:

PRELIMINARES

1 - DA ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO PROMOVENTE

A ação de nunciação de obra nova foi proposta pelo Município de Fortaleza contra o Sr. Carlos Marques Brasil Ribeiro, único responsável pela construção irregular da obra, em que lhe foi garantido o devido processo legal (princípio constitucional) sem que pudesse comprovar as suas alegativas, vindo a ação ser julgada procedente.

É de bom alvitre lembrar que não havia e não há necessidade de citação do cônjuge, vez a Ação de Nunciação de Obra Nova não é ação real e sim pessoal, veja-se a propósito o entendimento do mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito de Construir*, 7ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Ed. Malheiros, 1.996, pág. 259, *in verbis*:

"A ação de nunciação de obra nova, também conhecida por embargo de obra nova, é adequada para impedir o prosseguimento de construção prejudicial ao vizinho. Não é ação possessória, nem real (11): é ação pessoal própria para deter obras em andamento que ofendam algum direito de vizinhança (...)".

11. Não obstante o disposto confusamente nos arts. 10, parágrafo único, I, e 95 do Código de Processo Civil, continuamos a entender que a ação de nunciação de obra nova não é real, mas sim pessoal, já agora com apoio em decisões do TJSP (RT 507/70, 510/106, 594/105, 673/54; RJTJSP 89/200).

"A ação de nunciação de obra nova não é ação real imobiliária. Como meio de defesa contra abusos de vizinhança, extremado-se das possessórias, a sua natureza é de ação pessoal, e não real, uma vez que, de igual modo, são conceituados os direitos subjetivos de

vizinhança, que ela também visa assegurar numa de suas manifestações. Daí porque inexiste a nulidade pela falta de citação de ambos os cônjuges, posto que para aquela ação não se exige tal providência, de acordo com o art. 10, I, do CPC (Ac. Unân. Da 2ª Câm. Do TJ-SP, de 28-2-84, na apel. 41.068-1, rel. des. Aniceto Aliende; Adcoas, 1984, n° 99.693)", in Alexandre de Paula e Geraldo Magela Alves, Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil Brasileiro, Ação de nunciação de Obra Nova e Ação Possessória, Vol. II, Ed. Forense, 1.991, Rio de Janeiro-RJ, pág. 37

Agora, pelo simples do sabor argumento, não pode o Agravado, neste caso, avocar a rescisão da sentença sob a alegativa da falta de citação do seu cônjuge virago. Pois esse é o único que tem legitimidade para propor a Ação Rescisória, veja-se o entendimento jurisprudencial:

"A falta de outorga uxória só pela mulher pode ser alegada (RJTJESP 91/238, RJTAMG 20/172) "in" Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 26ª Ed., Ed. Saraiva, 1.995, pág.79.

"A alegação de nulidade do processo por ausência de citação de um dos cônjuges, quando obrigatória a participação de ambos, como nas causas que envolvam direito real, somente pelo preterido poderá ser feita" (RJTAMG 40/237) "in" Theotônio Negrão, ob.cit.

Demonstrado restou que, na ação de caráter pessoal, como é o vertente caso, não há necessidade da citação de ambos os cônjuges, e como na ação de nunciação de obra nova foi garantido ao agravado o devido processo legal, quem deveria propor a Ação Rescisória era o cônjuge virago e não o varão, ora agravado.

Assim, requer a V.Exa. se digne acatar a presente preliminar e dar provimento ao presente recurso.

II - NÃO CABIMENTO DA RESCISÓRIA

Caso, não seja apreciada a primeira preliminar, requer a V.Exa. se digne acatar a presente, pelas razões que desprende.

O Autor-recorrido ingressou com a presente Ação Rescisória, alegando a falta de citação de seu conjugue na ação de nunciação de obra nova proposta pelo Município de Fortaleza; diga-se de passagem, não pode defender o interesse de seu cônjuge.

No caso em tela, não poderia o Agravado ingressar nesse Tribunal com Ação Rescisória, e sim, no juízo de origem, e com Ação Declaratória de Nulidade, vejamos o entendimento jurisprudencial

"Atese da 'querela nullitatis' persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução (STJ - 3ª Turma, REsp. 12.586-SP, rel. Min. Valdemar Zveiter, j. 8.10.91, não conheceram, v.u. DJU 4.11.91, p. 15684, 2ª col., em)" in Theotônio Negrão, ob.cit., pág.369

Assim, requer a Vossa Excelência que se digne acatar essa segunda preliminar e dar provimento ao presente Agravo

OS FATOS

Em 05 de setembro de 1994, o Município de Fortaleza propôs ação de nunciação de obra nova contra o Sr. Carlos Marques Brasil Ribeiro, vez que estava construindo obra irregularmente.

Devidamente citado, apresentou contestação.

Sentença proferida em 07 de agosto de 1997, em que julgou procedente a demanda, e determinou a demolição da obra.

Agora, ocorre ao Judiciário com a Ação Rescisória visando rescindir a sentença proferida na ação de nunciação de obra nova.

DO DIREITO

DO INCABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA

"O Código de Processo Civil em seu art. 489 dispõe que a ação rescisória NÃO suspende a execução da sentença rescindenda. Se uma decisão judicial da qual participou o perdedor, a quem se conferiu o devido processo legal até o final sem qualquer mácula, e ele não conseguiu, via recursal, reformá-la, paciência. O perdedor terá que se conformar e passar a ser executado na fase seguinte. Na fase de execução ou o devedor segura o juízo ou não deve ser beneficiado com privilégios outros a evitar a efetivação da decisão judicial. Afinal de contas, a parte vencedora não busca o Judiciário para, depois de tanto sacrifício, obter uma sentença que não satisfaça seu direito. Seria vitória de Pirro. O próprio Judiciário deve zelar pela execução de seus julgados até para não cair no ridículo, ser desmoralizado e até mesmo ficar evidenciada a sua desnecessidade como Poder de República. Estará bem próximo o fim do Poder Judiciário no dia em que não se garantir a assegurar o verdadeiro acesso aos jurisdicionados e suas decisões passarem a ser apenas um papelucho sem nenhuma expressão" in artigo Ação Cautelar Inominada Preparatória de Ação Rescisória, colimando suspender os efeitos executórios do decisum rescindendo e outras peculiaridades, da obra do Dr. Agapito Machado, publicado na THEMIS - REVISTA DA ESMEC, 1.997, Vol. I, pág. 24.

Afora a assertiva do MM. Juiz Federal Dr. Agapito Machado, estabelece o art. 1º, da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1.997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o seguinte:

"Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1.964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1.966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1.992"

Por sua vez, determina o art. 1º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1.992:

"Art. 1º - Não será cabível medida liminar contra atos do poder Público, no procedimento cautelar ou em qualquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

No ensejo, interessante trazer à colação a Súmula 9 do TJRS, a qual dispõe o seguinte:

"Não é admissível em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares (v.g. Lei nº 4.348, art. 5º; Lei 5.021, art. 1º, 4º)" (RJTJERGS 133/425).

No mesmo diapasão, é a Súmula 234, do extinto Tribunal Federal de Recursos, como segue:

"Súmula 234 - Não cabe cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada".

De mais a mais, é cediço no direito pátrio que é vedada a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, heis que a sentença em casos que tais, há de ser, necessariamente, submetida ao crivo do Tribunal, vale dizer, a causa deverá ser, inexoravelmente, reexaminada e novamente julgada pelo órgão jurisdicional superior. Assim é que, antes da apreciação pelo Tribunal competente à exaustão, a sentença proferida contra pessoas jurídicas de direito público - como o MUNICÍPIO DE FORTALEZA - não têm a virtude de produzir qualquer efeito (art. 475, II, do CPC subsidiário).

Sob o influxo dessas observações, o instituto da antecipação da tutela leva a todos a uma reflexão no tocante a sua aplicação, quando, no pólo passivo da relação jurídica processual, figurar a União, os Estados - Membros, o Distrito Federal e os Municípios. É evidente que, nesse caso, não se pode aplicar tutela antecipatória, como assevera FRANCESCO CONTE, nesta passagem, extraída de sua obra Hermenêutica e Aplicação do Direito, com a seguinte transcrição:

"Descabe, reiterar-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo figurar União, os Estados - Membros, o Distrito

Federal e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a fortiori, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. (A e ob. Citados, Livraria Freitas bastos, pág. 268).

Cabe referir, primeiramente, que o Código de Processo Civil de 1.973 - na esteira do código de 1.939 (arts. 814 e 822) - em seu art. 475, inciso II, preceitua:

"Art. 475 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:

I -

II - proferida contra a União, Estado e Município.

Ressalte-se, por outro lado, que o pronunciamento judicial que concede ou nega a tutela antecipada é decisão interlocutória e não sentença, nos termos da conceituação consagrada no parágrafo 2º do art. 162, do CPC. A tutela antecipada, pois, não extingue o processo, sendo certo que o parágrafo 5º, do art. 273, preceitua que:

"Art. 273 - omissis.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento"

O Município Agravante pretende demonstrar é que descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados - Membros, o Distrito Federal e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra essas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal (art. 475, II, CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a fortiori, não têm, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que do próprio corpo (sentença).

E mais: ao ângulo prático, no terreno da execução, a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública seria inútil tal qual o fogo que não queimasse - pois, soa trivial, a execução de obrigação pecuniária contra aquelas entidades públicas (sabido que seus bens são impenhoráveis) faz-se através do instituto do precatório, à luz do procedimento previsto nos arts., 730 e seguintes do CPC. O que pressupõe sentença jurídica e não mera decisão interlocutória (art. 100, da CF/88).

Sobre o assunto, CALMON DE PASSOS assevera, em sua obra Inovações no Código de processo Civil:

"Cabe, aqui, breve referência à hipótese em que a antecipação se dá em causa na qual se impõe a remessa necessária, vale dizer, as elencadas no art. 475 do Código de Processo Civil. Nesses casos, a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau" (a e ob. Cit., Editora Forense, 1.995, pág. 30).

É de todos sabido que a execução definitiva é a regra, enquanto que a execução provisória é a exceção, uma vez que somente após o trânsito em julgado da decisão, é que a mesma terá adquirido a certeza e imutabilidade, garantidores da certeza do título executivo. Sendo, então, exceção à regra, resta saber se a mesma pode ser livremente utilizada contra a Fazenda Pública. Mais uma vez, a resposta é não!

Para tanto, vale transcrever na lauda seguinte a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"... Enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos e nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum." (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Ed. Malheiros).

Evidentemente que, inexistente qualquer direito particular que possa prevalecer sobre o interesse do Poder público, de tal sorte a inexistir qualquer justificativa para se admitir a utilização da regra de exceção que é a execução provisória contra a Fazenda Pública.

De efeito, pelo caráter de definitivo que assume a expedição do precatório - requisitório, têm-se que, uma vez incluído o crédito executado no Orçamento da entidade de Direito Público, o mesmo terá, necessariamente de ser pago, sob pena, inclusive, de sequestro da verba, conforme autoriza o art. 731 do Código de Processo Civil, razão pela qual, repete-se, não há como se admitir a execução provisória contra a Fazenda Pública.

Tal entendimento já vem se consolidando, como se observa da transcrição das ementas abaixo:

"TUTELA ANTECIPADA - DEFERIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE. Tutela antecipada - Ação ordinária ajuizada contra a Fazenda do Estado - Inexistência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Impossibilidade do deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública - arts. 373 e 475 do Código de processo Civil - Recurso improvido" (Ac. Unân. Da 8ª C. de Direito Público do TJ-SP - Ag. 010.122 - 5/3 - Rel. Des. Toledo Silva - j. 22.05.96 Agte: Waldemar França; Agda: Fazenda do Estado de São Paulo - DJ - SP I 18.06.96, p. 24, ementa oficial).

Do voto do eminente Relator, destacamos:

"No caso, a tutela antecipada foi indeferida porque o MM. Juiz não se convenceu da necessidade. Além do mais, pelo que se extrai do pedido formulado na ação ordinária, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois a ação é promovida contra a Fazenda do Estado que, se vencida, tem condições de suportar o encargo da condenação. Não se deve olvidar, por outro lado, que, como salienta o eminente Raphael da Silva Salvador (Da ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, Malheiros Editores, pág. 56), o deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública é impossível, pois em se tratando de apreciação de mérito, embora provisoriamente, haverá obrigatoriamente, o pedido de reexame necessário, "ex-vi" do art. 475, II, do Código de Processo Civil, o que é inviável nessa fase do processo. Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso".

"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INDEFERIMENTO.

I - É incabível a antecipação do efeito da tutela e ação rescisória, consistente no impedimento da conversão de depósitos em renda da União Federal, por afrontar a proteção constitucional à coisa julgada.

II - A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda. Aplicação do art. 489 do CPC.

III - O poder geral de cautela do Juiz é restrito, não podendo impedir o exercício regular do direito da União Federal de executar a sentença rescindenda.

IV - Inocorrência da irreparabilidade do dano.

V - Agravo improvido" (AgRg em AR n. 95.03.061534-8, Relator Juiz ANDRÉ NABARRETE, j. 28.02.96, por maioria, 1ª T. do Eg. TRF da 3ª Região)

Contudo, V. Exa. sem observar a legislação evidenciada, assim como a doutrina e o entendimento jurisprudencial enfocados, que, vedam terminantemente a concessão de tutela contra a Fazenda Pública, máxime tratando-se de Ação Rescisória, deferiu inadvertidamente a tutela antecipada.

De outra parte, mesmo considerando a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o que se admite apenas à título de argumentação, ainda não há como prosperar a decisão ora vergastada, posto que, observando o requerimento formulado pelo Agravado, de que fosse antecipado os efeitos da tutela pretendida com base no art. 273, do CPC, deve-se observar, "ab initio", os termos precisos do artigo citado, a fim de que se verifique se presentes estão os pressupostos e requisitos ensejadores em seu requerimento.

Com efeito, reza o caput do art. 273, a antecipação da tutela de fundo será possível desde que, existindo prova inequívoca, o juízo de conveniência da verossimilhança da alegação e: I) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Todavia entende o Agravante que laborou em equívoco o douto Relator ao acatar tal pedido sem que exista aos autos qualquer prova necessária e cabível ao seu deferimento.

Inegável que, o ponto de vanguarda das inovações introduzidas no processo de conhecimento repousa no instituto da antecipação da tutela, autorizada no art. 273, consoante a redação ditada pelo art. 1º, da Lei 8.952/94, com a dicção seguinte:

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

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

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

Vê-se, então, que não basta a existência de prova inequívoca ou o convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, conforme o pedido inicial. É necessário, também, que haja o fundado receio de dano irreparável ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, para que seja antecipada a tutela.

Ocorre que, nenhum desses aspectos está presente nesta ação, a ensejar o entendimento do pedido formulado pelo Agravado.

Ademais disso, ao proferir sua decisão, data vênua, não apresentou argumentos convincentes para justificar, no caso, a concessão da antecipação da tutela, ou seja, sem que tenha demonstrado o real preenchimento dos requisitos necessários a tal concessão.

Por tal fato, é oportuno se transcrever um trecho de um artigo sobre a antecipação da tutela, escrito por um Juiz Federal de Brasília, NOVELY VILANOVA DA SILVA REIS, e publicado na IOB, a saber !:

"Ao indicar as razões de seu convencimento, o juiz deve incursionar no campo do direito material ou substantivo. Mas não precisa escrever um tratado sobre a matéria, porque a decisão antecipatória da tutela é "provisória", fundada apenas na prova inequívoca do fato produzido pelo autor. Aliás, a fundamentação não é medida pelo tamanho da decisão ou da sentença, senão pela autoridade do argumento do julgador".

Assim é que o texto legal enfatizou que na decisão que antecipar a tutela, deve o Juiz indicar, de modo claro e preciso as razões de seu convencimento, o que não se deu na r. decisão.

Portanto, mesmo que se o agravado tivesse algum prejuízo que, posteriormente, pudesse ser reparado é de se salientar que não se pode, no caso dos autos, se falar em dano irreparável, uma vez que sendo o Município de Fortaleza reconhecidamente solvente, em sendo reconhecido o direito postulado, é dizer, uma vez concedida a prestação jurisdicional, terá o agravado amplamente assegurado o seu direito.

Por outro lado, segundo o art. 934, do Código de Processo Civil:

"Art. 934 - Compete esta ação:

(omissis)

III - ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura"

Referida ação, visa a impedir a construção de obra irregular.

E consoante se depreende do auto de infração, essa obra estava irregular, e outra alternativa não restara ao Município, ora agravante, senão recorrer ao Judiciário em defesa da preservação do interesse coletivo.

DO PEDIDO

Assim, requer a Vossa Excelência se digne acatar as preliminares suscitadas, e no mérito dar provimento ao presente Agravo Regimental, reformando "in totum" a decisão que concedeu a tutela antecipada, caso contrário, se digne submeter o presente Agravo Regimental ao julgamento do órgão competente, na sessão imediatamente seguinte, tudo nos termos do art. 243 do Regimento Interno.

Após, seja oficiado ao MM. Juiz de direito da nova decisão.

N. Termos.

P. Deferimento.

Fortaleza/CE, 02 de abril de 1.998

FCO.DE ASSIS MESQUITA PINHEIRO

Procurador do Município

Matrícula nº 24.797-1

**MUNICÍPIO DE FORTALEZA
COMISSÃO CENTRAL DE LICITAÇÃO**

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

MANDADO DE SEGURANÇA

INFORMAÇÕES

I - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Conforme se vê da inicial, a presente ação foi proposta contra ato da Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Administração Direta do Município de Fortaleza, com vistas à participação da impetrante na licitação, cujos envelopes contendo documentos de habilitação e propostas de preços seriam recebidos até às 9 horas do pretérito dia 09 de junho de 1998.

A autoridade apontada como coatora, não poderia, de forma alguma figurar no pólo passivo da presente ação, porquanto não teve qualquer participação no evento, salvo a publicação do respectivo aviso de licitação, e, obviamente, a entrega de cópias do edital aos eventuais interessados. Tais atos, como se vê, não têm a menor relação com o objeto da demanda, pois nenhum outro cometeu, de modo a justificar a impetração, mormente porque, em nenhum deles, violou quaisquer direitos da impetrante.

Na petição de fls. 34/36, que emenda a inicial e pede reconsideração da decisão de fls. 32/33, a autora demonstra que a impetrada nada tem a ver com os fatos alegados, e assim o faz nos seguintes termos: "*a empresa supra mencionada, quando no mês de maio do corrente ano, impetrou um Mandado de Segurança para que, com força de uma medida liminar expedida por esta eminente vara da Fazenda Pública concorresse a uma licitação de concorrência pública mais precisamente junto a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS.*"

Na realidade, o procedimento licitatório é de iniciativa e responsabilidade da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS, em razão de convênio por esta firmado com a Secretaria de Ação Governamental - SAG e com as Secretarias Executivas Regionais, para a realização do certame, em atendimento às cláusulas abaixo transcritas:

"CLÁUSULA PRIMEIRA - Todas as Secretarias Executivas Regionais e a SAG outorgam poderes à SMDS para expedir Edital de Licitação, responder as impugnações e recursos previstos no art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93, que porventura venham a ser interpostos contra o ato convocatório e por decisões da Comissão Permanente de Licitação, assim como da ora conveniada.

CLÁUSULA SEGUNDA - Os poderes ora outorgados à SMDS se limitam aos atos e procedimentos inerentes, exclusivamente, às fases de lançamento do Edital, aprovação pela Assessoria Jurídica, Habilitação, Classificação e Adjudicação da(s) proposta(s) vencedora(s), bem como a fase Recursal, excluída a contratação, a qual competirá a cada Secretaria conveniada."

Jessé Torres Pereira Júnior, em recente trabalho publicado no ILC - Informações Sobre Licitações e Contratos, nº 47, de janeiro de 1998, ensina que o "legitimado passivo será a autoridade que terá praticado o ato que o licitante supõe lesivo aos seus direitos. Poderá ser o presidente da comissão, a autoridade superior à comissão, a autoridade, enfim, que, no âmbito da Administração, haja praticado o ato que o licitante entende lesivo ao seu direito subjetivo. Seja descumprindo uma exigência da lei, seja descumprindo um requisito editalício, a autoridade pode estar a expedir atos que, na interpretação do licitante, violem normas inafastáveis. A autoridade expedidora do ato é a legitimada passiva para responder à impetração. (...) No mandado de segurança contra vício alegadamente existente no edital, coatora seria a autoridade administrativa que o aprovava."

Com efeito, não remanescem dúvidas sobre quem seja a autoridade responsável pela inserção das cláusulas questionadas, uma vez que a licitação, desde sua fase interna, está sob o comando, exclusivo, do Sr. Secretário Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS. Por conseguinte, nos termos do citado convênio, deverá este responder por ela, em juízo ou fora dele. A Comissão, portanto, não havendo praticado qualquer ato que importe em violação de direito da impetrante, não pode figurar no pólo passivo do presente mandamus.

Como se nota, posto que salta à vista, a impetrada não teve qualquer ingerência na elaboração do edital e, muito menos, na inserção das cláusulas apontadas como abusivas. Por isso, não tem legitimidade e tampouco pode ser confundida com a suposta autoridade coatora, especialmente porque, nos limites de sua competência, não tem poderes para modificar o edital.

Sobre o assunto, vejamos como tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*"Autoridade que não tem competência para sustar a execução do ato impugnado não tem legitimação para figurar no pólo passivo do mandado de segurança. (ST), 1. T., Resp. 47478-7-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 14.12.1994, DJU 6.3.1995, p. 4319"*¹

Ainda nessa linha de entendimento, colacionamos a doutrina de Sidney Martins, para quem "o sujeito passivo na ação mandamental será a pessoa (física e não jurídica) que executa ou se omite na prática do ato impugnado e é o responsável por tal providência.

Nessa ordem, não será o impetrado aquele que estiver na qualidade de mero executor material do ato, mas sim, quem o ordenou ou se omitiu em praticá-lo.

De sorte que, deve figurar no polo passivo, quem tem poderes para corrigir o ato acoimado de ilegal, não simples agente da Administração que simplesmente veio a cumprir determinação de autoridade superior.

Assim é, e deve ser, porque a conduta reclamada no Mandado de Segurança, há que estar na esfera de competência do impetrado e, se a pessoa apontada como coatora não detém poderes para corrigir o ato hostilizado, evidentemente será ela parte ilegítima.

Prevalece aqui a máxima *ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível.

Por isso, o Mandado de Segurança impetrado contra pessoa diversa da efetiva autoridade coatora, deve conduzir à extinção do processo sem julgamento de mérito, dada a manifesta carência da ação."²

Diante da manifesta ilegitimidade passiva *ad causam* da impetrada, uma vez que não lhe é possível corrigir o ato supostamente viciado, que é da alçada exclusiva do Sr. Secretário Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS, por disposição do convênio em referência, requer a V. Exa. a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

II - DA CESSAÇÃO DA EFICÁCIA

1 - Não obstante a ilegitimidade passiva *ad causam* da impetrada, vale destacar, por sua importância para o deslinde da actio, o que se observa

¹ NERY JÚNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado. 2ª Ed. revista e ampliada. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 2195

² Licitações nos Tribunais. Ementário Comentado. Curitiba, JM Editora, 1997, p. 129.

da Ata da Sessão de Recebimento e Abertura de Envelopes de Habilitação e Propostas de Preços da Concorrência Pública nº 002/98, anexa. Consta do referido documento que a impetrante, ainda que amparada pela liminar concedida, estranhamente, deixou de comparecer à sessão de abertura da licitação, assim como não mandou qualquer representante, desistindo de participar do certame. Noutras palavras, a autora, depois de ingente esforço, munuiu-se de uma liminar, cujo objeto foi demonstrar sua força perante os demais concorrentes, posto que dela não fez o menor caso. Este fato, por si mesmo, implica na perda de sua eficácia, razão pela qual se espera seja a mesma revogada.

2 - Dessarte, uma vez cessada a eficácia da medida cautelar, por iniciativa do autor, fica a ação sem objeto, devendo a mesma ser revogada, nos termos do art. 807 do CPC.

Diante as razões expendidas, REQUER A V. EXA. A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, nos termos do art. 267, incisos I, III, IV E VI, do Código de Processo Civil.

III - DO MÉRITO

2.1 - DA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

1 - A impetrante, com a presente ação, objetiva isentar-se da prestação da Garantia de Participação, estabelecida na Cláusula nº 004.02, letra B, item 02 e da apresentação do Atestado de Capacidade Técnica, fixada na letra 'D', item 01 da mesma cláusula editalícia, por entendê-las abusivas.

2 - É cediço em doutrina, que não se pode invocar direito líquido e certo, sem que este emane, diretamente, de uma norma legal. Diante dessa premissa, entendemos que, antes de discutirmos sobre sua existência ou não, seria melhor procurarmos defini-lo, e assim o faremos, com o auxílio da mais abalizada doutrina, a fim de que, ao final, se possa justificar ou não a propositura da presente ação e, conseqüentemente, a concessão da medida liminar suspendendo os efeitos do ato de autoridade.

3 - Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a certeza jurídica é "no sentido de que o direito deve decorrer de norma legal expressa, não se reconhecendo como líquido e certo o direito fundamentado em analogia, equidade ou princípios gerais de direito, a menos que se trate de princípios implícitos na Constituição, em decorrência, especialmente, do art. 5º, §2º."¹

¹ Direito Administrativo, 4ª Edição, S. Paulo, Editora Atlas, 1994., p. 511

4 - No caso vertente, não existe direito líquido e certo a ser protegido, mormente em caráter liminar, porquanto as exigências questionadas têm pleno respaldo na legislação pertinente, como se verá adiante.

2.1.1 - DA GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO

1 - Tão logo foi publicado o Aviso da Licitação, várias empresas impetraram Mandado de Segurança com vistas à isenção da prestação da Garantia de Participação e à apresentação dos Atestados de Capacidade Técnica, nos moldes exigidos pelo edital em apreço.

2 - De todos os magistrados que tiveram oportunidade de apreciar, *in limine*, essas ações, somente V. Exa. teve, pelo menos em princípio, o discernimento dos reais objetivos pretendidos pelo Edital, quando exigiu dos participantes uma Garantia de Participação, com valores proporcionais aos lotes concorridos. Mas, para nosso desencanto, com a devida vênia, V. Exa., quando provocado, involuiu, doutrinariamente, ao reconsiderar a primeira decisão, no que concerne à Garantia, inclusive pecando em sua fundamentação, visto que a mesma se funda no inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93 e não no art. 56, como erroneamente consta às fls. 39 da dita decisão.

3 - Pois, ao contrário do que afirma a impetrante, é de solar evidência que a exigência de prestação de garantia, constante da Cláusula 004.02 letra 'B', item 02, encontra-se alicerçada nas disposições do art. 31, III, da Lei 8.666/93 - Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos -, vazada nos seguintes termos:

Art. 31 - A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial...

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - GARANTIA, nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e §1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação." (destacamos).

4 - Demais disso, também não se torna ilegal a sua cumulação, porquanto esta não supera o limite estabelecido em lei, ou seja, não excede a 1% (um por cento) do valor da contratação. Desse modo, fica patente que a Administração comportou-se nos limites das disposições acima transcritas,

não exorbitando, em momento algum, do padrão legal vigente, de modo a ferir ou violar direitos de quem quer que seja.

5 - Por outro lado, conforme consta às fls. 09, fica claro que a demandante não tem idoneidade financeira para assumir todo o contrato, caso vencesse a concorrência, pois seu Capital Social, que é de apenas R\$100.000,00 (cento um mil reais), não representa sequer 1% (um por cento) do valor total a ser contratado.

6 - Em comentário ao dispositivo supra, Jessé Torres Pereira Júnior, afirma que, "se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço (excluem-se da provisão, portanto, compra para entrega imediata, alienação e locação), o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, facultar-se à Administração incluir ou não a exigência), alternativamente, ou o capital mínimo, ou patrimônio líquido mínimo, OU A GARANTIA REFERIDA NO INCISO III."⁴

7 - Vale destacar, por oportuno, que a cláusula impugnada não exige da impetrante a prestação de garantia no valor de R\$97.000,00 (noventa e sete mil reais), como alega. Isso somente se daria, caso a demandante pretendesse participar do certame, ofertando proposta para todos os lotes colocados em concorrência. Mas, à luz do documento de fls. 09/10, datado de 10 de junho de 1996, verifica-se que seu capital social não lhe assegura a necessária idoneidade financeira para arcar com uma contratação de tão grande porte. Essa, portanto, foi a razão pela qual a Administração resolveu "lotear" os contratos, de modo a oferecer condições a que empresas de menor porte pudessem participar do certame, dentro de suas reais condições.

8 - Caso a impetrante pretenda concorrer a todos os sete lotes, conquanto seja patente a sua falta de idoneidade financeira, deverá, para tanto, prestar a garantia correspondente à soma dos valores estipulados para os lotes propostos, porque seus valores estão de conformidade com o disposto no art. 31, III, da Lei 8.666/93, ou seja, estão vinculados ao valor da contratação. Assim, uma vez previsto em lei, nada há que impeça a sua exigência, pois, como demonstrado, a observância da norma, não pode ser interpretada como restrição à participação da impetrante no certame.

9 - Demais disso, sem qualquer embargo, não se pode obscurecer que a prestação de garantia, mesmo que indiretamente, pode, eventualmente,

⁴ Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro, RENOVAR, 1994, p. 204/205

afastar da licitação os contumazes aventureiros, que, desprovidos de idoneidade econômico-financeira, quase sempre, se apresentam, em certames como este, com o único propósito de tumultuar o procedimento, e, quem sabe, obter algum proveito escuso.

10 - Lamentavelmente, ao que se nos parece, é o caso da impetrante, pois, não obstante o empenho na obtenção da medida liminar, inclusive com pedido de reconsideração atendido, a mesma deixou de participar do certame, conforme consta da Ata de Abertura da Licitação, não tendo sequer, mandado um representante seu para assisti-la.

11 - Casos tais, além de indicarem a possibilidade de um conluio entre os licitantes, processualmente, poder ser considerados como litigância de má-fé, porquanto a autora usou do processo para satisfação de interesses inconfessáveis, posto ser inadmissível que alguém compareça em juízo pelo simples prazer de litigar. Não, isso não é comum, mas, uma vez ocorrendo, não só o torna carecedor de ação, como litigante de má-fé.

12 - Diante o exposto, requer-se de V. Exa. que aplique à impetrante as penas do art. 16 do CPC, uma vez que esta desrespeitou os preceitos do art. 14, cuja atitude se subsume nas disposições do art. 17, ambos do Código de Processo Civil.

13 - Por fim, enfatizamos, a exigência da garantia, nos termos expostos às fls. 19v., em oposição aos argumentos da impetrante, demonstra a inegável disposição da Administração Pública em tornar o certame o mais democrático possível, abrindo oportunidade para que empresas de pequeno e médio portes, possam, licitamente, dele participar, na medida de suas capacidades técnica e econômica. Pois, com esse desiderato, dividiu a contratação em sete lotes, quando, por essa modalidade, poderia fazê-lo em apenas um.

14 - A divisão dos contratos, por órgão da Administração, como no caso, atende, perfeitamente, ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/93 e 37, XXI, da Constituição Federal, de modo que não procedem as imputações apresentadas pela impetrante.

15 - Destarte, estando o edital em perfeita harmonia com a legislação vigente, não há sentido para a manutenção da medida liminar concedida, impondo-se, assim, a sua imediata revogação, nos termos do art. 807 do CPC, a fim de que se dê realmente cumprimento ao princípio da igualdade, haja vista que outros concorrentes prestaram essa garantia, sem quaisquer restrições e, especialmente, pelo fato de que a impetrante, sem qual-

quer motivo razoável, desistiu de participar do evento, conforme dá-nos conta a ata referenciada.

2.1.2 - DA CAPACITAÇÃO TÉCNICA

De igual modo, a exigência contida na letra 'D', item 01 da Cláusula 004.02 - **ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA**, ao revés do exposto na inicial, não teve por fim restringir a participação de quem quer que seja. Objetiva, em oposição ao alegado, à satisfação do disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, no que concerne à proposta mais vantajosa para a Administração, senão vejamos:

1 - Na feliz lição de Marçal Justen Filho, "*a licitação busca, ainda, selecionar o contratante que apresente as melhores condições para atender os reclamos do interesse público, tendo em vista todas as circunstâncias previsíveis (preço, capacitação técnica, qualidade etc.)*."

*Envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permita aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração, competindo entre si, em condições de igualdade. O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade pagando o menor preço."*⁵

2 - Conquanto, a priori, possa parecer excessiva a exigência contida na cláusula 004.02, letra 'D', item 01, ela tem por fim assegurar, à Administração Pública, que a empresa vencedora tenha, de fato, condições de bem executar o futuro contrato.

3 - De acordo com o quadro demonstrativo de fls. 26v., relativo à Cláusula 012.01 do edital, observa-se, pela distribuição dos lotes, que a quantidade de postos, por lote, não é tão grande assim, a ponto de impossibilitar a participação de pequenas empresas.

4 - Não obstante isso, pelos atestados de capacidade técnica acostados às fls.15/17, fica patente que a impetrante não tem condições de participar do evento, com um todo, pois que tais atestados não lhe conferem certeza de compatibilidade entre sua experiência anterior com o que se pretende contratar.

5 - Essa exigência, como afirmamos alhures, tem por escopo selecionar a proposta que melhor atenda ao interesse público, posto que a contratada terá a responsabilidade de assegurar a incolumidade de servi-

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 28

dores e administrados, bem como a preservar o patrimônio público dos órgãos contratantes, conforme consta do Projeto Básico/Executivo de fls. 28, verso.

6 - Diante os valores que estão em jogo, todos de relevante interesse público, a Administração não pode se dar ao luxo de contratar com quem, de fato, não seja possuidor de plenas condições de bem executar o contrato.

IV - DO PEDIDO

De todo o exposto, uma vez prestadas estas informações, e porventura não conhecidas as preliminares argüidas, o que se admite, apenas, como argumentação, requer a V. Exa. que revogue a liminar concedida e, no mérito, julgue improcedente o pedido da autora, por absoluta carência de amparo legal, bem como lhe seja aplicada as disposições do art. 16 do CPC, tendo em vista a prática de litigância de má-fé, pela impetrante, quando, deliberadamente, deixou de participar do certame, mesmo que amparada por uma liminar.

P. Deferimento.

Fortaleza, 07 de julho de 1998.

Presidente da Comissão Permanente de Licitação da
Administração Direta do Município de Fortaleza.

Assistida por:

LUIS GENTIL CHAVES
Procurador do Município
Matrícula nº 03265.1-8
OAB-4095-CE⁶

⁶ Procurador do Município, Ex-Assessor Jurídico da Secretaria da Saúde de Fortaleza e da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social; com especialização em Direito Penal e Direito Público pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR