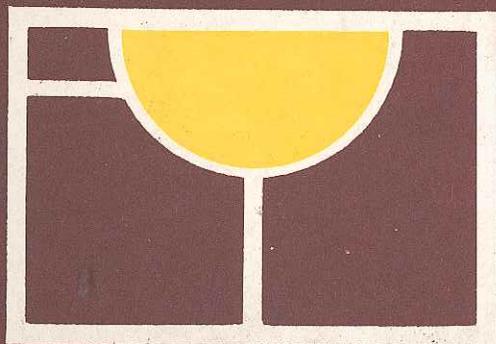


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

**REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO**

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 8	nº 22	p. 1 a 226	1978
-------------	---------------------	-------------	--------------	-------------------	-------------

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23 cm. quadrimestral.

Catálogo pela
Equipe de Pesquisa e
Documentação da CGE.

Os artigos de doutrina não representam
necessariamente, a posição da Consulto-
ria-Geral do Estado do Rio-Grande do Sul.

Sinval Guazzelli — Governador do Estado

José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Geral do Estado

Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mório Bernardo Sesto

Antônia Estêvã Allgoyer

Raso Morio Peixoto Bostas

Maria Izabel de Araújo Fonyat

Loura Corrêo Oliveira

Roque Antônio Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

JOSÉ AFONSO DA SILVA
MICHEL TEMER

GERALDO ATALIBA
SÉRGIO FERRAZ

ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER
AUREL DAVID

IRAN DE LIMA

Desapropriações urbanísticas . . .	11
Cabimento da liminar após dene- gação da segurança	27
Tributação e Estado de Direito . .	39
Responsabilidade civil pelo dano ecológico	49
Justiça e prestação jurisdicional . .	65
Termos fundamentais das ciên- cias sociais	79
Processo Civil e Cibernética	103

PARECERES

ORLANDO CARLOS GANDOLFO

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER
MÁRIO BERNARDO SESTA

ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER
ALMIRO DO COUTO E SILVA

JORGE ARTHUR MORSCH

JORGE ALBERTO DIEHL PIRÉS

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
MÁRIO NUNES SOARES
MARISA GRASSI
CELSO MARTINS COSTA
JOSÉ QUADROS PIRES

Construção na faixa "non aedi- ficandi"	121
Desapropriação indireta	139
Liquidação de sociedade anôni- ma de que o Estado seja acionista majoritário	143
Remuneração de vereadores	149
Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço	157
Função de assessoramento e regi- me especial de trabalho	161
Doação de terreno municipal pa- ra construção de igreja	171
Plebiscito	177
Tempo de serviço	191
Domínio das lagoas	197
Pensão por acidente do trabalho . .	201
Terrenos acrescidos	209
Empregado público e vantagens estatutárias	219

DOCTRINA

DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Professor Titular da cadeira de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP. Livre-docente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UMG. Procurador do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: I – Introdução ao Tema: 1º – desapropriações e atividade urbanística. II – Teoria Geral das Desapropriações Urbanísticas: 2º – conceito de desapropriação urbanística. 3º – requisitos e pressupostos das desapropriações urbanísticas. 4º – casos de desapropriação urbanística. 5º – indenização. III – Desapropriações Urbanísticas no Brasil: 6º – fundamentos normativos. 7º – fundamentos e casos de desapropriação urbanística no Brasil. IV – Conclusões: 8º – unidade ou diversidade legislativa. 9º – princípio da justa distribuição de benefícios e de ônus. 10º – proposição final.

I

INTRODUÇÃO AO TEMA

1º – DESAPROPRIAÇÕES E ATIVIDADE URBANÍSTICA

1. A doutrina dá a denominação de **desapropriação urbanística** ou **desapropriação para fins urbanísticos** ao instituto da desapropriação, quando utilizado como instrumento de execução da atividade urbanística do poder público. Engana-se, porém, quem pensar que a denominação denota apenas o emprego da desapropriação administrativa tradicional para o fim especial da ordenação urbanística dos espaços habitáveis. Pois, como nota Gonzáles Perez, foi nesse campo que o instituto sofreu uma das mais profundas e expressivas mutações, desbordando do seu conceito clássico, diferindo profundamente da que se regula nos textos gerais sobre a desapropriação (Cf. **La Expropiación Forzoza por Razón de Urbanismo**, p. 10).

2. É certo que, entre nós, a desapropriação urbanística ainda não se configurou com todas as peculiaridades que deve ter como instrumento

Aula proferida no curso de Especialização em Direito Público da Faculdade de Direito da PUC do Rio de Janeiro, em 18 de junho de 1978.

de intervenção urbanística. As observações do direito urbanístico comparado, contudo, já possibilitam a formação de uma teoria geral das desapropriações urbanísticas, porque o direito estrangeiro as tem como um conceito ligado à disciplina urbanística, tanto que lhes dá regime jurídico próprio, diverso do da desapropriação tradicional, em capítulos das leis urbanísticas.

3. Esses aspectos teóricos serão examinados em seguida. Depois consideraremos o sistema brasileiro, para concluir com uma apreciação geral sobre novos enfoques doutrinários relativamente ao instituto.

II

TEORIA GERAL DAS DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS

2º - CONCEITO DE DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA

4. O conceito de desapropriação em geral vem evoluindo em face das novas finalidades que o instituto tem adquirido. Mas, em essência, é concebido como um instrumento pelo qual o Poder Público determina a transferência da propriedade particular (ou pública de entidade inferior) para o seu patrimônio ou de seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salva a exceção constitucional de pagamento em títulos da dívida pública (Cf. Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 4ª ed., p. 547; Marcello Caetano, **Manual de Direito Administrativo**, Iª ed. brasileira, tomo II, p. 944; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, **Desapropriação**, p. 8; J. Cretella Júnior, **Comentários às leis de Desapropriação**, p. 15).

5. A desapropriação urbanística distancia-se desse conceito geral, para caracterizar-se como um instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbanístico. Nesse sentido, é que se afirma que a desapropriação urbanística consubstancia um instrumento de execução da atividade urbanística do poder público, que tem, no planejamento urbanístico, seu princípio nuclear. Ora, esse planejamento, ao estabelecer as bases da ordenação da realidade urbana,

importa em conformar e configurar a propriedade urbana e o direito de construir, atuando, no plano prático, o princípio constitucional da função social da propriedade. Pois bem, os proprietários de imóveis urbanos nem sempre estarão dispostos a aceitar os condicionamentos, estabelecidos nos planos, para a sua propriedade; por isso, é tarefa da atividade urbanística fazer com que essas propriedades sejam encaminhadas para a utilização nele prevista (cf. Joseff Wolff, "El Planteamiento Urbanístico del Territorio y las Normas que garantizan su Efectividad, conforme a la Ley Federal de Ordenación Urbanística", em **La Ley Federal Alemana de Ordenación Urbanística y los Municipios**, p. 15).

6. Assim, a desapropriação urbanística não consiste propriamente num instrumento de transferência de imóveis de um proprietário privado a outro público ou não, mas num instrumento destinado a obter determinada utilização positiva desses bens, na forma predeterminada pelas normas do plano urbanístico. Essa sua função, como nota Spantigati, é conseqüência lógica do atual sistema da disciplina jurídica dos bens, que não se constitui apenas por limitações, mas também por normas dirigidas à sua utilização vinculada, pois, não seria possível obrigar o proprietário a realizar, nos seus imóveis, um uso positivo, que não seja de sua eleição, como não se pode impor ao empresário o desenvolvimento de uma atividade oposta à sua vontade (Cf. **Manual de Derecho Urbanístico**, p. 376). Dá-se aí um conflito entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico para melhor habitar, trabalhar, recrear e circular, e os interesses dos proprietários, consistentes em que seja aproveitável toda a superfície de seus lotes, para neles edificar o volume máximo. Tal conflito de interesse urbanístico, composto pelas normas de direito urbanístico e prefigurado nos ditames do plano urbanístico, será solucionado mediante a desapropriação daquelas propriedades envolvidas.

7. Por outro lado, a desapropriação tradicional é de caráter casuístico e individualizado, no sentido de que atinge bens isolados para transferi-los, em cada caso, definitivamente para o poder expropriante ou seus delegados. A desapropriação urbanística, ao contrário, é compreensiva e generalizável, atingindo áreas e setores completos, retirando os imóveis, aí abrangidos, da propriedade privada, para afetá-los à propriedade pública, para depois devolvê-los ao setor privado, uma vez urbanizados ou reurbanizados, em cumprimento ao chamado **dever de reprivatização**;

mas não se trata de realizar simplesmente o ciclo **aquisição-urbanização-alienação**, pois se cuidará de ampliá-lo e de superá-lo, mediante novas edificações, ou novas instalações urbanísticas e, não raro, novos usos (Cf. a propósito, Alberto Martín Gamero, **Expropiaciones Urbanísticas**, p. 210-211; J. Gonzáles Perez, ob. cit., p. 12). Por aí se vê que a questão da futura alienação, que tem causado tanta celeuma entre nós, não se refere ao bem desapropriado em si, mas a situações novas, completamente transformadas, porque à desapropriação urbanística não interessa apenas realizar o ciclo: **expropria e aliena**, mas interessa basicamente a utilização do bem no interesse do planejamento urbanístico e da política do solo urbano; se os proprietários concordam em dar aos seus imóveis a destinação e a configuração urbanística preordenada no plano, não cabe a desapropriação; mas, se não concordam, torna-se legítima a expropriação, a fim de que os imóveis vão para quem se comprometa a empregá-los no fim previsto nos planos de ordenação e de edificação (Cf. Luiz M. Enriquez de Salamanca, **Naturaleza y Alcance de la Expropiación por razón de Urbanismo**, p. 121; cf. também Hely Lopes Meirelles, "Desapropriação para Urbanização", **Revista de Direito Administrativo**, 116/1-15; Seabra Fagundes, "Desapropriação para Urbanização e Reurbanização. Validade da Revenda", **Revista de Direito Administrativo**, 128/27-35; Celso Antônio Bandeira de Mello, "Desapropriação - Interesse Social - Plano de Urbanização", **Revista de Direito Administrativo**, 130/347-362).

3º - REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DAS DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS

8. O exame das leis urbanísticas estrangeiras, em que figura sempre um capítulo disciplinando a expropriação urbanística, mostra que essa desapropriação se fundamenta no **requisito da utilidade pública**, e não do interesse social (Cf. **Itália**, Lei urbanística nº 1150, de 17.8.42, arts. 18 e segs. modificada pelas Leis nº 865, de 22.10.1971, arts. 9 e segs., nº 10, de 28.1.77, art. 14; **Espanha**, Ley del Suelo de 12.5.56, arts. 121 e segs., modificada pela Lei 19/75; **França**, Lei nº 57-908, de 7.8.57, Ordenança nº 58.997, de 23.10.58, e Lei de 26.7.62; **Bélgica**, Lei de 29.3.62, com modificações posteriores, arts. 25 e segs.; **República Federal da Alemanha**, Lei Federal de Ordenação Urbanística, de 23.6.60, §§ 85 e segs.). Está correta esta

fundamentação, porque a desapropriação urbanística não visa à solução dos "chamados **problemas sociais**, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo, em geral, pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais" (Cf. J. Cretella Júnior, **Comentários às leis de Desapropriação**, p. 400; Seabra Fagundes, **Da Desapropriação no Direito Brasileiro**, 2ª ed., p. 23). A utilidade pública, que a fundamenta, acha-se precisamente na ordenação dos espaços habitáveis, na sistematização do solo ou mesmo nas operações de edificação julgadas desejáveis no interesse geral, conforme determinações do plano urbanístico de que a desapropriação serve de instrumento de execução. Se tivermos em mente que a atividade urbanística é uma função do poder público, compreenderemos, sem esforço maior, que a desapropriação urbanística cumpre uma tarefa de utilidade pública. Andou bem, pois, o legislador brasileiro, quando incluiu no conceito de utilidade pública os casos de desapropriação para fins urbanísticos (Decreto-Lei nº 3.365, de 21.6.1941, art. 5º, letras e, i, j, k).

9. As considerações acima mostram que a desapropriação urbanística tem como pressuposto a aprovação de um plano urbanístico geral, particularizado, especial ou setorial, ou projetos de urbanização, quer para transformar áreas urbanizadas e já edificadas, renovando-a ou dando-lhe nova destinação, quer preparando terrenos rústicos para convertê-los em solo urbano destinados à edificação para os diversos usos previstos nas leis de zoneamento. Mesmo quando, como se admite na legislação estrangeira, a desapropriação tenha por objeto imóveis isolados, considera-se de natureza urbanística, se, com isso, se estão cumprindo determinações de planos ou projetos urbanísticos.

10. Por isso é que, segundo a doutrina, não se podem reputar como expropriações urbanísticas aquelas que não trouxerem uma causa exclusiva, direta e imediata, em qualquer documento de execução urbanística, sendo inviável a expropriação quando não haja planos ou estes não estejam devidamente aprovados ou não são, ainda, executáveis; não é, pois, urbanística, com as conseqüências que desta derivam, a desapropriação alheia a propósitos urbanísticos e que não se relacione com obras ou

aspectos que exijam uma ordenação urbanística (Cf. Alberto Martín Gamero, ob. cit., pág. 216; L.M. Enriquez de Salamanca, ob. cit., p. 121). Por outro lado, como observa Enriquez de Salamanca, "ainda que exista o adequado planejamento devidamente aprovado, não deve considerar-se que uma expropriação seja urbanística quando se refira à aquisição de solo ou imóveis necessários para a execução de alguma obra ou implantação de algum serviço que não esteja expressamente previsto no plano, única causa legitimadora desse tipo de expropriação. Não deve olvidar-se que a utilidade pública como 'causa expropriandi' não se predica em abstrato da urbanização, mas em uma concreta e determinada urbanização refletida nos documentos apropriados, e, se nestes não se reflete a obra ou serviço, não cabe executá-lo mediante desapropriação urbanística, mas pelo sistema da Lei de Expropriação Forçosa" (ob. cit. p. 121), quer dizer, para o sistema brasileiro, por meio da desapropriação tradicional, porque estas são as chamadas **obras ordinárias**, em oposição às **obras urbanísticas**".

11. Por essas razões, a aprovação dos planos urbanísticos, especialmente quando executivos, no direito de alguns países, consubstancia já uma declaração de utilidade pública dos imóveis compreendidos na área de sua abrangência, para fins de desapropriação. No Brasil, o mesmo também poderia verificar-se, de modo expresso, pois os planos urbanísticos devem ser aprovados por lei e é permitida a declaração de utilidade pública para desapropriação, por via legislativa, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 8º.

4º – CASOS DE DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA

12. A desapropriação urbanística, no direito urbanístico comparado, é utilizada em vários casos, de que a **desapropriação para urbanização** constitui apenas uma manifestação. Podem-se generalizar as significações básicas da desapropriação urbanística, expostas por Enriquez de Salamanca em relação ao sistema espanhol (ob. cit., p. 64), a saber:

a) desapropriação como sistema de atuação para execução de planos urbanísticos;

b) desapropriação urbanística subsidiária, para aqueles casos em que os particulares não atuem de acordo com as previsões do plano ou quando assim o requeiram trabalhos de urbanização em terrenos destinados a futuros núcleos urbanos;

c) desapropriação-sanção prevista para punir o não cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos.

13. O primeiro caso de desapropriação urbanística é o que a legitima, fundamentalmente, porque consubstancia o seu próprio conceito como instrumento de execução de planos urbanísticos, que podem ser gerais, particularizados, parciais ou setoriais, requerendo-se tão-somente que sejam aprovados e dotados de eficácia executiva.

14. O segundo caso, que a doutrina chama de desapropriação urbanística de caráter subsidiário, tem por função fazer atuar atividade urbanizadora por alguém em substituição ao particular proprietário do imóvel que deixara de cumprir determinações positivas do plano ou projeto urbanístico, encontrando-se nessas hipóteses as determinações de reparcelamento ou remembramento de áreas urbanizadas, edificadas ou não, as de urbanização ou edificação compulsória, as de urbanização prioritária, as de renovação urbana, as de reserva de solo em previsão da expansão das aglomerações urbanas, para a ordenação dos espaços naturais em torno dos núcleos populacionais e para a criação de novas cidades ou de novos bairros ou de estâncias turísticas (cf. Enriquez de Salamanca, ob. cit., p: 40-41; Louis Jacquignon, **Droit de l'Urbanisme**, p. 147 e segs.) Podem-se incluir aqui também as desapropriações de imóveis de interesse histórico, paisagístico e artístico.

15. A chamada **desapropriação-sanção** é uma modalidade de desapropriação urbanística, prevista em algumas legislações (Itália e Espanha), "para o restabelecimento da legalidade urbanística, quando esta tiver sido vulnerada, ou para evitar o descumprimento das normas que contêm obrigações dos proprietários" (Cf. José Mário Corella Monedero, **La Infracción Urbanística**, p. 219). Está, porém, muito ligada a alguns dos pressupostos da desapropriação urbanística subsidiária. Seu nome de desapropriação-sanção deriva do fato de que a privação forçada da proprieda-

de, em função de descumprimento de deveres e ônus urbanísticos, comporta a redução da justa indenização, como se admitia, por exemplo, na lei urbanística espanhola, que foi alterada neste particular, de sorte que hoje se reconhece que, mais que caráter punitivo, a desapropriação-sanção tem caráter operativo (Cf. Corella Monedero, ob. cit., p. 221).

5º - INDENIZAÇÃO

16. O problema da indenização decorrente das desapropriações urbanísticas, no direito comparado, oferece alguma particularidade, porque as leis urbanísticas estabelecem critérios especiais para a fixação do justo preço. Não cabe aqui entrar em pormenores sobre o assunto. Mas a preocupação fundamental da legislação estrangeira a esse propósito é a de reputar como preço justo o valor do imóvel expurgado de plusvalia e de toda forma de especulação. Assim, a Lei italiana n.º 865/71, arts. 9º e 16, prevê, em síntese, que a indenização se baseie no valor agrícola da área e, atento ao escopo que o legislador propôs conseguir, anula, em substância, toda mais-valia e elimina toda forma de especulação edilícia pela área sujeita à desapropriação (Cf. Giuseppe Spadaccini, **Rubanística, Edilícia, Espropriações**, p. 312); Italo di Lorenzo, **Diritto Urbanistico**, p. 312).

17. A lei espanhola também procura fixar novos procedimentos e técnicas de valoração nas desapropriações urbanísticas, buscando adequar o direito à realidade, abandonando critérios clássicos para substituí-los por novos, que combinam, em relação ao imóvel expropriado: o **valor inicial**, o **valor expectante** (valor extraído da expectativa de valorização futura), o **valor urbanístico** (valor estimado numa proporção do custo visível da edificação permitida em cada terreno, segundo a natureza da zona e o grau de urbanização) e o **valor comercial** (valor de mercado ou de especulação do imóvel). Da ponderação desses valores se pretende chegar à justa indenização do bem desapropriado para fins urbanísticos (Cf. Alberto Martín Gamero, ob. cit., p. 285 e segs., Enriquez de Salamanca, ob. cit., p. 127 e segs.).

18. A complexidade desses critérios tem por fundamento atender a três princípios básicos das leis urbanísticas, conforme denota Enriquez de Salamanca (ob. cit., p. 127), a saber:

- a) que a qualificação urbanística do solo condiciona seu aproveitamento e, portanto, seu valor econômico;
- b) que as mais-valias procedem somente da obra urbanizadora;
- c) que a atribuição destas mais-valias unicamente será cabível quando o proprietário haja custeado, como deve, a urbanização.

III

DESAPROPRIAÇÕES URBANÍSTICAS NO BRASIL

6º - FUNDAMENTOS NORMATIVOS

19. O regime jurídico das desapropriações urbanísticas no Brasil se encontra em estágio semelhante ao direito urbanístico em geral. A propósito, cabe lembrar aqui uma passagem de Spantigati, quando afirma que "as matérias juridicamente estudadas podem ser identificadas sob dois aspectos: ou com um **critério material**, segundo o objeto regulado, ou, então, com um **critério substancial**, obedecendo à unidade de princípios que constitui uma instituição. Na história da ciência jurídica sucede freqüentemente que as normas, quando certo problema chama atenção dos juristas, de início só têm entre si uma conexão de caráter material; em outras palavras, são normas de instituições diversas que se ocupam de uma mesma matéria; posteriormente, a evolução progressiva as converte numa unidade substancial e passam a formar uma instituição" (Manual de Derecho Urbanístico, p. 29).

20. No Brasil, as normas urbanísticas ainda se acham naquele primeiro estágio. Têm, entre si, pura conexão de caráter material, ou seja, só se relacionam em função de seu objeto específico, que é o da ordenação dos espaços habitáveis ou sistematização do território para o exercício das funções urbanísticas elementares: habitar, trabalhar, recrear e circular. Faz falta uma lei urbanística geral que consubstancie os fundamentos da matéria. Por isso, especula-se também muito pouco sobre o direito urbanístico entre nós.

21. Por isso também não se tem, como nos países em que existe uma legislação urbanística sistematizada, uma disciplina própria das

desapropriações urbanísticas. Contudo, elas se encontram previstas em seus aspectos essenciais na lei de desapropriação, como veremos mais adiante.

22. Cumpre, no entanto, recordar famoso exemplo histórico de desapropriações urbanísticas, fundado em legislação mais adiantada do que a vigente atualmente. Queremos mencionar as desapropriações destinadas à execução do plano de renovação do Rio de Janeiro no início deste século. Foi-se, então, buscar na Lei nº 816, de 10.7.1855, e no seu regulamento baixado pelo Decreto nº 1.664, de 27.10.1855, (destinados a regular as desapropriações para construção de estradas de ferro) o princípio da vinculação de planos e plantas de obras. O Decreto nº 4.956, de 9.9.1903, autorizado pela Lei nº 1.021, de 26.8.1903, consolidou as disposições vigentes sobre desapropriações, acolheu aquele princípio em seu art. 8º, segundo o qual, aprovados os planos e plantas das obras de reurbanização por decreto do Presidente da República, ou pelo Prefeito do Distrito Federal, entender-se-iam desapropriados em favor da União, ou do Distrito Federal, ou dos respectivos concessionários, todos os prédios e terrenos neles compreendidos, que necessários fossem para as suas execuções. Outra norma de elevado alcance era a do art. 13, segundo a qual, se a desapropriação tivesse por fim a abertura de novas ruas, aos proprietários, que aceitassem a indenização por acordo, seria facultada a aquisição dos terrenos disponíveis nas novas vias de comunicação pelo preço mínimo que fixar o Governo, independentemente de concorrência. Trata-se de uma norma que indica que a alienação de bens expropriados para fins urbanísticos, após transformados e urbanizados, adquirem legitimamente a característica de negociabilidade e alienabilidade.

23. Essa característica, que foi assim reconhecida no princípio do século, causa hoje controvérsia e dúvidas injustificáveis, fundadas num apego normal e individualista ao direito de propriedade, como se a sua garantia constitucional envolvesse a vedação de alienação, quando desapropriada por utilidade pública, o que não ocorre, consoante bem demonstrara Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

“Nessas desapropriações compreende-se a faculdade de **venda** das áreas e edificações **excedentes** e sem utilidade para a administração, após a realização dos melhoramentos urbanísticos na área expropriada. A **venda**

dos **excedentes** a particulares, em tal hipótese, não descaracteriza a **utilidade pública** que motivou a desapropriação, porque essa **utilidade pública** se consubstancia exatamente na **urbanização ou reurbanização programada e realizada**. Essa venda, ainda que acrescida das despesas de urbanização ou reurbanização, ou mesmo de um percentual de valorização do imóvel, não se erige em exploração imobiliária, nem desvirtua a desapropriação, visto que a **utilidade pública** ensejadora do ato expropriatório persiste nos melhoramentos públicos realizados e destinados à comunidade. “(Cf. “Desapropriação”, **RDA**, 116/8).

No mesmo sentido pronunciaram-se Seabra Fagundes (“Desapropriação para Urbanização e Reurbanização. Validade da Revenda **RDA**, 128/29) e Celso Antônio Bandeira de Mello (“Desapropriação – Interesse Social – Plano de Urbanização”, **RDA**, 130/347).

24. A manifestação de Hely Lopes Meirelles consubstanciou-se, numa primeira versão, em parecer que ofereceu à EMURB – Empresa Municipal de Urbanização de São Paulo, a fim de fundamentar a legitimidade de planos de execução de reurbanização dos bairros de Santana e Jabaquara na Capital paulista. Seus pontos de vista foram acompanhados pelos ilustres Procuradores da Justiça Eurico de Andrade Azevedo e Joachim Wolfgang Stein, mediante pareceres emitidos nos mandados de Segurança nºs 220.706, 220.707 e 222.643, impetrados por proprietários de imóveis situados nas áreas delimitadas pelos planos, sustentando a inconstitucionalidade da lei que os aprovou. O Tribunal de Justiça de São Paulo, denegando os três mandados de segurança, reputou legítimas as desapropriações planejadas. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o primeiro deles, também teve por constitucional esse tipo de desapropriação, por decisão do Plenário pela maioria apertada de um voto de desempate.

25. E não poderia deixar de ser assim, porque a desapropriação urbanística, como foi visto antes, constitui um instrumento de execução de planos urbanísticos. Ora, como bem observa Gonzales Perez, “na execução de um plano urbanístico não se supõe a aquisição definitivamente de um determinado tipo de bens pela Administração. Supõe-se a execução de uma obra de urbanização. E o resultado será a existência de umas ruas, umas

praças, umas zonas verdes e de uns lotes de terrenos edificáveis; lotes que de modo algum hão de permanecer na propriedade da entidade pública, pois nenhuma razão de necessidade ou de utilidade pública ou de interesse social o exige, pelo que, em definitivo, esses lotes, consumada a execução do plano, reverterão ao tráfico jurídico-privado e serão adquiridos por aqueles que hajam de utilizá-los segundo previsto do plano de ordenação" (ob. cit., p. 19). Fala-se mesmo, a esse propósito, no **dever de reprivatização** do bem expropriado, sobre o qual diremos algumas palavras no final dessas considerações.

7º - FUNDAMENTOS E CASOS DE DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA NO BRASIL

26. Como bem demonstram a doutrina e a jurisprudência mais firmes, as desapropriações para fins urbanísticos, em geral, fundamentam-se no critério da utilidade pública consubstanciado no art. 5º, letras e, i, j, e k, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que, desse modo, consideram os casos de desapropriação:

a) a criação ou melhoramento de centro de população;

b) a execução de planos de urbanização, o loteamento de terrenos edificadas ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica e estética, compreendendo aqui os planos urbanísticos em geral, bem como os planos urbanísticos especiais destinados à implantação de distritos industriais, à renovação urbana de bairros envelhecidos ou reurbanização, à implantação de núcleos urbanos novos, à execução de plano de remembramento ou parcelamento do solo edificado ou não;

c) o funcionamento dos meios de transportes coletivos;

d) a preservação ou conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados, em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza.

27. Outros dois casos de desapropriação urbanística consistem na execução de plano de urbanização de área destinada à construção de casas populares e de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. São duas hipóte-

ses de áreas de interesse urbanístico especiais, cujo planejamento pode exigir a aplicação da desapropriação, que, neste caso, se caracteriza também como urbanístico.

28. A lei, no entanto, fugindo ao princípio de que desapropriações urbanísticas se fundam no requisito de utilidade pública, configurou esses dois casos como de interesse social, consoante estabelece a Lei nº 4.132, de 10.9.1962, art. 2º, incisos V e VIII, este último introduzido pelo art. 31 da Lei nº 6.513, de 20.12.1977, que dispõe sobre a criação de áreas especiais e de locais de interesse turístico.

29. Parece-nos que o sistema brasileiro não pode impor aos proprietários a urbanização ou a edificação compulsória de seus terrenos, porque não há norma sobre isso, por isso fica também impossível aplicar-lhes uma desapropriação-sanção na forma admitida em algumas legislações, com redução do valor da indenização justa. Mas achamos possível a desapropriação destinada à formação de reserva de terrenos para fins de execução de planos urbanísticos de expansão urbana, caracterizando-se aí a utilidade pública.

30. No mais, os princípios gerais expostos na parte geral dessa exposição aplicam-se, em essência, às desapropriações urbanísticas no Brasil, quando expressa ou implicitamente não contrariem às normas da lei geral das desapropriações ou à lei das desapropriações por interesse social nos casos em que esta seja aplicável. Assim, por exemplo, os critérios para a indenização hão que ser os estabelecidos nessas leis e na Constituição Federal.

IV CONCLUSÕES

8º - UNIDADE OU DIVERSIDADE LEGISLATIVA

31. À vista das peculiaridades das desapropriações urbanísticas, verificamos que vários países as disciplinam nas suas leis urbanísticas, dando-lhes um regime jurídico compatível com suas particularidades e com sua função e finalidades, o que não se conseguiria se elas se submetessem ao regime das desapropriações administrativas tradicionais.

32. Repele-se, pois, a unidade legislativa dessas desapropriações, ainda que sujeitas ao mesmo requisito da utilidade pública. Tem, pois, razão González Perez, quando, a esse propósito, preleciona nos termos seguintes:

“A aspiração de unidade legislativa fracassa redondamente. Nos aspectos puramente procedimentais e nos mais substanciais dos critérios de valoração, quando se trata de urbanismo, pouco ou nada há que acudir-se àquela lei geral. Há de acudir-se a uma séria de disposições que integram o ordenamento jurídico sobre solo e ordenação urbana” (ob. cit.p.12).

9º – PRINCÍPIO DA JUSTA DISTRIBUIÇÃO DE BENEFÍCIOS E DE ÔNUS

33. O direito urbanístico é informado, dentre outros, pelo princípio da distribuição equitativa de benefícios e ônus da atividade urbanística. Esse princípio orienta também as desapropriações urbanísticas, que somente deverão ser aplicadas quando não houver outro meio menos gravoso, para obter o resultado pretendido, ou quando os proprietários de imóveis, sujeitos aos planos urbanísticos, não se dispuserem por si a adotar as medidas compatíveis com a execução dos planos, cooperando com o poder público.

34. A doutrina começa a preocupar-se com alguns problemas de distribuição desigual dos benefícios e ônus urbanísticos relativamente ao expropriado e outras pessoas. Esses problemas surgem no que tange à indenização como no referente à alienação dos bens expropriados após sua urbanização na forma prevista no plano urbanístico.

35. Quanto à indenização, há que providenciar-se para que o expropriado receba o justo preço e nada mais que o justo preço. O valor que recebe deve ser bastante para adquirir no mercado coisa equivalente. Mas não deve receber mais que isso. A desapropriação urbanística não deve ser um jogo, uma loteria, adverte González Perez, pois não pode seriamente admitir-se que o sacrifício recaia somente sobre uns quantos daqueles a que toca o azar de ter seu imóvel dentro da área a ser transformada pela execução do plano (Cf.ob.cit., p.36).

36. Por outro lado, há que se tomar providências para que os terceiros que vierem a adquirir os imóveis resultantes da execução do plano não tenham um benefício adicional à custa dos expropriados, nem que aqueles que tenham seus imóveis junto da área beneficiada com os melhoramentos urbanísticos obtenham uma vantagem decorrente desses melhoramentos sem compensar a mais-valia que daí lhes provém.

37. Quanto à alienação dos bens resultantes da expropriação, após a urbanização prevista, um meio de satisfazer o princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus dela decorrentes consiste em possibilitar aos expropriados prioridade para a aquisição de terrenos, edificados ou não, remanescentes da urbanização, por preço inferior ao da alienação a terceiros. Esse tratamento apóia-se na consideração de que a posição dos expropriados é qualificativamente distinta das pessoas que não tiveram propriedades anteriores na área e, por essa razão, para sua aquisição, se lhes exime do regime de licitações, desde que se comprometam a edificar os terrenos na forma preordenada no plano e a dar aos imóveis o uso estabelecido (Cf. Martín Gamero, ob. cit., p. 254-255).

38. Outra questão que começa a merecer reelaboração é a tese de que a Administração, que expropria para fins urbanísticos, tem o **dever de reprivatizar** os bens remanescentes da execução do plano, sob o fundamento de que a integração deles em seu patrimônio não encontra suporte nem na utilidade ou necessidade pública, nem no interesse social. A doutrina vem ponderando, contudo, que as desigualdades, que o fato provoca, justificam a adoção de outra política, qual seja a de conceder apenas o uso dos imóveis aos particulares, mediante remuneração ou não, mantendo-os, como reserva de terrenos, no domínio público, para futuras urbanizações, sem necessidade de novas expropriações.

10 – PROPOSIÇÃO FINAL

39. Para terminar, cabe apenas notar que o Brasil está precisando de uma lei geral de urbanismo, que não elimine a autonomia e a competência municipal nesse campo, mas que estabeleça as normas urbanísticas fundamentais sistematizadoras da matéria em todos os níveis. Nela dever-se-á disciplinar o regime jurídico das desapropriações urbanísticas, de maneira racional e sistematizada, a fim de ajustá-las à realidade

urbana dos nossos dias, como um instrumento extremamente eficaz para realizar a ordenação dos espaços habitáveis no sentido da promoção da qualidade de vida das populações.

40. Ainda que a atual lei de desapropriações seja um diploma de inegável valor, e, talvez, para as desapropriações tradicionais, pouco precisa ser alterada, certo é que as desapropriações urbanísticas estão requerendo disciplinamento mais compatível com suas funções, seus objetivos e suas finalidades.

CABIMENTO DA LIMINAR APÓS DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

MICHEL TEMER

Professor de Direito Constitucional na Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ilegalidade e abuso de poder 3. O mandado de segurança no direito brasileiro. 4. Direito líquido e certo – conceito. 5. A medida liminar. Seu cabimento após a denegação da segurança.

1. – Introdução

É impossível iniciar o trato de tema sem fazer colocações de natureza histórica altamente elucidativas para a compreensão desse instrumento constitucional assegurado dos direitos individuais.

Sabe-se, sem novidade alguma, que a história registra uma espécie de sociedade denominada Estado de Direito que surgiu em oposição ao que antes se conheceu como Estado Absoluto.

O titular do poder, no Estado Absoluto, ou seja, o soberano, enfeixava em suas mãos as três funções estatais: a atividade legislativa, produtora das normas gerais; a executiva, aplicadora do disposto da norma geral e a judicial, consistente na solução de controvérsias pela aplicação da norma geral. Estas três funções eram exercidas pelo soberano.

O soberano era irresponsável pelos seus atos em relação aos súditos; por isto mesmo, os atos por ele praticados não eram impugnáveis por aqueles aos quais se dirigiam. Tanto era assim que, em dado estágio histórico, a soberania, hoje reconhecidamente nota característica do Estado, residia na figura do soberano. Não tinham os indivíduos meio eficaz, instrumento capaz de conter eventuais abusos do soberano.

Quando a doutrina política constrói uma concepção destinada a repartir estas funções, a legislativa, a executiva e a judiciária entregando a

órgãos distintos e independentes uns dos outros, de molde a que um órgão pudesse conter a atividade de outro; surge a necessidade de dotar cada qual dos cidadãos de instrumentos capazes de paralisar a atividade do Estado quando vulnerasse direitos próprios da pessoa humana. Procurando-se a tripartição do poder público, buscando-se a entrega destas funções a órgãos independentes uns dos outros, subjacente a essa idéia estava a de proteção dos direitos do indivíduo. É certo, entretanto, que em muitos sistemas o monarca continuou a exercer uma dessas funções. A ele remanesceu, no mais das vezes, aquela de natureza executiva, a atividade de natureza administrativa. A intenção foi impedir que o monarca, com o seu agir, vulnerasse direitos individuais. Prevaleceria a "vontade geral", expressa na lei. Transplanta-se, nesse momento, da pessoa física, o soberano, para a pessoa jurídica, o Estado, a característica estatal "soberania". Os indivíduos passaram, então, a postular um instrumento contra a atividade do monarca, que exercia, muitas vezes, a administração, como também postularam e obtiveram remédio capaz de assegurar os seus direitos contra o próprio Estado, ou seja, contra todas as autoridades exercentes das demais funções, contra todos os "governantes", seja o que tinha sede no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário.

Todos os atos do Estado que importassem violação de direitos individuais, catalogados em vários movimentos revolucionários vitoriosos, haveriam de ter o correspondente instrumento assegurador. Nasce, em razão da divisão dessas funções e entrega delas a órgãos distintos, o ato de natureza administrativa, ato que passava a ser impulsionado, que passava a ser produzido nos termos da lei. Quando se passa ao Estado de Direito, é a lei, e não mais a vontade do soberano, é a vontade geral – no dizer de Rousseau – que impulsiona, que movimenta o administrador.

Este ato, assim surgido, passa a encontrar parâmetros na própria lei. A atividade administrativa nela encontrava a sua nascente e o seu escoar. Só nos seus limites é que o administrador poderia movimentar-se. O legislador, ao editá-la, vincula direta e imediatamente a atividade do administrador fazendo com que o ato a ser por ele expedido já esteja pré-definido na lei, ou, então, fixam-se opções de tal sorte que o administrador, entre vários caminhos, pode escolher um deles.

Na primeira hipótese, em face dessa vinculação rígida, da existência de uma linguagem direta do legislador para o administrador, temos o **ato vinculado**. No caso em que há uma flexibilidade maior na atividade do administrador – por vontade da lei e não por vontade do administrador – temos o chamado ato discricionário. Ambos, entretanto, estão ligados à lei. Varia a forma de ligação. O ato discricionário, assim, haverá de ser conforme a lei. Diferentemente do vinculado – em que o administrador não tem escolha – aqui faculta-se-lhe opção, escolha de modos de agir. Sempre, porém, por autorização legal.

2. – Ilegalidade e Abuso de Poder

A Constituição Federal, no art. 153, § 21, assim como a lei regulamentar de n.1.533/51, falam em **ilegalidade** e **abuso de poder**. O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com **abuso de poder**. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança porque a Constituição Federal e a lei ordinária ao aludirem a **ilegalidade** estão se reportando ao **ato vinculado** e ao se referirem a **abuso de poder** estão se reportando ao ato discricionário.

Não se trata do exame do mérito do ato discricionário. Este é da competência exclusiva do administrador. Trata-se de verificar se ocorreram os **pressupostos** autorizadores da edição do ato discricionário. É lícito ao Judiciário penetrar nessa questão. Assim não fosse, nem a Constituição, nem a lei ordinária, fariam em **ilegalidade** e **abuso de poder**.

O abuso de poder se verifica, exata e precisamente, na edição do ato discricionário e não na expedição do ato vinculado. No ato vinculado a ilegalidade é direta e imediata. Na edição do ato discricionário a ilegalidade é indireta e mediata. Conclui-se que o mandado de segurança pode dirigir-se tanto contra o ato vinculado quanto contra o ato discricionário, este em face do abuso de poder.

3. – O Mandado de Segurança no Direito Brasileiro

O mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e não há similar no direito estrangeiro. Bem é de ver,

entretanto, que a preocupação dos povos, especialmente a partir das Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789, foi a de conter os poderes do Estado. Na Constituição Imperial de 1824, verificamos a influência das teorias que ensejaram a tripartição do poder público, mas também, a influência absolutista, pois aquela Constituição incluiu um quarto poder, o Moderador.

Segundo o art. 82 da Constituição do Império, este era a “chave do Império” e, capaz – acrescentava o dispositivo – de velar pela independência e harmonia dos demais poderes.

É evidente que na medida em que o Imperador velava pela harmonia dos demais poderes, desarmonizava, retirava a sua recíproca independência. E por isto mesmo, embora a Constituição de 1824 abrigue capítulo relativo aos direitos individuais, especificador deles por influência da declaração dos direitos do homem, da Revolução Francesa, o certo é que não há instrumentos eficazes na própria Constituição capazes de conter a atividade do Estado em face, como mencionado, desse sentido absolutista que à Constituição imprimia o Poder Moderador.

Sentiu-se, por isso, necessidade de criar mecanismos, em nível infraconstitucional, capazes de garantir os direitos individuais. A Constituição não previa o habeas-corpus e nem mesmo o mandado de segurança. Leis ordinárias é que introduzem o primeiro deles em nosso sistema, o qual alcança nível constitucional em 1891 (1). O seu conteúdo, porém, não é aquele próprio de sua origem, que se destinava, simplesmente, a permitir o direito de locomoção. A Constituição de 1891 não o circunscreve apenas ao pressuposto de ir e vir ou de ficar. Alude a ilegalidade ou abuso de poder. Qualquer direito violado em função de ilegalidade ou abuso de poder seria por ele amparado.

E, sendo assim, o habeas-corpus, em 1891, fazia as suas vezes e as do mandado de segurança tal como posto pelo constituinte de 1934, protegendo todo direito que restasse vulnerado. Ocorreu, entretanto, que a

(1) – A compreensão de seu nome já dá os contornos básicos do instituto. “Habeas-corpus” significa “tome o corpo”, isto é, submeta-se o paciente à vista do juiz para que verifique a coação e o liberte, se for o caso (VICENTE GRECO FILHO), “Os direitos individuais e o processo judicial”, ed. Atlas, pág. 40).

reforma constitucional de 1926 fez com que o habeas-corpus voltasse às suas fronteiras clássicas quando uma emenda substitutiva modifica o preceito constitucional para restringir o seu alcance ao direito de locomoção, razão pela qual os demais direitos, a partir de 1926, restaram sem defesa. Qualquer outra violação de direito, restava indefesa por medida pronta, eficaz. Daí as discussões, principalmente no STF, sobre a necessidade de se proteger os demais direitos, admitindo-se, então, a ação possessória para a proteção de direitos.

Cuida-se da posse dos direitos pessoais e a jurisprudência constrói uma espécie protetiva que ia buscar amparo nas ações possessórias. Asseguravam-se, por meio de ações possessórias, os direitos pessoais e essa construção jurisprudencial, que medeou de 1926 a 1934, repercute na constituinte desse ano que traz o mandado de segurança como instrumento assegurador dos demais direitos não amparáveis pelo habeas-corpus.

O preceito constitucional é regulamentado pela Lei nº 191. Em 1937 sobrevém nova Constituição que elimina o mandado de segurança.

Mais uma vez foi decisivo o papel dos Tribunais. A jurisprudência insiste em amparar os demais direitos individuais não garantidos pelo habeas-corpus sustentando que, apesar da não inserção daquela medida na Constituição de 1937, continuava em vigor a lei ordinária de número 191, que garantia a sua existência. Assim, os Tribunais acolhiam o mandado de segurança contra atos ilegais violadores de direito individual.

Na Constituição de 1946 o mandado de segurança é previsto expressamente sempre para garantir direito líquido e certo e, nesses termos, subsistiu à Constituição de 1967 e está encartado no art. 153, § 21, da Constituição de 1969.

Breve histórico, portanto, da introdução do mandado de segurança no nosso sistema, salientando, como idéia norteadora do nosso pensamento, que a preocupação do Estado sempre foi a de conferir ao cidadão instrumentos capazes de impedir qualquer ilegalidade ou abuso de poder do Estado.

4. – Direito líquido e certo – conceito.

Surge, em face do dispositivo constitucional, a necessidade de se delimitar o que se entende por direito líquido e certo.

ARRUDA ALVIM (2) salienta que “a primeira palavra lúcida a respeito foi dita pelo Min. Costa Manso, para quem a essência do conceito, o aspecto mais importante, diz respeito ao fato. Sua frase era esta: “O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável”. Sucessivamente, a partir dessa idéia, o Desembargador Luiz Andrade bem observou, já agora não com relação ao fato, mas ao direito, que a controvérsia não exclui juridicamente a certeza; vale dizer, sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, isso não exclui, mas justifica o cabimento do mandado de segurança. Numa palavra: a controvérsia e a certeza jurídica, esta a ser conseguida a final, na sentença, não são idéias antinômicas, não são idéias que inelutavelmente brigam entre si. Portanto, o direito é certo desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei ao caso concreto controvertido”.

Cuida-se, apenas, de um problema de interpretação. É evidente que em dado momento as partes controverterão sobre os fatos postos à apreciação judicial. O impetrante sustentará que àqueles fatos, cabalmente demonstrados, resulta a aplicação de um dado direito, cuja interpretação fornece. A autoridade informante, por seu turno, dirá que, nessa hipótese, não se aplica tal direito e, portanto, não é ele líquido e certo.

Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante hão de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações (3). O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito dada por meio da decisão judicial.

(2) – Notas taquigráficas de aula proferida em curso promovido pela Justiça Federal.

(3) – Este tem sido o entendimento da maioria dos nossos Tribunais como podemos constatar, entre outros pelos seguintes acórdãos:

5. – A Medida Liminar – Seu Cabimento Após a Denegação da Segurança

Tratando-se de mandado de segurança, garantia constitucional insculpida no capítulo dos direitos e garantias individuais, não se pode interpretar o sistema normativo sem assegurar aquilo que o constituinte pretendeu e que o legislador ordinário especificou (lei 1.533, art. 7º, II): paralisar a prática do ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. Não tem suporte jurídico a interpretação que restrinja essa paralisação do ato apenas à instância em que a ordem foi postulada. Essa exegese leva, como no caso presente, à ineficácia da medida se as instâncias superiores vierem a concedê-la. Bem por isso HELY LOPES MEIRELLES, antes da lei 6.014, de 27.02.73, que concede apelação das sentenças proferidas em mandado de segurança, alvitrava a possibilidade de o Juiz manter a liminar, mesmo negando a segurança (4). Agora, nas últimas edições de sua obra “Mandado de Segurança e Ação Popular”, em face da aludida modificação no tocante ao recurso, ensina que o Presidente do Tribunal que dele pode conhecer e o Relator, subsequentemente, decidirão, se denegada a segurança, o pedido de liminar, “in verbis”:

“Agora, com a substituição do agravo de petição pela apelação em mandado de segurança, o juiz inferior já não pode modificar a sentença e alterar a situação do julgado após a decisão de mérito o que gera dificuldades para a preservação do direito a ser protegido pelo “mandamus”. Diante dessa nova situação processual entendemos que cabe ao Presidente do

“A impetração do Mandado de Segurança deve fundamentar-se em direito líquido e certo, provado documental-mente ou reconhecido pelo coator nunca em simples conjecturas ou em alegações, que dependam de outras provas, incompatíveis com o processo expedito da lei nº 1533/51” (Recurso Extraordinário nº 75.234 – RTJ – novembro – 1974 – pág. 437).

“Descabe o Mandado de Segurança quando o direito que se pretende proteger não é líquido e certo, por depender de prova a ser colhida e apreciada no Juízo impetrado...” (M.S. n. 403 – 1976 – 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro).

(4) – HELY LOPES MEIRELLES, antes da vigência do C.P.C. de 1974, sustentava que o Juiz, ao denegar a segurança poderia adotar as seguintes medidas:

- a) – denegava a segurança e cassava a liminar;
- b) – denegava a segurança e mantinha expressamente a liminar;
- c) – denegava a segurança e silenciava quanto à liminar, o que importava a sua manutenção. (“Mandado de Segurança e Ação Popular”, Rev. dos Tribunais, 4a. ed., pág. 43).

Tribunal, e subseqüentemente ao Relator da apelação, prover sobre a liminar que se fizer necessária ou inconveniente, após a prolação da sentença e oferecimento da apelação. Se o legislador do processo foi omissivo ou imprevidente, nem por isso a garantia constitucional da segurança e a medida cautelar da liminar hão de ficar prejudicadas, em detrimento do direito individual, pela inépcia do redator das normas procedimentais aplicáveis ao mandado" ("Mandado de Segurança e Ação Popular", 4a. ed., fl. 45).

Prevê o ilustre administrativista a possibilidade de se pleitear à Egrégia Presidência do Tribunal ou ao Relator, conforme tenha, ou não, subido a apelação.

É bom registrar que, mesmo antes da modificação recursal introduzida pelo Código de Processo Civil – quando se previa o agravo de petição como recurso competente das decisões proferidas em mandado de segurança – a concessão da liminar pelo Tribunal "ad-quem", tal como exposto, já era possível. Bastaria a concorrência dos dois pressupostos: relevância dos fundamentos do pedido e inocuidade da medida se, a final, concedida. Este era e continua a ser o caminho adequado. Não podia o Juízo de primeiro grau, no regime processual anterior, **denegar a segurança** e, ao mesmo tempo, **manter a liminar** (5). É que a sua denegação importava a falta de um dos fundamentos legais autorizadores de sua concessão: a relevância dos fundamentos ao pedido. Se o Juiz denegava a segurança estava a revelar a irrelevância dos fundamentos que alicerçaram o pedido. Não possuía o Juiz, destarte, base legal para manter a medida que inicialmente concedera (6). A doutrina que sustentou esse ponto de vista baseava-se na tese de que por ser o recurso cabível aquele denominado agravo de petição, o Juiz tinha, ainda, jurisdição sobre o processo mesmo

(5) – Este entendimento é consagrado, inclusive, em Súmula do S.T.F. Súmula 405: "DENÊGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRÁVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA".

(6) – "Concede-se a liminar no Mandado de Segurança quando seus fundamentos são razoáveis, isto em quando o pedido é viável à primeira vista e se o direito do impetrante, em razão de sua transitoriedade, corre o risco de perecer caso não seja acautelado.

A liminar é de direito estrito, só se justificando sua concessão nos casos em direito admitidos". (M.S. nº 242.143 – 1975 – Tribunal de Justiça de São Paulo).

depois de prolatada a sentença. Mas, no caso, a sua possibilidade de manifestação se cingia à manutenção, ou não, da própria decisão. Inadmissível era a concomitância de juízos contraditórios: um, mantendo a sentença denegatória (o que indicava a inexistência de bons fundamentos do pedido) e outro, mantendo a liminar (o que indicaria, por imposição legal, que eram bons aqueles fundamentos).

Ainda mais, em abono da tese. Se a apelação devolve ao conhecimento do Tribunal todas as questões debatidas no Juízo de primeiro grau (C.P.C., art. 515), há de devolver também a matéria atinente à liminar que é o **primeiro juízo de conhecimento** empreendido pelo juiz no processo. É de relevância inquestionável, pena de ineficácia da medida, como já foi demonstrado.

Ainda, a lei 1.533/51, art. 7º, II, ao referir-se a **juiz** indica o integrante do Poder Judiciário e não apenas o magistrado de primeiro grau de jurisdição. Não fosse assim e jamais um Desembargador ou Ministro poderia conceder liminar nos casos de competência originária dos tribunais superiores. A exegese literal desnatura, no caso, o instituto previsto no art. 153, § 21, sendo prestante apenas, e tão-somente, a interpretação de todo o sistema normativo para a boa inteligência daquela garantia constitucional.

Para ressaltar a viabilidade do que se sustenta basta atentar para a circunstância de que nos demais procedimentos, enquanto houver recurso, a execução da sentença, quando procedida, é provisória e demanda caução (C.P.C., art. 588). Tudo para impedir uma **lesão irreparável** ao direito do litigante a quem a sentença foi desfavorável.

Como admitir que no mandado de segurança a **lesão possa ser irreparável** simplesmente porque houve pronunciamento de um dos graus de jurisdição?

Poder-se-ia objetar com a inexistência de autorização legal para que a Presidência do Tribunal possa prover a respeito deste pedido. Somente seria cabível o pedido quando distribuído o feito a um relator.

Ela existe, contudo. Deriva da aplicação do princípio da igualdade das partes no processo, matéria amplamente exposta pelo Prof. Arruda Alvim, em aula proferida no II Curso de Especialização em Direito Constitucional promovido pela PUCSP (notas taquigráficas):

“De outra parte, este princípio da igualdade de todos perante a lei se projeta densamente no código de processo civil, como não poderia deixar de ser, dado que se trata de um princípio constitucional ao qual todo o ordenamento jurídico se encontra necessariamente vergado.

A este princípio, a este mesmo princípio se denomina no direito processual civil, de princípio de paridade de tratamento das partes, ou seja, os litigantes hão, no processo civil, de ser tratados igualmente. Não é possível, em nome e ancorado no próprio princípio constitucional, fazer discriminação tendo em vista o tratamento que há de ser deferido pelo ordenamento aos litigantes e, mais do que isto e especialmente, pela interpretação que o juiz venha a dar, ao ordenamento consubstanciado no código de processo civil.

O desenvolvimento no processo, exatamente sugando a seica deste princípio da igualdade de todos perante a lei, chega a um outro aspecto, que não é o do aspecto estritamente formal, mas se endereça para o aspecto substancial. Por este aspecto substancial, em realidade, os doutrinadores do processo, vislumbrando esta regra constitucional, formulam, digamos assim, uma sub-regra, que consiste em que se recomende ao legislador infra-constitucional do processo e ao juiz que aplique a lei, sempre quando possível, apesar das diferenças intrínsecas e das funções operacionais diversas do autor, e do réu, e que lhes dê, apesar destas diferenças, o quanto possível, um tratamento autenticamente igual”

Daf porque, embasados no mencionado princípio da igualdade, o impetrante pode invocar as leis n^{os} 1.533/51, art. 13 e 4.348/64, art. 4^o, as quais autorizam o Presidente do Tribunal, a quem competir o conhecimento do recurso, a suspender a execução da sentença concessiva de segurança

ou suspender a liminar, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada. Isto significa que tão logo seja proferida sentença, o Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso passa a ter jurisdição sobre o processo, podendo decidir as questões que nele sejam postas.

Verifica-se, pois, que o Presidente do Tribunal tem **jurisdição** para prover sobre essa matéria, podendo conceder liminar desde que estejam presentes os dois requisitos estabelecidos na lei 1.533/51, art. 7^o, II, ainda que já tenha havido manifestação do juízo de 1^o grau denegando a segurança.

É como tal modo de proceder que o Judiciário dará ao mandado de segurança a posição que, efetivamente, lhe deu o legislador constituinte: a de medida paralisante da eficácia do ato administrativo, impedindo lesão irreparável a direito individual, até final pronunciamento daquele Poder.

TRIBUTAÇÃO E ESTADO DE DIREITO

GERALDO ATALIBA
Professor titular da Universidade Católica de São Paulo e
Adjunto da Universidade de São Paulo.

1. - ESTADO DE DIREITO

É corrente a afirmação que Estado de direito é o que se subordina à lei.

Tal concepção, entretanto, é equivocada porque insuficiente. Equivocada, na medida em que se adequa à maioria dos Estados modernos – como salientou CELSO BASTOS (Mandado de Segurança, Edição Associação dos Advogados de São Paulo) – os quais “sempre” atuam de acordo com a lei.

SANTI ROMANO bem denunciou o equívoco consistente em se supor que, por haver uma lei designada Constituição, *ipso facto* já se estaria diante de um Estado constitucional. E demonstrou a necessidade de que um Estado adote os padrões do constitucionalismo para ser qualificado como Estado constitucional, no sentido rigoroso da palavra (v. “Princípios Gerais de Direito Constitucional Geral”, tradução brasileira de M. Helena Diniz, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1977).

Assim também, para que se repute um Estado como de direito, é preciso que nele se reúna à característica da subordinação à lei a da submissão à jurisdição, nos termos postulados por GIORGIO BALLADORE PALLIERI (v. “Diritto Costituzionale”, 3ª ed., Milão, Ed. Giuffrè, pags. 80 e segs. especialmente 85).

Este notável publicista milanês insiste em que é possível reconhecer Estado de direito onde:

- a) – o Estado se submeta à jurisdição;
- b) – a jurisdição deva aplicar a lei pré-existente;

c) – a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente independente), cercada de todas as garantias;

d) – o Estado a ela se submeta como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*.

Só esta consideração – que tem, no Brasil, o suporte de RUY CIRNE LIMA, SEABRA FAGUNDES, VITOR NUNES, CELSO ANTONIO, DALMO DALLARI, JOSAPHAT MARINHO e outros publicistas de prol – já demonstra quão pouco são os Estados contemporâneos que podem receber a qualificação de Estado de direito.

Tal concepção corresponde ao princípio *RULE OF LAW* – governo da lei e não dos homens – que inspirou o direito constitucional anglo-saxão, na longa e árdua luta pela supremacia do direito e superação do arbítrio, como forma de governo.

2. CONSTITUCIONALISMO E TRIBUTAÇÃO

Assim só se reconhecem afirmados os padrões do constitucionalismo onde o ideário das revoluções francesa e americana se traduziu em preceito constitucional, em torno da teoria da tripartição do poder, fórmula empírica – resultante da experiência histórica – que assegura a independência do Judiciário e idoneidade aos meios e modos de exercício da jurisdição.

Aí onde prevaleçam os princípios informadores desse esquema, haverá garantia do supremo bem individual e social, a liberdade.

Como fórmula de proteção deste valor fundamental – justificador de todas as teorias políticas democráticas e inspirador de todas as fórmulas estruturais de Estado, propostas nos últimos três séculos – surgiu, há muito, no direito público inglês, a cláusula *due process of law*, entre nós tão bem exposta por FREDERICO MARQUES, A.R. SAMPAIO DÓRIA e ADA PELLEGRINI GRINOVER.

A tributação – em seus princípios básicos e fórmulas mais gerais – é matéria constitucional. Não só porque justificou e esteve na essência do primeiro documento constitucional moderno – a Carta Magna de 1215 –

mas também porque envolve tensão entre o poder estatal e dois valores fundamentais para o homem: a liberdade e o patrimônio. Estes bens jurídicos são precipuamente protegidos pelas Constituições modernas; são mesmo a sua razão de ser.

Nem se diga que são valorações burguesas, cuja validade se limita a um tipo de democracia, circunscrita a uma época histórica ou a uma parte só dos países.

Numa dimensão mais ampla, esses valores são universais no tempo e no espaço, por serem condição de afirmação da personalidade do homem, em qualquer lugar, em toda época.

Evidentemente que se não pode entender aqui o conceito “patrimônio” no sentido estrito de bens materiais, mas sim uma compreensão mais ampla, abrangente de todo um acervo – com suporte material, sim – entendido como projeção da personalidade do homem e de seus familiares e condição de sua afirmação.

Tal concepção transcende de muito a visão burguesa e materialista de propriedade, para alcançar a dimensão de um conceito vasto e abrangente, profundamente cristão e humanitário.

Se a ação estatal de tributar (tributação) atinge a liberdade e o patrimônio – e se estes bens encontram na sua proteção a própria razão de ser da Constituição – é bem de ver que aquela faculdade que ao Estado se reconhece há de ser disciplinada estritamente em termos constitucionais. Em outras palavras, é matéria substancialmente constitucional.

Se assim é, desde que se adotou o princípio republicano – que postula que a função política é desempenhada por órgãos representativos, com mandato periódico e debaixo de um estatuto de responsabilidade – impõe-se o pleno prestígio do princípio do consentimento dos tributos, ao lado dos princípios da legalidade, generalidade e proporcionalidade da tributação. A estes se acrescenta, como reforço, o controle jurisdicional da administração, de que magistralmente cuidou SEABRA FAGUNDES.

E como consectário necessário do princípio do consentimento da tributação – que se traduz na aprovação orçamentária dos tributos – está a fiscalização popular sobre a atividade arrecadadora e sobre a aplicação dos dinheiros públicos.

Todos esses ingredientes, com exceção do consentimento – antes tecnicamente designado por princípio da anualidade da tributação – se contêm no texto constitucional brasileiro.

Falta-nos exigir a sua obediência estrita, o que seria alcançável por instante exigência de sua observância, aos órgãos parlamentares e aos tribunais. Isto não é feito sistematicamente, por ignorância, comodismo, oportunismo, inércia e omissão dos que, de um modo ou doutro, têm títulos e ocasião para fazê-lo.

3. DECRETO-LEI E CRIAÇÃO DE TRIBUTOS

Dentre as mais graves aberrações a que estamos assistindo – e até mesmo dando nossa aprovação tácita – está a criação de tributos por obra de decretos-leis.

Isto é flagrantemente inconstitucional e fere fundamento o sistema jurídico, exatamente na sua essência e nos seus fundamentos.

Aceitar a criação de tributos por decreto-lei é admitir a negação, vulneração e desacato aos mais sagrados e fundamentais princípios do nosso direito público.

E não há necessidade de alterar o texto constitucional, para repelir tal atentado ao próprio arcabouço fundamental do nosso constitucionalismo.

Basta que se interprete a Constituição de acordo com os cânones postos pela hermenêutica tradicional, perfeitamente consonante com nosso direito positivo. Basta adotar e acatar as diretrizes exegéticas traçadas por RUY BARBOSA, CARLOS MAXIMILIANO, SAMPAIO DÓRIA, ALIOMAR BALEIRO e outros mestres do nosso direito público.

Prevalece entre nós equivocada interpretação – pretensamente literal – da disposição do art. 55 da Carta Constitucional vigente, pela qual se afirma a possibilidade (reiteradamente traduzida em prática) da criação de tributos por decreto-lei.

O propósito deste é demonstrar o equívoco de tal posição.

a) PRESSUPOSTOS PARA CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO

A chamada “interpretação literal” não é interpretação. É pressuposto de interpretação, como salienta PAULO BARROS CARVALHO.

É ponto de partida de qualquer trabalho exegético, que não pode ficar só nisso.

Não se pode pretender entender um texto sem correlacioná-lo com o contexto em que está inserido. Não há norma jurídica avulsa. Só é jurídico o preceito integrado no sistema e com ele – em seu todo, como um conjunto – deve ser interpretado.

Para se saber qual o campo próprio do decreto-lei não basta “ler” o art. 55 da Carta Constitucional. É preciso interpretá-lo, isto é: desvendar seu sentido, conteúdo e alcance, em função do sistema constitucional, compreendido como um todo uno, harmônico e coerente.

Neste há exigências fundamentais e impostergáveis, contidas nos seus princípios, que, como ensina AGOSTIN GORDILLO, funcionam como alicerces de todo o sistema a apontar o sentido geral para o qual ele (sistema) tende. É de GORDILLO a afirmação: os princípios são normas, mas, mais do que normas, encerram o norte, as diretrizes do sistema.

Efetivamente, os princípios “dominam o sistema”, dão-lhe a tônica, o seu sentido geral, na lição de PAULO BARROS CARVALHO.

Por isso CELSO ANTONIO diz que ofender a um princípio é muito mais grave que ofender a uma simples regra. É que, neste último caso, agride-se parcialmente o sistema, enquanto que quem desacata um princípio ofende, destrói, agride todo o sistema.

Para ficar com a comparação já cediça, segundo a qual o sistema jurídico é como um edifício, parece evidente que quem ataca os alicerces de um prédio, o destrói, pratica gesto flagrantemente mais grave do que quem lhe ataca somente um de seus compartimentos ou patamares.

Estas considerações servem para evidenciar a importância dos princípios, a qual se traduz na imperiosa necessidade de que a interpretação de qualquer norma do sistema revele harmonia entre cada norma e os princípios: Nenhum resultado de qualquer trabalho exegético pode contrariar as exigências dos princípios.

Por outro lado, o cunho sistemático do direito – implicação necessária da unidade e harmonia do sistema jurídico – postula instantaneamente a inidoneidade da pretensão de interpretar um mandamento isoladamente, atitude acerbamente censurada por JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Dai porque impor-se a rápida recapitulação dos princípios constitucionais cuja consideração é decisiva para apontar as diretrizes de interpretação do mandamento do art. 55.

Tais princípios são: o republicano (art. 1º, caput); o democrático (§ 1º do art. 1º); o da tripartição do Poder (art. 6º); o da reserva da função legislativa ao Congresso Nacional (art. 27); o da atribuição da função executiva ao presidente da República (art. 73); o da legalidade (art. 153, § 2º) e o da estrita legalidade da tributação (art. 19, I, e 153, § 29).

Dando a dimensão, reforçando, reiterando, sublinhando e assegurando eficácia a esses princípios, inclusive salientando o seu cunho visceral – no sistema – há inúmeras regras que o exegeta facilmente reconhece, percorrendo o texto constitucional (exemplificativamente: parágrafo único do art. 6º; parágrafo único do art. 8º; art. 10; art. 13; art. 40, I; 42, I, art. 82; art. 119, I, a, etc.).

Dentre eles o art. 52 – que cuida das leis delegadas – e o art. 55, objeto do nosso cuidado, aqui.

Estes dois últimos preceitos, à evidência, tratam de exceções à privatividade da função legislativa.

Ora, é cediço que *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Não se pode, em conseqüência, atribuir ao preceito do art. 55 maior extensão ou alcance do que ele pode ter, como exceção aos princípios maiores do sistema.

b) DISTINÇÕES ENTRE LEI E DECRETO-LEI

O próprio texto constitucional se encarrega de distinguir lei de decreto-lei, não só pelo *nomen iuris*, como pelo regime jurídico.

São diferentes **substancialmente** o processo de elaboração e a eficácia de cada qual, bem como os pressupostos e condições de expedição de um e outro.

Efetivamente, a lei dispõe sobre todas as matérias, sem restrições (art. 43 “Cabe ao Congresso... dispor sobre todas as matérias de competência da União...”).

O decreto-lei só dispõe sobre as matérias especificadas (art. 55).

A lei, uma vez expedida, só é retirada do sistema jurídico por outra norma de igual eficácia.

O decreto-lei, se não aprovado, deixa de existir (§ 1º do art. 55).

Não há pressupostos para edição de lei. O decreto-lei só pode ser expedido em casos de urgência ou de interesse público relevante (v. NELSON SOUSA SAMPAIO).

O Congresso não está sujeito a nenhuma condição para editar uma lei. O decreto-lei só pode dispor de modo a não aumentar despesas.

Inequívoco, pois, que essas entidades normativas têm regimes essencialmente diversos, *ex vi* do próprio texto constitucional.

E o próprio Diploma Magno fixa o princípio da reserva da lei (como concebido por ALBERTO XAVIER) ao lado do princípio da legalidade tributária, no item I do art. 19 e no § 29 do art. 153. RUY CIRNE LIMA qualifica tecnicamente de princípio da necessidade legal.

Considerados os princípios constitucionais invocados – cujas exigências devem ser levadas em conta pelo intérprete – não pode o decreto-lei “instituir ou aumentar tributos” (art. 19, I, e § 29 do art. 153).

Mas, não é só a **reserva de lei**, constitucionalmente estabelecida, que o impede. Não é só o princípio representativo que o obsta.

É que o decreto-lei pode ser rejeitado (§ 1º do art. 55). E sua rejeição não implica nulidade dos atos praticados durante sua vigência (§ 2º, art. 55). Ora, como ficam os princípios da generalidade e igualdade da tributação nesses casos?

É possível admitir interpretação constitucional que acolha o despropósito de – para prestigiar uma competência excepcional e estrita do Executivo – engendrar situações que agridem concomitantemente tantos princípios constitucionais?

Onde apoiar a tese da reprimenda?

Tais são os malabarismos requeridos para sustentar a possibilidade da criação ou aumento de tributo por decreto-lei, que a tese se mostra, assim, de impossível sustentação.

Não se questiona que a *intentio legislatoris* foi essa.

O resultado, porém, da interpretação sistemática leva ao oposto.

Nem os juristas trabalham com intenções. Nem o Judiciário psicanalisa o legislador, para investigar-lhe os desígnios, na saborosa observação do inolvidável mestre BALEEIRO.

c) NORMAS TRIBUTÁRIAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Nem se diga que a interpretação aqui postulada esvasia a dição “inclusive normas tributárias” (art. 55, II) introduzida pela Emenda 1/69.

É que são normas tributárias as que cuidam do processo tributário, do lançamento, das obrigações e deveres acessórios, das isenções, das reduções, dos prazos, da arrecadação, etc.

Há uma vasta e ampla matéria convencionalmente reconhecida como tributária, que pode ser regulada por normas, que receberão essa qualificação.

O que a Constituição colocou sob reserva de **lei** foi só a criação e aumento de tributos. O demais é matéria tributária, que pode ser tratada por decretos-leis, desde que – é óbvio – se verifiquem os pressupostos e se preencham as condições constitucionais (art. 55).

Criar tributo significa descrever em lei a sua hipótese de incidência. É descrever legislativamente os fatos que, **se** acontecidos e **quando** acontecidos, fazem nascer as obrigações tributárias. É estabelecer as coordenadas de tempo e de espaço que circunstanciam esses fatos. É determinar as pessoas que irão ser sujeitos das relações que desses fatos irão nascer. É estabelecer a base impositiva (perspectiva mensurável da materialidade desses fatos) a que se aplicará a alíquota também legalmente fixada).

Isto está constitucionalmente posto sob estrita e absoluta **reserva de lei**. Só e exclusivamente a lei pode dispor sobre essas matérias (art. 19, I e 153, § 29).

Ipsa facto, o decreto-lei não pode ter tal objeto.

Aumentar tributo é alterar a base impositiva de modo a alargá-la ou ampliá-la, ou, ainda, incrementar a alíquota tributária.

Também isso está sob reserva de lei.

Tudo o mais que se refere à atividade tributária é matéria tributária, regulável por normas tributárias e passível da disciplina por decreto-lei.

Dá a visceral e irremediável inconstitucionalidade de todos os decretos-leis que criam ou aumentam tributos.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO ECOLÓGICO

SÉRGIO FERRAZ
Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor na
Faculdade de Direito Cândido Mendes e Livre-Docente na
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de
Janeiro.

Em fins de 1971, começos de 1972, escrevemos trabalho, na ocasião pioneiro no Brasil, sobre Direito Ecológico. Seis meses depois, vimos boa parte de suas conclusões transformadas em lei, quando o Governo Federal publicava decreto criador da Secretaria Especial do Meio Ambiente. Em seus considerandos havia a enunciação de uma série de teses, que tínhamos proposto no trabalho pioneiro, publicado na Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. E mais, uma coincidência até espantosa: adiante era ditada, em Estocolmo, a "Declaração Internacional do Meio Ambiente", onde três das 20 proposições estavam integralmente nas preocupações constantes de nosso trabalho. De toda maneira, o fato demonstrava que as preocupações nossas eram aquelas que existem discutidas por todos, enquanto cidadãos do globo, que vêem alarmadamente os grandes riscos, a irresponsabilidade, a falta de consciência na ausência de iniciativas que possam impedir a ação predatória do meio ambiente, cada vez mais presente, cada vez mais apavorante e cada vez contando com a maior conivência do Poder Público. Se não conivência comissiva, pelo menos gravemente omissiva, nos seus deveres fundamentais de vigilância e de segurança.

Antigas reformulações e preocupações, lançadas há anos, continuam atualíssimas. Praticamente nada se fez. Toda uma vastíssima bibliografia jurídica está sendo produzida pelo mundo afora, leis do maior valor, com vistas à preocupação de preservação ecológica; enquanto isso continuamos jungidos a interesses espúrios e soluções viciadas ou viciosas. Daremos um exemplo. Há pouco mais de dois anos, uma indústria altamente poluente, na cidade de Contagem, em Minas Gerais, fabricando cimento, chegou a tais níveis de atividade prejudicial à coletividade, que não obstante fosse ela a grande fonte de empregos, e talvez da maior arrecadação tributária para o Município, seu prefeito, a certo momento, se

viu em face da contingência suprema: ou a sobrevivência dos cidadãos, ou a sobrevivência do erário. E entre as duas optou pela sobrevivência dos cidadãos, determinando a início um prazo para que a indústria adotasse instrumentos de segurança. E num segundo momento, quando desatendida esta prescrição, uma determinação de fechamento desta indústria. No momento em que uma atitude de tal coragem se toma, cumpria bater palmas pelo Brasil afora, pois comprovava-se a consciência ecológica despertada ao nível político. Eis a determinação administrativa fazendo eco às preocupações de todos nós cidadãos. Porém, a insensibilidade de muitos agentes administrativos não tardou a reagir, e em seguida era editado o Decreto-lei-Federal, 1413, afirmando que o fechamento de indústrias poluentes, no Brasil, só se faz por determinação do Governo Federal; atropelava-se, outra vez, o sistema constitucional de competências, subvertendo a essência do regime federativo, a consideração do peculiar interesse, determinante jurídico da atuação dos Municípios e dos Estados. Em seguida a este decreto-lei 1413, evidentemente, a fábrica de Contagem voltou a funcionar e continuamos a assistir a depredação de um ambiente que já não suporta mais tantas agressões impunes.

Chegará o dia em que para andar em São Paulo, por exemplo, teremos que usar as máscaras que já se vêem em Tóquio; chegará o dia em que nas grandes cidades, que estão cercadas (e a expressão aqui tem até uma nota realmente militar) por anéis industriais (que mais não fazem senão criar uma nova atmosfera profundamente agressiva ao homem e à sobrevivência), o êxodo será a única solução possível. Chegará esse dia, fatalmente, se não acordarmos para a realidade: a preservação ambiental não é problema que interesse isoladamente a cada um de nós, mas coletivamente a todos.

O fundamental é que desde já conscientizássemos que o patrimônio ambiental, bem ao contrário do que dizem os juristas, e algumas leis, não é "res nullius", mas "res omnium", coisa de todos. Todos temos interesse jurídico na preservação do ambiente. Por isso, todos temos, reconhecido pela ordem jurídica, direito subjetivo à tutela ambiental. Assim, devemos promover a atuação tutelar do Poder Judiciário, ou dos agentes administrativos, sempre que percebermos a existência de uma agressão contra a sanidade do ambiente em que estamos vivendo. Se não dermos essa dimensão ao tema, colaboraremos na construção de um

mundo que não será vivido por seres humanos, como os conhecemos. Assistimos, de braços cruzados, a devastação da Amazônia. Uma devastação que se faz ao nível nacional, internacional, da grande empresa multinacional e do Poder Público mesmo. Veja-se este último, por exemplo, construindo estradas faraônicas, que levam nada a parte alguma (como ocorre com a Transamazônica), com grave atentado à integridade do ambiente, até então existente. Ora são projetos mirabólicos, devastando a Amazônia, a troco da implantação de plano industrial, que, se revertem em grandes riquezas, não saberemos a quem aproveitarão. Ora são as grandes multinacionais, como a Volkswagen, que fazem desmatamentos extraordinários naquela área; a pretexto de quê? Às vezes, de replantio! Derrubar floresta virgem para replantar exemplares vegetais que não têm pertinência com a integração sistemática, com o ecossistema!

Ecologia está diretamente ligada à sobrevivência. Esta fórmula é indissociável. Claro está que não bastaria se colocasse tão apenas a preocupação da preservação do ambiente tal como está, desligada de várias outras considerações que são imprescindíveis à cogitação do homem do direito. É indiscutível que vivemos em sociedades em crescimento, ao menos populacional. É indiscutível que os países do terceiro mundo apresentam uma alta taxa de crescimento demográfico. Se não adotarmos soluções maltusianas, que, para os países subpovoados como o Brasil, são sem o mínimo sentido, haverá que buscar compatibilização entre os reclamos do progresso e a manutenção de um ambiente hígido onde possamos viver.

Assim, uma das principais metas do homem do direito e do estadista residirá em formular preceitos que garantam uma tutela ambiental, que garantam amplamente a qualquer cidadão a possibilidade de, ao se sentir ameaçado, buscar a proteção do direito, independentemente de considerações de legitimação lastreadas em critérios de mero prejuízo patrimonial. Até porque o patrimônio maior não é o mero patrimônio econômico, mas o patrimônio de sobrevivência. O ordenamento jurídico tem que ser acordado para essa necessidade gritante, para a qual persistimos, entretanto, tragicamente adormecidos.

A expressão **dano ecológico** é tão sugestiva que poderia até dispensar preocupações maiores de definição. Poderemos, entretanto, para

simples convenção, estipular como dano ecológico toda lesão defluente de qualquer agressão à integridade ambiental. O tema reflui, pois, necessariamente, para a sistemática da responsabilidade pela provocação desse dano. Como está o ordenamento jurídico brasileiro, neste particular? Como ele encara o dano ecológico? Como trata da responsabilidade por esse dano? Como ele induz a reparação subsequente a esse dano?

Digamos, sem qualquer hesitação, que é absolutamente insuficiente o esquema legal. O enfoque existente, no direito positivo brasileiro, é particularmente consignado no Código Civil. Na verdade, o Código Civil trata do problema à luz da solução para os conflitos de vizinhança, julgando imperioso que o vizinho reclame daquele que o perturba na convivência. E é interessante notar que, em 1972, reuniu-se no Rio de Janeiro um Simpósio da União Internacional dos Magistrados onde se concluía, de maneira seguramente decepcionante, que era extremamente satisfatório o sistema de segurança ambiental, proposto pelo nosso Código Civil, lançado todo ele na consideração da problemática dos conflitos de vizinhança.

Não se pode, a rigor, adentrar a discussão da responsabilidade pelo dano ecológico sem se lançar, de pronto, certas idéias, que denominaria **fundamentais**. De toda sorte, três preocupações básicas, pelo menos, o direito positivo brasileiro terá de consignar, se quiser dar um tratamento sério e consistente aos problemas da agressão ecológica. Sabido é que os atentados à integridade do ambiente, em países em desenvolvimento, se processam, sobretudo, através da instalação de indústrias poluentes, que importam necessariamente num grande investimento de capital e de "know-how"; a seu turno, geram elas riquezas tributárias e empregos para a coletividade; a busca da compatibilização, entre um dado e outro, se apresenta como absolutamente inafastável. Daí que a primeira formulação relevante, que se há de fazer, repousa em reformular o instrumento jurídico que admite o funcionamento de indústrias em qualquer lugar. Hoje quem queira construir uma indústria deverá obter uma licença de construção. E essa licença de construção, superados os trâmites precedentes à sua concessão, importa na atribuição de um direito subjetivo, que só pode ser removido nas hipóteses excepcionálíssimas previstas no ordenamento jurídico entre as quais a desapropriação: na realidade um conceito profundamente enraizado numa concepção sagrada, sacralista, de proprie-

dade, que não pode mais existir, até porque o próprio texto constitucional afirma que a propriedade é uma função social. Se na Constituição a propriedade existe justificada como função social, desde o momento em que ela perca este conteúdo social, não seria admissível, quer no plano da simples lógica, quer no plano do raciocínio jurídico, que a mera acessão a um imóvel, seja a que preço for, de instalações sejam quanto onerosas sejam, determine o sacrifício de todos os demais valores que possam compor a idéia de função social da propriedade. Daí termos proposto que o instrumento jurídico, a admitir a execução de empreendimentos que possam eventualmente verificar-se como agressivos, à higidez ambiental, nunca deveria ser o da licença, mas o da simples permissão a título precário, unilateralmente revogável, sempre que considerações de natureza maior (qual seja a da própria sobrevivência do homem) recomendarem a erradicação daquela construção, do local em que situada primitivamente.

A segunda formulação, para o reenfoque ecológico do Direito, seria a positivação de um direito público subjetivo à tutela ambiental: todo e qualquer cidadão estaria legitimado, de plano, a promover a atuação dos poderes competentes no sentido de assegurar a integridade do ambiente. Cremos que não é necessária a lesão patrimonial, nem é preciso que haja prejuízo direto e imediato. Assim, eu poderia, dentro desse esquema idealmente imaginado, propor uma ação contra o Poder Público, que resolvesse construir uma estrada discutível na Amazônia, sem estar ali residindo e sem pensar sequer em para lá mudar meu destino ou domicílio. E não só eu: enquanto a Amazônia é uma reserva atmosférica, para todo o nosso planeta, na realidade, qualquer cidadão do mundo deveria estar legitimado a procurar uma atuação do Poder Judiciário do Brasil, contra um ato administrativo brasileiro, que tivesse permitido uma agressão à integridade da Floresta Amazônica.

Estaríamos, pois, desligando da formulação de propriedade qualquer contingente egoístico. Não é mais o vizinho lesado, conforme o Código Civil prevê: é o cidadão consciente, que quer e faz com que funcionem os órgãos competentes para a preservação ambiental.

A terceira idéia resulta em que o instituto da desapropriação sofresse uma reformulação, deduzida a preocupação ecológica que haveria de manifestar. Se o artigo 161 permite, para a racionalização da economia,

que o latifúndio rural improdutivo seja desapropriado de uma forma menos onerosa para o Poder Público (títulos da dívida pública, com correção monetária), com muito mais razão deveria ser admitido esse mesmo processo de desapropriação, ou outro análogo, quando se tratasse do bem maior, que é a racionalização da nossa vida, da sobrevivência.

Haveria, portanto, toda uma organicidade jurídica, para a preocupação conservacionista. E uma vez estipulada esta organicidade jurídica, o tema da responsabilidade civil, decorrente do dano ecológico, deveria sofrer cuidado expresso, regência expressa, com preocupação e princípios próprios e peculiares.

Mas não estamos em face desse sistema positivo ideal de Direito. O que temos é o sistema do Código Civil, com preocupações privatistas; o que temos é uma idéia de função social da propriedade, que ainda é muito mais rotular, do que efetiva.

O ponto de partida, para uma reforma desse estado de coisas, reside em nós mesmos. Cabe a cada um de nós manifestar inconformismo com a inação (e, às vezes, com a ação) governamental. Não só, ou necessariamente, no patamar judicial. Também é eficaz difundir nossa irresignação junto aos corpos associativos das coletividades, perante as repartições administrativas e junto aos órgãos da imprensa. Foi assim, por exemplo, que se iniciou a construção, em França, de uma pletórica ordem jurídica ecológica.

Sobretudo através de motivos deduzidos pelo cidadão alerta no dia a dia, e de uma consciência poderosa de uma imprensa sempre livre, foi possível ali conscientizar todos para essa verdadeira cruzada de sobrevivência. Assim surgiram os pleitos que são, hoje, tópicos dos repertórios de jurisprudência, a servirem de inspiração para todos nós. Ora são os donos de hotéis de Nice, que ajuízam ação contra a municipalidade, por causa da permissão da construção de um Aeroporto que acabou por acarretar grave dano à atividade turística da cidade. Ora são pequenos criadores e agricultores, que acionam a AIR FRANCE, pela construção do Aeroporto Supersônico Charles de Gaulle. Ora são os criadores vizinhos, que entram com ação contra a municipalidade, porque um caminhão que transportava ácido, certo momento, a uma irregularidade do terreno, tombou à margem

da estrada e com isso derrubou o conteúdo num regato que fazia a irrigação agrícola da região. Ora é ainda o cidadão francês, o pescador francês que vê aquele riacho, onde havia um grande banco de peixe, subitamente prejudicado com despejos industriais que são feitos diretamente sem qualquer tratamento, prejudicando toda uma fauna e toda uma flora que era a própria razão de subsistência no local.

Não se fará, seguramente, qualquer passo à frente, no tema da responsabilidade pelo dano ecológico, se não compreendermos que o esquema tradicional da responsabilidade subjetiva, da responsabilidade por culpa, tem que ser abandonado.

Esta realmente a pedra de toque. Dois possíveis agressores ao ambiente ecológico se podem propor. Ou o poder público ou o particular. O poder público, de acordo com o artigo 107 da Constituição Federal, é responsável, objetivamente, pelo dano que seus agentes nesta qualidade praticam. Não se indaga do nexu subjetivo de intenção. Não é relevante que o agente administrativo tenha querido prejudicar; basta que ele tenha prejudicado: **responsabilidade objetiva**. É muito interessante esta expressão: **responsabilidade civil** do Estado. Poderia parecer semanticamente uma contradição. Mas não: ela pretende que o Estado é responsável pelos seus atos, como qualquer cidadão. Ela resulta historicamente de uma evolução da absoluta irresponsabilidade do Estado até a responsabilidade objetiva dos nossos tempos. É uma evolução lenta, em muitos países recente, alguns deles dos mais avançados países do mundo. Entre nós acertado, desde o texto constitucional de 1946, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado. Se assim é, quando é o Estado quem promove dano, assim não é, pelo menos, em termos de direito legislado, quando é um particular que provoca o dano. A responsabilidade do particular está jungida ao Código Civil. E no Código Civil, a idéia matricial é a da responsabilidade subjetiva.

Pois bem, se o Estado responde objetivamente, não há como admitir a sobrevivência desse preceito do Código Civil brasileiro, com relação ao particular, na medida em que esteja envolto o interesse público marcante. Seria tratar desigualmente pessoas que, pelo menos de acordo com o artigo 153, devem, no plano das idéias, serem tidas como iguais.

As pessoas ideais e as pessoas físicas, no momento em que ambas impliquem, com suas atividades, prejuízos à coletividade, devem ser igualmente responsabilizadas, sob pena de quebra do padrão de isonomia, que é uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional.

Quero significar, com isso, que qualquer cidadão deve ser responsabilizado **objetivamente** pelos prejuízos que acarreta ao patrimônio ecológico, tal como o Estado é. Tal como o Estado é chamado objetivamente ao Tribunal, por invocação do artigo 107, igualmente o cidadão deve ser objetivamente chamado.

Quais são as conseqüências, qual é a implicação que a adoção de uma teoria de responsabilidade objetiva traria? Em primeiro lugar, prescindir-se-ia da prova de intenção lesiva no ato. Não é necessário que se prove a intenção de lesar, a intenção de prejudicar. Basta o simples ato prejudicial, para que haja responsabilidade do agente.

Em segundo lugar, decorrência também da responsabilidade objetiva é a inversão do ônus da prova. Parte-se da presunção de que o agente causou o prejuízo. Não se precisa provar esse dado. É o agente quem vai procurar uma excludente de responsabilidade. Alega-se o prejuízo, e pela simples alegação, já se tem o fato como presumidamente comprovado, cabendo ao agente lidar com todas as dificuldades da geração probatória. É exatamente o que **Savatier** já preconizara: a socialização do risco, e do prejuízo. A socialização do dano torna necessário, como outra face da moeda, que haja uma socialização da responsabilidade também. Se o dano é disseminado, como acontece exatamente no prejuízo ecológico, por toda uma coletividade, claro está que a imputação desta responsabilidade não pode mais ficar adstrita tão apenas aos requisitos subjetivos e individualistas, até então existentes. É preciso também que se parta, correlatamente, para uma imputação objetiva, que possa levar ao caminho mais concreto, para se apontar o responsável, e nele descarregar o ônus, o encargo, o peso da sua atividade lesiva à coletividade.

Não tenho dúvida em dizer que o próprio esquema da responsabilidade objetiva tem que ser, por seu turno, encarado com uma certa ousadia. É verdade que o artigo 107 fala em responsabilidade objetiva. É verdade também, por outro lado, que há várias correntes doutrinárias de

responsabilidade objetiva: do fato da coisa, do risco de serviço; do risco criado; do risco integral... A doutrina e a jurisprudência têm afirmado uma certa repulsa ao princípio do risco integral, considerando que não é possível que o simples fato da administração impute responsabilidade ao Poder Público.

Creio que, em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha, senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que pelo simples fato de ter havido a omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade. Isso implica dizer que a culpa, ou o proveito do terceiro que invoca a proteção jurisdicional, duas figuras que classicamente acabam por excluir a responsabilidade objetiva, não devem ser contempladas em termos de dano ecológico. E mesmo a força maior deveria ser excepcionalmente contemplada. Daremos dois exemplos. O primeiro dirá respeito à força maior. Suponhamos ainda uma vez a região Amazônica, uma das grandes e últimas reservas florestais neste País. O Poder Público permite ou, até mesmo, toma a iniciativa da construção de uma estrada, ali. Subitamente, a Corrente de Humboldt muda o seu rumo, em razão de algum cataclisma possível de ocorrer no Oceano Pacífico, provocando, com isso, um desequilíbrio em toda a infiltração das massas frias, que chegam através dos Andes. E essas condições climáticas encontram, de repente, campo propício para um fator altamente desagregador do meio ambiente, em razão da destruição que a estrada provocou. Como admitir alegar força maior? A estrada, em si, ao menos no nosso exemplo, poderia não ser fator de agressão. Mas um fato de impossível previsão encontrou na estrada campo propício para grave dano ecológico. Ora, ao admitir ou executar sua construção assumiu a administração um **risco integral**, pelos eventuais prejuízos que adviessem.

Essa participação, porém mínima que seja, já deve ensejar a possibilidade da responsabilização do agente, público ou particular.

Também o proveito do terceiro, ou a própria co-participação de terceiro que reclama, não deve ser considerado como fator de exclusão da

responsabilidade do agente predatório, seja ele de direito público, seja ele de direito privado. Segue outro exemplo. Um cultivador de vinhas, que irrigava o seu terreno com água que vinha de um regato próximo, cuja limpidez era absolutamente garantida, a certo instante realizou obras na sua casa e fez com que passassem por esse regato, pelo menos em certo momento, alguns dos despejos domésticos. Em determinado instante, esse proprietário vem a juízo, pela razão de que, um caminhão com ácido, passando por uma estrada, cai num buraco e tomba sobre o terreno do cultivador derramando o seu líquido altamente poluente e agressivo naquela corrente de água. Dirá o Estado: - o curso de água já estava contaminado. O despejo doméstico, realizado pelo proprietário, já significa uma agressão a aquele bem, aquela preservação ambiental pela qual ele tinha de zelar.

O Conselho de Estado Francês, em hipótese semelhante, afirmou que essa causa de exclusão era absolutamente inidônea e irrelevante. Porque em tema de dano ecológico, e isto ficou desde então lançado como jurisprudência, o acréscimo dos fatores funciona com progressão geométrica. E o resultado final que ele atinge é em geral imprevisível. E mais do que isso. Ele só se desdobra no curso do tempo. O acórdão inclusive fazia remissão à idéia do prejuízo decorrente do ruído. Dizia: dependendo da sensibilidade maior ou menor das pessoas, um aspirador de pó pode ser tão perturbador quanto a decolagem de um Concorde. Mas na realidade, um aspirador de pó jamais tem um fator repetitivo de agressão acústica, que um campo de pouso pode realmente provocar. Um campo de pouso, quando começa a funcionar, não gera no seu primeiro dia neuroses. Ao cabo de 15 dias a população limítrofe já está quase toda neurotizada. Da mesma maneira: derramamento de ácido no rio promove um dano ecológico, que seja ou não seja somado a outros fatores, é de imprevisível consequência final, mas de progressão geométrica, na previsão desses prejuízos. É realmente impossível saber desde já se aquele ácido vai penetrar na terra, se vai estragar os vegetais que lá estão plantados, se vai continuar dentro do curso d'água, não se misturando à água, e por isso se projetando para extensões muito amplas do território, se vai chegar ao mar (com isso prejudicando a fauna e a flora marinha); então, cada ato de agressão merece um tratamento quase que peculiar, sem que se procure justificá-lo pelo fato de antes já ter existido uma outra causa que havia depreciado o ambiente. Em termos de preservação ambiental, todas as

responsabilidades se somam; nenhuma pode excluir a outra. E esta colocação abre realmente perspectivas extraordinárias, no sentido da solidarização do risco social, em termos de dano ecológico. Exatamente aquilo que dizia Savatier: solidariedade nos prejuízos, sim, mas também solidariedade nas responsabilidades. De sorte que quem quer que tenha concordado, por ação ou omissão, saiba que cedo ou tarde poderá ser colhido nas malhas da Lei.

As conseqüências da implantação da responsabilidade objetiva podem ser sumarizadas em 5 itens, alguns dos quais já foram tratados aqui, mas que agora neste momento serão equacionados em itemização.

A primeira é a irrelevância da intenção danosa. É absolutamente irrelevante, para o sistema da responsabilidade objetiva, qual tenha sido a pretensão ou a intenção do agente. Basta um simples prejuízo.

A segunda é a irrelevância também da mensuração do subjetivismo. Ou seja, não é relevante que a intenção danosa possa ser repartida por muitas pessoas. O importante é que se vá buscar algumas dessas pessoas. O importante é que todas aquelas, que possam ser identificadas, sejam colhidas, pouco molestando que algumas tenham escala maior de participação no dano, do que outras. O importante é que, no nexos de causalidade, alguém tenha participado e tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva.

A terceira é a inversão do ônus da prova, assunto já antes abordado.

A quarta é a irrelevância da licitude da atividade. Essa foi uma linha de defesa muito seguida, sobretudo nos Estados Unidos. Quando apareciam pretensões contra alguém, que se tinha instalado provocando agressão do meio ambiente, a licitude, não só da atividade, mas do seu exercício, era freqüentemente colocada como tônica excludente de responsabilidade. Então, ou era uma indústria que se revelava como poluente e que se dizia legitimamente autorizada a funcionar; ou então que dizia ter adotado todos os mecanismos de segurança e de preservação, e que não obstante continuava a poluir. Pouco interessou para as cortes americanas, a partir de certo momento, esta evocação de licitude do comportamento. O

que interessa é o prejuízo. Lembremos a célebre lide, contra a Air France, no caso do Aeroporto de Nice. Na construção do Aeroporto de Nice, os moradores das imediações acionaram a Air France e a municipalidade de Nice (porque teria permitido a construção do Aeroporto naquela região). A defesa da Air France foi lançada no sentido de que havia adotado, no comando das suas aeronaves, todas as precauções possíveis para causar o mínimo de prejuízos acústicos. E mais ainda, que a atividade de atuação de uma empresa aérea é perfeitamente legítima, desde que conforme aos mandamentos que regem o transporte aéreo em cada país. Não obstante todas estas alegações, o Conselho de Estado não teve dúvida em considerar procedentes os reclamos e determinar a reparação aqueles que haviam formulado a reclamação. É verdade que, no caso, houve um complicador: uma alegação, feita pela empresa, de que havia adotado todos os mecanismos de prevenção de ruído, tecnicamente possíveis naquele momento da construção aeronáutica. A prova pericial acabou por demonstrar que isso não era verdade, e que as aeronaves de então, como as de hoje, poderiam, se desejassem, adotar outros métodos e equipamentos de eliminação de ruído, mas que implicariam, por seu turno, agravamento do preço do veículo. E ela havia optado pelo não agravamento do preço. Mas, mesmo colocada de lado esta circunstância (que foi levada em conta na sentença) também já se chegaria a responsabilidade da Air France, pelo simples fato de que o Conselho de Estado repeliu a tese da licitude da atividade e do seu exercício, como sendo excludente de responsabilidade. O que interessa, dizia, é que a atividade danosa ecologicamente quebra o princípio do equilíbrio dos cidadãos, perante os encargos públicos e sociais. E aí tivemos uma aplicação engenhosa do princípio da isonomia, do princípio da distribuição das cargas públicas, a esse contencioso ecológico. Desde então, o Conselho de Estado fixou a regra, que sempre que alguém é designadamente sobrecarregado com um ônus ambiental, tem direito a uma reparação, e se responsabiliza quem quer que tenha concorrido, para o particular desequilíbrio.

O último dado relevante, dessas conseqüências da adoção do sistema de responsabilidade objetiva, repousa na idéia de que a atenuação do relevo do nexos causal tem que ser assumida. Não deve haver uma grande preocupação em relacionar a atividade do agente com o prejuízo. Basta que, potencialmente, a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico, para que se inverta imediatamente o ônus da prova, para que

imediatamente se produza a presunção da responsabilidade, reservando portanto para o eventual acionado o ônus de procurar excluir sua imputação.

Todas essas preocupações acabaram por encontrar no ano de 1972, uma formulação documentada da mais alta relevância. Trata-se da **Declaração do Meio Ambiente**, ditada pela ONU e pela UNESCO, em 1972, em Estocolmo. Esta declaração, dividida em vários itens da mais alta relevância, consigna uma que parece absolutamente fundamental. É a de que, além dos direitos que tem o homem a uma vida digna, a uma vida livre, tem direito também ao meio ambiente sadio. É o artigo 1º da declaração de Estocolmo: "Todo ser humano tem direito a um ambiente sadio em que possa viver". Pela primeira vez encontramos um documento da relevância deste, da majestade deste, a afirmar como um dos direitos humanos, não previsto até na Declaração de Direitos da própria ONU, na Carta de 1945, o direito a um ambiente sadio.

A Declaração de Estocolmo, portanto, acordou uma consciência universal, para a idéia da proteção ambiental; e da necessária tutela subjetiva, que daí deve necessariamente decorrer. Claro está que a força desse documento reside muito mais no mundo das idéias, do que no mundo da factibilidade. Imprescindível é, para que essa proteção não se transforme em mais uma recomendação das muitas que conhecemos, e que não se aplicam (por exemplo, integridade física do cidadão, liberdade de manifestação de idéias, liberdade do pensamento propagado, enfim, a liberdade de reunião, de associação), que o Direito Positivo de cada país também a consagre.

Na verdade, no Brasil não encontramos ainda um Direito positivo centrado em preocupações ecológicas. Vemos que todos os Estados têm, em geral, e muitos Municípios também, normas de proteção ao ambiente. São normas fragmentadas. Ora é a proteção contra ruídos, ora é a proteção de mananciais, sem que haja uma linha de unicidade que se possa constatar no sistema. A União Federal age identicamente. E mais: chama a si, exclusivamente, conforme vimos, numa absurda evocação à letra "c" do artigo 8º, XII da Constituição Federal, a prerrogativa para fechar estabelecimentos poluentes, em todo o país. Há portanto uma colcha de retalhos, uma falta de unidade, que está exatamente a traduzir a ausência de uma

consciência pública e privada da necessidade de preservação ambiental. E este é o último problema para o qual pretendemos conclamar a atenção. Realmente fundamental, essencial, é a formação de uma conscientização da necessidade da preservação ambiental. Como se promove essa conscientização? Numa época em que a comunicação de massas é tão fácil, é tão utilizada para sentidos de deformação, para expressões patológicas, em que ela é tão usada abusivamente, não seria difícil, a administradores de boa fé, bem-intencionados e bem fundamentados tecnicamente, induzir uma consciência pública quanto à necessidade de preservação. Trata-se simplesmente de uma técnica de comunicação.

O problema é que não basta conscientizar o povo; é preciso que se conscientize sobretudo o próprio Poder Público. É preciso que ele não exerça o papel de degradações do ambiente, que infelizmente ele exerce. E com muito mais força que qualquer cidadão. Eu posso poluir um riacho. O Poder Público pode acabar com a Floresta Amazônica. A desproporção do poder de agressão, que tem o Poder Público, em face do particular, realmente é imensa. Não basta promover a consciência privada, se também não estiver instaurada a consciência pública. Não basta promover a consciência privada, se não se dá uma série de organismos estatais, dedicados ao problema, órgãos administrativos e órgãos judiciários. E órgãos, uns e outros, dotados de independência, para que se possa realmente promover uma tutela ambiental.

Mas haveria possibilidade, entretanto, de, mesmo sem essa conscientização despertada, mesmo sem o Poder Público consciente dedicar-se aquilo que é uma das suas tarefas primordiais, darmos grandes passos adiante. E é este nosso apelo final. Na realidade, cremos que o grande poder do Estado é o Poder Judiciário: primeiro, porque é poder desarmado; segundo, porque é o Poder que lida com o material fundamental da convivência, que é a lei, aplicando-a aos casos litigiosos. O poder desarmado, que lida com a aplicação da lei, tem um papel, na constituição da sociedade, ímpar, pioneiro na construção de novos arcaibouços jurídicos. Na verdade, no momento em que há uma tão grande defasagem no direito positivo, nos ditames administrativos de preocupação ambiental, cabe a nós como cidadãos, em cada momento que detectarmos uma agressão dessa natureza, procurar a tutela judicial. E cabe ao Poder

Judiciário ousadamente (construindo, como fez tantas vezes no Direito de Família, abrindo realmente um campo extraordinário de proteção à mulher, antes mesmo que a lei lá chegasse; no campo da reparação pelo ato ilícito, criando a possibilidade, por exemplo, de correção monetária, sem que haja, inclusive, lei, dizendo textualmente que assim é, mas procurando descobrir no espírito da lei um conteúdo novo que pudesse ser adequado à nova realidade social), dar resposta cabal aos reclamos. Esse é um desafio ao Poder Judiciário. Ele talvez terá de, mais uma vez, como tem ocorrido em vários momentos da vida nacional, acordar para esse valor supremo.

JUSTIÇA E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

“But the system can never be completely just without losing the quality of being a purely legal system” (Paul Bockelmann)

1. Tensão dialética entre o justo legal e o justo real

Justiça e juiz são vocábulos cognatos, derivados do mesmo radical. Normalmente, todo juiz pretende ser justo. Ser justo é para ele atributo funcional básico. O que ocorrerá quando o juiz se deparar com situações-limite, em que, por dever de função, se vê compelido a decidir com fundamento em regra legal que seu foro íntimo percebe como injusta? Diga-se logo que tais situações sucedem com mais freqüência do que geralmente se cuida. Para comprová-lo bastaria mencionar a notória sobrevivência de sistemas jurídicos que consagram, aberta ou veladamente, a discriminação por classe, casta, idade, religião, sexo, raça, cultura e status econômico-financeiro. Como procederá o juiz cujo equipamento ético-social repele a iniquidade instituída, ao ser chamado a compor litígios, decidindo, v.g., em favor do **apartheid**?

O dilema pode apresentar-se de forma dramática à consciência do julgador: ou ele não é justo, por aplicar normas injustas, ou é justo, descumprindo a lei, ou negando a prestação jurisdicional, ou subvertendo o princípio da legalidade. Ou o juiz é formalmente justo, prestigiando o justo legal, ou é materialmente justo, prestigiando o justo real.

Evidentemente, aqui se abriria todo o leque de objeções imanentistas do historicismo e positivismo jurídicos, da escola de Kelsen, entrando na discussão os jurifilósofos da mais remota antigüidade, com a fertilíssima contribuição das escolas fundadas no racionalismo imperante no século XIX. Como adiante se evidenciará, ao escopo deste trabalho foge a pretensão de contestar toda uma cosmovisão avessa a postulados axiológicos transcendentalistas.

2. Noção do justo

Na perspectiva em que aqui nos colocamos, a noção de justo não se exaure em sua definição legal. Uma primeira reflexão impõe-se, assim, sobre a própria noção de justo. A justiça é um valor (**Wertbegriff**). Conquanto o seu conteúdo, como o de outros valores, careça da nota de universalidade, não significando exatamente a mesma coisa em diferentes culturas e em diferentes épocas, há no valor justiça um elemento perene, o **suum**, de que falam os romanos. José Gomes Bezerra Câmara, citando Kuhlenbeck, sinala que “a justiça não consiste numa abstrata igualdade, mas constitui sobretudo um **Wertbegriff, ius suum cuique tribuere**, supondo, portanto, antes de tudo, equilíbrio individual de interesses” (1). Sua noção (**Gerechtigkeit**) é por assim dizer inata e a-temporal: “Iustitia enim perpetua est, et immortalis” (Sap 1,15).

Na Roma antiga construíra-se um sistema jurídico quase insuperável sob o aspecto da perfeição formal. O Direito era conceituado como “ars boni et aequi, iusti atque iniusti scientia”. Apesar desta alta concepção da beleza e da retidão (**aequitas**) cristalizada no sistema, repugna aos padrões éticos da atualidade constatar que nesse mesmo sistema o escravo era tido como “res mancepi”, coisa, objeto à disposição de seu proprietário, revestido do “ius vitae et necis”, sem nenhum direito (**servus nullum caput habet**). Entretanto, não convém delirarmos da modéstia, cotejando-nos com os antigos. Em tempos talvez não muito distantes seremos considerados “selvagens” por termos negado, à mulher casada e aos silvícolas, capacidade civil plena. E gerações dotadas de nível de consciência superior ao nosso julgarão severamente nossa incapacidade de reconhecer, na cultura das nações indígenas, valores mais altos do que aqueles em nome dos quais as trucidamos ou marginalizamos.

Embora, pois, a noção de justo e a noção de injusto guarde certo caráter de a-temporalidade e universalidade, seria temerário dizer-se que a justiça tem conteúdo valorativo absoluto e imutável. Padecendo das vicissitudes da história, ela trai a contingência do existir humano, do pensar e do modo de ser humanos.

(1) | CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, Bolsoi, s.d.v.30, p.297.

3. A prestação jurisdicional como ato condicionado

Isto considerado, não seria exagero afirmar-se que cada juiz faz a sua justiça...! Efetivamente, toda prestação jurisdicional denuncia marcas da personalidade do juiz ou do relator de acórdão. A cosmovisão, as idiosincrasias, a perspectiva ético-social (**Lebensanschauung**), a formação sistemática e difusa, os condicionamentos hereditários, o meio físico, a bagagem cultural e a história pessoal de quem a relata ou profere, contaminam a decisão, tornando-a original, singular, única. Até certo ponto cada juiz tem o seu modo inconfundível de visualizar a lei, o direito, a justiça. Tal diversidade transparece com maior nitidez nos juízos colegiados. A par de julgadores que têm o coração e a mente abertos ao drama humano cujas exacerbações a decisão poderá reparar ou compor, há os zelotas do princípio da legalidade, que são os mesmos farisaicos devotos da letra aos quais Jesus Cristo disse que o “sábado é feito para o homem” e não vice-versa (Mc 2,27) e o Apóstolo Paulo lembrou que “a letra mata” (2 Cor 3,6).

4. Decisão e criatividade

Decidir é de certo modo criar o direito para o caso **sub iudice**. E criar não é simplesmente libertar a “Bela Adormecida” entre as cambraias da lei ou despertar o direito da letargia dos textos. É trabalho pessoal, elaboração da mente, obra de arte. Em todo trabalho artístico algo remanesce de seu criador. De certa maneira se confunde este com a criatura...! O escultor que liberta do tosco mármore a estátua acabada chama à existência uma nova criatura, fazendo-a nascer da indefinição da matéria. Do bloco em que dormem todas as formas imagináveis extrai e molda aquela que sua imaginação criadora concebeu como a mais querida. O juiz, ao tirar da incerteza e indefinição dos textos de lei a certeza e a definição, revela o esplendor da justiça, exercendo a arte do bem. A ênfase conferida ultimamente à livre convicção do juiz, já não reduzido a aplicador mecânico da lei, ensejou o eclodir e o desenvolvimento da jurisprudência criadora. Tal desprendimento do despotismo da forma deu prestígio também ao poder normativo do judiciário, possibilitando ao julgador suprir a incompletude e a própria inexistência de norma expressa, quando chamado a decidir.

5. Liberdade e cogência normativa

Não se pode desconhecer, todavia, que as tendências à subestima da lei e à supervalorização da liberdade frente ao texto têm levado a exageros, como o "freies Recht" (direito livre), as decisões **contra legem**, dando expressão à rebeldia mais ou menos velada do existencial contra o instituído. Tais tendências, alentadas por postulados da filosofia existencialista e estreitamente ligadas à crise do direito e à crise da autoridade em geral, têm-se manifestado no campo da educação como reação contra o tradicionalismo autoritário e contra o autoritarismo cultural e político. Na área educacional, dessas mesmas tendências (**trends**) se originaram métodos pedagógicos opostos aos métodos tradicionais, como o experimentado por O'Neil em Summerhill, o do não-diretívismo de Carl Rogers, o de Montessori, o do currículo livre, etc.

Inegavelmente, repercutiu também nos pretórios o anseio mais ou menos generalizado de pôr as instituições a serviço da vida. Defrontando-se o dilema de ferir o homem ou pisotear a lei, dê-se preferência ao homem. A reação contra o absolutismo legal, ou a tirania dos textos, ou a literalidade interpretativa, é certamente tributária dessa mesma torrente de idéias. Deu-se realce, por essas mesmas razões, ao confronto entre lei e direito (**pro iure etsi contra legem**). Evidentemente, extremismos, polarizações e intolerâncias novas haveriam de surgir como seqüela dessa eclosão de rebeldia dos fatos contra a cogência da ordem fundada no direito positivo. Passou-se a dar mais ênfase à pessoa como árbitro de seus atos e livre artífice de seu próprio destino (**suae quisque fortunae faber**). A nota personalista, que já transparece no "Wilhelm Tell", poema épico de Schiller, um dos precursores do romantismo alemão, seria a tônica do pensamento liberal, forte no século XVIII. Tal curso do pensamento europeu, medrando em terras da América, daria origem ao chamado **absoluto relativismo**, que encontrou adeptos eminentes no campo da pedagogia. Paradoxalmente, para os preconizadores do relativismo absoluto a única verdade absoluta é a absoluta relatividade de tudo.

Onde desvendar o justo numa mundividência radicalmente relativista? Justo há de ser o que eu assim considero, aqui e agora, isto é, o meu justo, que não é o teu justo nem o justo dos demais. Tal postura da mente

proíbe todo juízo de valor. Verdade e erro, bem e mal, justiça e injustiça serão categorias dimensionadas segundo um único parâmetro: "eu e minha circunstância", na expressão de Ortega y Gasset, ou as aspirações das classes dominantes, ou a vontade de um senhor absoluto, ou a do povo, na democracia direta, ou a dos legítimos representantes deste, na democracia indireta.

Como reação salutar contra tal posicionamento, logrou prestígio a idéia de desenvolvimento orgânico-estrutural, esboçada por John Stewart e abastecida pelas pesquisas de Lawrence Kohlberg, da Universidade de Harvard. Nela o meio físico e cultural é tido como relevante, sem contudo, minimizar-se o homem, conceituado como um todo indivisível. Homem e meio não se apresentam como elementos destacáveis, mas confluente e integrativos (2).

6. Desenvolvimento da noção de um direito justo

Graças à reação contra as polarizações doutrinárias e graças ao senso comum que as mitiga, podemos tranquilamente afirmar a existência de um certo consenso, hoje, no que tange aos valores fundamentais, como a vida, a dignidade da pessoa, o direito à defesa, à livre expressão do pensamento, à liberdade de ir e vir e de participar de decisões políticas, à igualdade de todos perante a lei.

No entanto, ainda não se dissipou da memória da geração que testemunhou os horrores da Segunda Guerra Mundial a cremação e extermínio em massa de pessoas inocentes em nome de um mito de superioridade racial e o deprimente espetáculo do enforcamento de generais alemães e até mesmo de cadáveres, em Nürenberg, com total subversão do princípio **nullum crimen, nulla poena sine lege praevia**. Deploravelmente, subsistem também resquícios de escravidão e de discriminação racial em algumas comunidades políticas.

Inobstante essas nódoas, que cobrem de vergonha o nosso século, acrescidas da tortura, ainda em amplo uso, à margem da lei, nos Estados de

(2) STEWART, John S. *Values Development Education*. Michigan State University, 1977. Part.2, p.16-60.

Polícia, para arrancar confissões e estimular a delação, registra-se um salto qualitativo na clarificação do conceito de justiça e no prestígio de valores considerados fundamentais. Focos de opressão e condições infra-humanas de existência tendem a ser extirpadas ou pelo menos denunciadas com crescente vigor. A violência institucionalizada já não é aceita por quantos se conscientizaram de sua inadequação como defesa social. Já vão longe os dias em que alcandorados espíritos da Grécia e de Roma, como Sócrates, Platão, Aristóteles, Catão e Cícero consideravam a escravidão normal, justa e necessária. O surgimento da noção de que patrícios e plebeus, nobres e vilões, suseranos e servos da gleba, burgueses e assalariados, homens e mulheres, pais e filhos, são igualmente sujeitos de direitos e deveres, é conquista milenar e por certo definitiva, em que o Cristianismo exerceu papel proeminente (Gl 4,28). Essa noção de igualdade básica de todos os homens é hoje triunfante nos sistemas jurídicos mais evoluídos do mundo que conhecemos.

7. O Juiz e o princípio da legalidade

É nesse contexto cultural que se encontram os parâmetros da justiça que o juiz é vocacionado a dizer.

A humanidade de nossos dias aceita o "neminem laedere" numa amplitude jamais sonhada pelos jurisperitos romanos. O "populus romanus" e "demos" ateniense eram minoria servida por multidões de escravos. O arado, o jumento, a mulher e o escravo, para Catão eram meros objetos de uso. Entretanto, fervem hoje discussões em torno do **suum**, notadamente se e enquanto o **suum** acoberta privilégios fundados na disparidade de distribuição da renda e dos bens da terra.

Ao "neminem laedere" é ínsita esta norma geral de conduta: Não façam a outrem o que não querias que outros te fizessem. Ou outra: Adapta teus padrões de comportamento ao interesse social e age de modo a mereceres a aprovação da sociedade global.

Ora, é exatamente essa aprovação tácita e generalizada do grupo social organizado em Estado, Estado-Membro, Município, ou outro organismo político, que os textos de lei normalmente refletem, a menos que tenham sido editados no interesse de grupos ou subgrupos, ou do partido único, ou do Estado de Polícia, ou do tirano, ou para favorecer indivíduos (leis-retratos).

Pelo visto, ao fazer a **sua** justiça, não será o juiz nem cego e frio aplicador da lei, nem desacatará o princípio da legalidade, decidindo **contra legem**. Ao defrontar-se com o fato sobre o qual incide a regra, não se restringe o juiz a constatar e a declarar a incidência da regra sobre o fato. De certo modo, ao proferir a decisão, o juiz legisla "ex novo". Na visão "piramidal" de Kelsen, sentenciar seria legislar para o caso particular.

Assim procedendo, o juiz age em sintonia com os anseios de justiça e paz social existentes no grupo ao qual pertence. E, na marcha cada vez mais acelerada rumo a um direito universalmente aceito na "Aldeia Global" (Mc Luhan), o julgador de certa forma decide como cidadão do mundo.

8. O Juiz e a revelação do direito

Toda lei dimana de uma realidade percebida ou ao menos intuída por seu autor. Essa realidade, a "occasio legis", poderia ser considerada o útero social em que a lei é gerada. E toda lei surge motivadamente no mundo jurídico. Existe uma razão pela qual ela foi editada, a "ratio legis". E toda lei dimana de um intuito ou tropismo social, compositor de interesses e conciliador de tensões e conflitos. É o seu sentido teleológico, a "intentio legis", ou a "mens legis", emancipada da "mens legislatoris", liberta da vontade de seu autor.

Ao intérprete incumbe desvelar, acima e além de seu conteúdo expresso, o seu conteúdo latente, a "voluntas legis". É a decantação espiritual do preceito concreto. A norma é de certa maneira reelaborada nos delicados mecanismos da consciência, do sentimento e do equipamento moral, intelectual e psíquico do intérprete. Devido a estes mecanismos desbastadores das arestas da lei, juizes sábios têm logrado aproximar o justo legal do justo real, mesmo na presença de leis iníquas. Conforme agudamente observa Clóvis Beviláqua, "...o intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fator de evolução jurídica" (3).

(3) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito*. 5.ed. Rio, Ed. Paulo de Azevedo, 1951. p.56.

A Suprema Corte do Brasil tem proferido acórdãos aparentemente **contra legem**. No entanto, quando bem os analisarmos, verificaremos que aquele Tribunal apenas aplicou ao fato o direito desbordante dos limites da lei, ou, na cintilante expressão de Orosimbo Nonato, revelou "as regras latentes encapsuladas nas regras expressas".

De regra, o intérprete partirá do pressuposto de que o legislador quis o bem e não o mal, o certo e não o errado, o correto e não o falso. Destarte, a lei há de ser considerada boa, oportuna e correta, salvo evidência em contrário. Os elementos negativos deverão ser, de ordinário, atribuídos a falhas do intérprete, supondo-se como estranho à "voluntas legis" o propósito de vulnerar direitos ou denegar pretensões que o senso comum (**common sense**) do grupo social ao qual a lei se destina tem como "legítimos".

9. Vitalidade e dinamismo da Lei

Um texto legislativo não é a cristalização de uma vontade estática e definitiva. Lei é realidade essencialmente dinâmica. Sob a letra fria do "ius scriptum" palpitam os densos dramas do conviver humano em culturas complicadas. Daí a vitalidade inexaurível de velhos textos, que atravessam, incólumes e inalterados, o decurso dos séculos e mudanças sociais de momentosas proporções. Não há, destarte, dissonância no fato de uma mesma lei reger condutas diferentes. Graças à adaptação do seu sentido ao sentido que a comunidade atribui às condutas por ele reguladas, sobrevive o texto legal às vicissitudes e às mutações da sociedade que o chamou à existência.

Norberto Luís Griffa esclarece essa ductibilidade das normas legais:

"Las normas deben ser reintegradas en función del cambio social, produciendo una adaptación del sentido de éstas al sentido dado por la comunidad, a las conductas" (4).

(4) GRIFFA, Norberto Luís. *Definiciones Retóricas*. Buenos Aires, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1975. p.24.

Sem desmentir Ortega y Gasset, cuja concepção de um direito paralítico pode afigurar-se um tanto pessimista (5), Clóvis Beviláqua aponta rumos frente à morosidade adaptativa dos textos de lei, neste passo:

"... como a lei é morosa em suas transformações, vai pedir à interpretação, ou melhor, à jurisprudência e à doutrina um instrumento de adaptação constante do direito à vida real" (6).

Paradigma dessa capacidade adaptativa é a Constituição dos Estados Unidos da América. Antiga de dois séculos, seus famosos treze artigos continuam vigorando para uma realidade nunca imaginada pelos Constituintes de Filadélfia.

Como diz Maggiore, "a lógica da lei não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva" (7).

10. O juiz e o direito supra-estatal

Plauto Faraco de Azevedo, em trabalho publicado na "Revista da Consultoria-Geral do Estado", vol. 15, adverte que ao juiz não cabe julgar as leis ou considerá-las inexistentes, ou negar-lhes aplicação com fundamento em normas alheias ao sistema vigente no país:

"Não existe a prerrogativa judicial de julgar as leis existentes segundo um sistema de regras **extra** ou **supra positivas**, e de não aplicá-las, ou de tê-las como inexistentes, no caso de contrariedade relativamente a tal sistema" (8).

Certo é que no sistema brasileiro o "jus scriptum", o direito legislado, continua sendo a fonte principal do direito.

(5) ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. 3.ed. Rio, Livro Ibero Americano, 1971. p.216.

(6) BEVILÁQUA, Clóvis, *op. cit.*, p. 56.

(7) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ed. Rio, Forense, 1953. v.1, t.1, p.73-74.

(8) AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dois Estudos sobre o Direito Natural. *R. Consultoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, 6 (15): 103, 1976.

Não se pode olvidar, todavia, que, em momentos históricos de particular gravidade, surgem situações-limite, como aquelas em que determinadas leis se identificam com os caprichos de agentes políticos possuídos de rancor ou propósitos anti-sociais manifestos. Juiz que tivesse a coragem de negar-se a aplicar leis teratológicas mereceria no mínimo a aprovação de todos os cidadãos bem intencionados. A decisão "secundum legem" configurar-se-ia, no caso, essencialmente iníqua, embora formalmente correta. Disto se aperceberam os próprios radicais do historicismo e do positivismo jurídico, quando a ordem era acatar a vontade do senhor absoluto como suprema lei.

Triedrich diz com razão que "proclamar a legitimidade de uma norma legal só porque Hitler assim o quis é constatar aberrações que só podem ser evitadas mediante o encontro de um padrão válido fora e além do Direito" (9).

O que é primordial na existência humana por lei não pode ser alterado. No entanto, leis absurdas não deixam de ser leis. A matança dos primogênitos dos hebreus no Egito, relatada no Êxodo, obedecia certamente a determinações com força de lei, decretada pelo Faraó. E Moisés, libertando o povo da escravidão, o fez em acatamento a estatuto mais alto do que o editado pelo tirano.

O próprio Pontes de Miranda, sem abdicar de sua fé positivista, admite a presença de algo perene no homem, que os milênios e as culturas não modificam:

"...uma vez que há algo de imutável no homem, é possível que algumas regras jurídicas sejam – enquanto existem homens – as melhores para eles" (10).

Leonhard distingue uma natureza das coisas imutável, a qual se impõe por si, cujo conteúdo é mais forte que a vontade do legislador, e uma

(9) *Idem*, p. 99

(10) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2.ed. São Paulo, R.T., 1970. v.3, p.132.

Natureza das coisas mutável, proveniente das necessidades (11). Na configuração da primeira hipótese, dentro de um sistema fechado e anti-humano, a exigir a aplicação cega e literal da lei (*ita lex scripta est*), um juiz bom dificilmente seria considerado bom juiz.

Contudo, tais situações, em que a lei se evidencia como flagrantemente injusta, raro ocorrem nos sistemas jurídicos da atualidade. A máxima de Ulpiano, nos sistemas vigentes, ainda norteia os legisladores: "Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (Digesto, L 1, fr. 10,3).

Seguramente apoiado nestas colunas basilares dos princípios do direito, o juiz se louva num direito que transcende o imanentismo das normas positivas.

Tal posicionamento frente ao direito legislado tem a chancela de fortes correntes doutrinárias, que o racionalismo do século XIX não conseguiu abafar. Ao contrário, o prestígio de um direito supra-estatal reavivou-se no século XX como reação ao passionismo e à radicalização das ditaduras, cujos decretos não raro ferem a dignidade da pessoa, merecendo a repulsa de quantos estimam valores básicos do conviver humano, dentre os quais se sobleva a liberdade.

Segundo o autor acima citado, não é de hoje a aspiração dos povos por um direito correspondente à natureza íntima do homem:

"Desde tempos remotos, filósofos, jurisfilósofos e pensadores políticos têm sustentado a necessidade da existência de um direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser a um tempo individual e social. Suas normas constitutivas têm sido buscadas além da infundável variedade dos direitos positivos existentes, apresentando-se como medida destinada a aferir a legitimidade de toda e qualquer forma de direito positivo" (12).

(11) ESPINOLA, Eduardo. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio, Borsoi, s.d. v.29, p.153

(12) AZEVEDO, Plauto Faraco de, *op. cit.*, p.103

Nesta mesma linha de pensamento, sustenta Eduardo Espínola que “é hoje ponto reconhecido pela quase totalidade dos juristas de todos os países que não é direito apenas o direito estatal, oficial ou formal, isto é, o conjunto das leis decretadas pelos órgãos competentes segundo as Constituições dos Estados” (13).

Essa amplitude de perspectiva permite ao juiz alicerçar a sua convicção nas matrizes da justiça coincidentes com as aspirações primordiais do grupo social a que a lei se destina. Instado a revelar o direito latente nas normas expressas, o juiz auscultará o contexto social que as leis refletem (*occasio legis*) e as razões de sua emergência no mundo jurídico (*ratio legis*), desbastando as arestas do texto e purificando-o de implicações anti-sociais.

Nem sempre, todavia, os ordenamentos jurídicos têm permitido esse enlace harmonioso da ordem constituída com a consciência de seus destinatários. Determinações monstruosas com força de lei de tempos em tempos desafiam as consciências bem formadas. Podem, outrossim, ocorrer razões de foro íntimo, radicadas em convicções inabaláveis, que mereciam, no mínimo, o respeito dos responsáveis pelo cumprimento das leis. Ilustra tais situações a negativa de participação em operações de guerra, por motivos de fé religiosa, manifestada por jovens estadunidenses convocados para servirem no Vietname.

Exemplo clássico dessa arritmia entre mandamento imposto e valores percebidos como intangíveis nos apresenta Sófocles numa de suas tragédias. Antígona, para obedecer a “decretos divinos, que jamais foram escritos e são imutáveis...”, descumpr frontalmente decreto promulgado por Creon, entregando à sepultura o corpo inerte de seu irmão Polínio. Admoestada pelo tirano, declara preferir a morte à desobediência aos deuses.

A atitude de Antígona expressa, como diz Eduardo Espínola, “o protesto eloqüente do direito natural contra a tirania que se exerce sob as solenes e faustosas roupagens da lei” (14).

(13) ESPINOLA, Eduardo, *op. cit.*, v. 16, p. 163

(14) ESPINOLA, Eduardo, *op. cit.*, v. 16, p. 372.

11. Um questionamento final

Toda a compenetração com que nos aplicamos ao tema acima exposto não evitou que nos persistisse na mente esta dúvida: é possível ser juiz justo numa sociedade que legitima a desigualdade de acesso aos bens da terra, ou num sistema político-social opressivo e discriminatório?

Talvez a resposta ressoe desigualmente no recesso das consciências.

TERMOS FUNDAMENTAIS DAS CIÊNCIAS SOCIAIS

AUREL DAVID

Adido de pesquisa junto ao Centro Nacional de Pesquisa Científica (C.N.R.S. – França).

I Elementos fundamentais

1. Conhecer tem consistido, geralmente, – ao menos até nossos dias (Jean Perrin) – “em explicar o visível complicado através do invisível simples”.

A presente pesquisa tenta extrair da experiência social um conjunto de seres primeiros e de propor um esquema do universo constituído por estes seres e suas combinações.

Isto abre caminho a uma nomenclatura logicamente explorável, cujas aplicações são numerosas nas disciplinas sociais, e especialmente no Direito, no sentido mais amplo do termo, mas também nas ciências experimentais exatas e na matemática.

2. O químico é freqüentemente capaz de analisar um corpo químico composto qualquer, tirado do “visível complicado”, para analisá-lo e denominá-lo com a ajuda de elementos “simples e invisíveis”: C, H, N, O, Cl etc. Estes símbolos são os signos de um conjunto de termos elementares, eventualmente primeiros, agrupados segundo uma certa combinatória.

Se o líquido for o benzeno, o químico escreverá:

carbureto de hidrogênio cíclico, ou C_6H_6 , ou, ainda, o esquema desenvolvido com o exágono de Kekule.

Esta notação poderá depois ser aperfeiçoada, pois a pesquisa dos elementos primeiros mais fundamentais prossegue continuamente.

Tradução de “Termes fondamentaux des sciences sociales”, autorizada pelo autor. Tradução de Norma Barcellos Pinheiro Machado e Maria Izabel A. Ribeiro Fonyat.

Já que o universo dos químicos pode ser conhecido através de termos elementares, nos parece real, objetivamente constatável, impondo-se a todo pensamento com força constrangedora. O conhecimento de **termos primeiros** e de uma **combinatória** exata também formada de uma reunião de alguns elementos primeiros e simples tornou-se para nós um dos critérios, senão o critério do real.

Todos os químicos, de todos os países, de diferentes línguas, compreenderão esta notação "verdadeira", que utiliza elementos atômicos e elementos de combinatória, universo cuja trama é "constans, sempiterna", "a mesma em Atenas e em Roma", "não escrita pelos homens mas determinada", "non scripta sed nata", segundo os termos utilizados por Cícero quanto aos elementos fundamentais e leis de combinação de um outro universo diferente daquele dos químicos.

3. No universo das relações sociais regradas em que pensava Cícero, as coisas são diferentes.

Pode-se intitular um livro de Direito da seguinte maneira:

"Tratado das liberdades públicas", "Da igualdade entre os homens", "Do príncipe", "História do Direito natural", "A personalidade moral", etc.

Mas nem o autor nem o leitor não saberiam dizer o que cobre exatamente este título.

Os livros de Direito, as frases, os termos jurídicos usuais, são imprecisos como um quadro artístico que se apreende de uma só vez, mas que hoje toma uma determinada significação e amanhã outra, e onde se descobrem novos detalhes e novas intenções.

Isto explica o particularismo dos Direitos e sua incomunicabilidade.

Mas, um texto jurídico, mesmo traduzido com cuidado, ao contrário dos escritos dos químicos, apresenta diferença de conteúdo de um país a outro, de um continente ao continente vizinho, e até mesmo de região a região, de tribunal a tribunal, de leitor a leitor.

4. Propomos chamar: **pensamento ingênuo** o modo de pensar do jurista ou do amador de quadros.

Poderíamos comparar este pensamento ao de um homem que tenta descrever uma nuvem e sua formação a partir de nuvens que a precediam.

Denominemos: **pensamento científico** o pensamento dos químicos ou daqueles que constroem uma axiomática concreta.

É o pensamento do pedreiro que, tendo marcado experimentalmente as dimensões do átomo das paredes (o tijolo) e de seu modo de agrupamento (a combinatória), se propõe a conhecer uma parede de tijolos.

5. O **pensamento científico** (experimental e formal) utiliza um conhecimento sempre mais aprofundado da física do universo que ele analisa e denomina, ao denominar os tijolos.

Os avanços da Química, a qualidade de suas anotações e de suas composições, aumentaram à medida que a Física descobria constituição microscópica do átomo, os elementos subatômicos, as partículas fundamentais.

O pensamento ingênuo, ao contrário, só se aperfeiçoa lentamente, não chegando nem mesmo a se aperfeiçoar, devido ao pequeno conhecimento de seu universo, e da ausência de uma ciência das regularidades e das invariantes deste universo.

Como se utiliza o **pensamento ingênuo**?

Tratando-se de quadros artísticos, nós os reunimos nos **museus** o que se poderia chamar: o **corpus** dos quadros, ou a coleção com **texto integral** ("full text").

O amador que pesquisa em certo detalhe (o questionador do museu) deverá visitar o texto integral (cada detalhe de cada quadro). Grande parte desta pesquisa não pode ser explicada, ensinada.

Nenhuma classificação pode assegurar o sucesso da pesquisa pois cada um compreende a pintura a sua maneira e ninguém pode impor aqui uma certa visão do mundo, suas classes e suas regularidades.

O processo "full text" revela que o pintor não sabe dizer exatamente o que colocou nos seus quadros (títulos como "A ronda da noite", "Paisagem com a queda de Ícaro", "O ensino de Gersaint", "O almoço na relva", não indica nada de preciso), e que o questionador não saberia explicar nem a questão nem a si mesmo o que pesquisa.

6. Apesar dos aperfeiçoamentos que devolveram, os juristas ainda estão no procedimento do museu, ao qual eles deram justamente o nome de **processo do texto integral** ("full text").

Este procedimento é utilizado atualmente pela **Pesquisa documental jurídica automática**, que usa o computador para a colocação na memória, o endereçamento, a triagem, a pesquisa dos textos, etc.

7. Para o amador de arte, a imprecisão e o mistério dos pensamentos e dos sentimentos evocados por um quadro constituem um grande atrativo.

Para o jurista a situação é perigosa.

A sorte dos homens e da humanidade, a fortuna, o bem-estar, a vida dos indivíduos e dos grupos estão confiados a apalpadelas e a leituras quiméricas.

O instinto, a iluminação, a inspiração, a fineza, o faro, a sorte, desempenham nos procedimentos ingênuos um papel decisivo.

Um homem sábio e instruído, em um momento de inspiração e de sorte, pode ser bem sucedido. Podem ocorrer conseqüências trágicas em outros casos.

8. O texto integral e o pensamento ingênuo são no momento nosso único recurso que não é desprezível. Vivemos igualmente bem ou

mal com o pensamento ingênuo inspirado, aliás, impregnado em uma parte do próprio pensamento científico, que melhora e anula os efeitos perigosos através de artifícios experimentais que o jurista não sabe utilizar.

Este regime social incerto e impreciso é, entretanto, preferível à falsa ciência e às falsas classificações.

Enquanto a liberdade, a solidariedade, a igualdade frente ao Direito, a responsabilidade, a pessoa humana, a finalidade dos atos humanos e os grandes traços do universo social não puderem ser objeto de um começo de conhecimento preciso, é inútil tentar evitar o ingênuo.

Esta situação é sempre mais perigosa. A multiplicação das relações, o domínio crescente do universo e outras causas fazem surgir situações diante das quais a sabedoria, o instinto, as pequenas luzes de que somos capazes, encontram-se desorientados.

O faro do artilheiro pode ser suficiente para tiros a pouca distância, ou ao alcance da vista. Mas nenhum cosmonauta confiaria sua vida a um lançador de foguetes, que só soubesse usar o faro e o bom senso. O bom senso é bem distribuído, mas de pouco alcance (1).

9. Encontramo-nos na situação de um alquimista que decide sistematizar seus conhecimentos, mas ignorando ainda todas as valências, as leis quantitativas da química, da física atômica e subatômica do universo que ele pretende denominar e combinar.

É possível estabelecer um quadro de elementos atômicos e de elementos do universo social? Atualmente nada impede sua existência, mas nada a justifica. A não ser a experiência mais longa e refinada dos juristas, isto é, dos homens que vivem em sociedade e conseguem organizar transações relativas a seus bens...

10. O conhecimento ingênuo é insuficiente e pouco seguro. Mas o ingênuo sempre precedeu o científico. Sua presença assegura e anuncia a possibilidade de uma melhora do conhecimento.

(1) Esta proposição ingênua exige grandes desenvolvimentos, porque no bom senso existem coisas que são de pouco alcance e outras que não o são.

Os Direitos que sempre surgem espontaneamente em qualquer grupo humano possuem, ingenuamente, um certo número de grandes linhas de aparência estável, com flutuações, que acompanham o pensamento ingênuo.

Além disso, estes primeiros elementos simples e estáveis parecem terem sido revelados ao pensamento ingênuo – com toda sua eficácia operacional – já na mais remota antigüidade, enquanto que a idéia de uma granulação e de uma redução dos elementos só se instalou definitivamente e só foi explorada – no que diz respeito às partículas da matéria, – há duzentos anos atrás. O elemento atômico do universo das pessoas, a **pessoa individual** (que não se deve confundir com o boneco fisiológico não atômico e mutável, conhecido pela biologia), sempre foi, praticamente, conhecido e utilizado.

II – O universo das relações sociais regradas

11. Visto ingenuamente, o universo social regrado (submetido a normas de conduta) parece maior e mais rico do que o das ciências “duras” atuais, e parece mesmo maior que o universo das ciências humanas e das ciências sociais não normativas.

Eis alguns dos elementos e das relações novas que parecem, aos olhos dos que se submetem ao jogo das normas, acrescentar-se aos elementos do mundo dos físicos atuais.

1) A pessoa

12. O Direito conhece dois tipos de seres: as **coisas** e as **pessoas**. É o único que observa a segunda categoria de seres: a das **pessoas**, que não se confunde com nenhum dos elementos dos físicos, nem dos **metafísicos** e dos **filósofos**. Esta categoria só aparece durante as trocas de bens reguladas pelo direito, isto é, no curso das transações jurídicas no sentido mais amplo, naquelas em que aparece a idéia do justo e do injusto.

As duas categorias são divididas e constituem a **suma divisio** do universo do justo e do injusto (denominaremos aqui o universo jurídico no sentido amplo: o universo da distribuição e da troca de matéria entre pessoas).

As coisas são bastante conhecidas das ciências.

A **pessoa** (o comprador, o vendedor, o grupo humano que aceita esta venda e a garante) é um ser visível para os observadores jurídicos, isto é, para os homens que vivem em sociedade. Mas nenhum deles é capaz de dizer, a não ser em termos ingênuos, o que é uma pessoa.

2) As metas

13. As relações entre os homens a respeito de bens não parecem evoluir a todo momento, como um projétil que avança em sua trajetória. Elas não parecem se dirigir para uma saída única, como a matéria que avança em direção à repartição equalitária da energia.

Os movimentos humanos regrados parecem se dirigir a numerosas situações conhecidas mal e ingenuamente pelo projétil. Essas situações finais imprecisas são as **metas**.

As etapas intermediárias e, em geral, tudo aquilo que leva ao encaminhamento para esta situação terminal, tomam o nome de **meios**.

A distinção entre as metas e os meios é admitida de maneira imprecisa e muito especialmente, pela cibernética e o maquinismo, mas é pouco conhecida pela física e geralmente repudiada pela biologia (1).

Por outro lado, a meta é um elemento essencial do universo social regrado, admitindo a noção do justo e do injusto.

(1) Ver a obra: Aurel David, **A boa distribuição dos bens**, à qual o presente estudo serve de introdução.

3) As normas

14. Ingenuamente observadas, as metas parecem ter uma característica objetiva, conhecível e imperiosa para o pensamento de todos os homens que se movem na esfera do justo e do injusto. Estas normas e este real se impõem como nas ciências experimentais, mas aqui em grau diferente e difícil de apreender (por isso, em lugar de **Leis**, preferimos chamá-las de "normas").

Não somente a meta que ele "deve" seguir se impõe ao espírito de um homem; mas a própria meta se impõe, em um determinado lugar numa certa época, em determinadas condições imprecisas, a qualquer homem colocado nas mesmas condições iniciais.

Os homens aderem às normas muito mais por convicção (por persuasão) que por coerção. Isto é verdadeiro ao menos para as normas onde a questão do justo se coloca mais tangível (ver, infra nº 19).

A adesão por reconhecimento da norma é o fundamento sem o qual nenhum Direito poderia existir, pois a coerção só se dirige aos casos patológicos excepcionais (1).

4) Dimensão dos problemas sociais regrados.

15. Ao distribuir-se uma coisa a uma pessoa não a tiramos de todas as outras pessoas, e delimitamos esta coisa em relação a todas as outras coisas.

Cada vez mais se toma consciência de que os problemas sociais regrados colocam em jogo um número imenso de pessoas e de coisas, quando não o conjunto do universo social.

5) A interferência entre pessoas e coisas

Pessoa e matéria formam dois elementos, e seu conjunto, duas estruturas independentes e estranhas. O espírito se recusa a pensar que a

(1) A existência e a explicação da existência de casos patológicos são, por si mesmos, uma das grandes estranhezas do universo social.

confusão ou a mistura sejam possíveis, que se possa transformar a pessoa em matéria e a matéria em pessoa. Ingenuamente uma longa coabitação com o universo social nos impede de pensar que se possa reunir coisas para obter uma pessoa suplementar, e para que o juiz possa dizer a esta nova combinação: sente-se Senhor. Resultando um ser sujeito de Direito, amado por nós, com o qual nos solidarizamos e aceitaríamos dividir nossos bens e os bens da terra.

O ponto fundamental é sem dúvida este: as duas séries levam cada uma a um elemento fundamental próprio, elementos irreduzíveis um ao outro. Um não é composto do outro; cada série tem sua origem distinta: a) a matéria, pensa-se atualmente, sem termos um exato conhecimento, começa por grãos elementares: - átomos, depois elétrons, depois quark, etc...

b) quanto a pessoa, ao contrário, as coisas foram sempre simplesmente reconhecidas. Existe um átomo elementar que é a pessoa individual independente do boneco fisiológico, que não tem nome, é cambiável, vendável, louvável, facilmente destrutível e mutável.

A questão mais embaraçosa e, entretanto, perfeitamente estabelecida quanto ao pensamento ingênuo das trocas, é a seguinte: estas duas estruturas distintas podem entretanto atuar uma sobre a outra, ao menos em certos casos.

Em certos casos os bens podem afetar as pessoas, tentá-las, seduzi-las, contentá-las, colocá-las em perigo.

Inversamente, as pessoas se relacionam com as coisas, procuram aglutinar esta matéria ao redor delas, organizá-la, apropriar-se dela, dá-la e recebê-la.

À medida em que se descobrem as manipulações do corpo humano, os implantes, os órgãos artificiais, percebe-se que o Direito, mesmo nas suas atividades de aparência não material, nunca faz outra coisa além de regrar e descobrir as normas da disposição da matéria pelas pessoas.

III – Originalidade do universo social regrado.

16. Apenas consideraremos aqui os sistemas sociais jurídicos, isto é, as relações entre pessoas e coisas, onde a norma se impõe aos espíritos como uma realidade (bem ou mal apreendida, mas objetiva e preexistente ao observador) ao ponto que se possa aplicar a coerção aos casos patológicos.

O pensamento ingênuo está persuadido que se trata aí de um universo real. Neste caso se poderia chegar a conhecer este universo por suas regularidades, seus elementos primeiros e sua combinatória.

Mas este universo apresenta traços que o distinguem do universo material já cientificamente conhecido, ou do cientificamente abordado.

As coisas são objetos conhecidos dos físicos, dos astronautas, dos químicos.

Mas as pessoas, suas metas, suas normas, suas interferências na matéria, seus problemas de grande número de parâmetros, tem traços originais que parecem pertencer a uma outra região do universo, a outras físicas, a outras matemáticas, que nos agrada adivinhar, imaginando-se regularidades, invariáveis e leis existentes nesta região do universo.

17. A **pessoa** parece ser um elemento novo, invisível desde o observatório científico e que apresenta características surpreendentes.

Por um lado, a pessoa se assemelha a um elemento que vem se juntar àqueles elementos que os químicos conhecem. Esta proporia um segundo quadro de elementos ao lado de Mendeleev, dando assim a um certo setor do universo elementos pertencendo a dois quadros diferentes, cada um com seus elementos fundamentais, que se pode abranger melhor, de ano em ano.

Este é o ponto que possibilita tomar imediatamente parte na discussão apresentada um pouco mais adiante: a originalidade do mundo

social do justo e do injusto vem de sua imensa complexidade (suficiente para fazer aparecer novos problemas) ou vem de novos elementos fundamentais que só se pode descobrir neste setor do universo?

A resposta jurídica ingênua é no sentido de que novos elementos se acrescentam aos da matéria. A pessoa possui características de um átomo (ver a obra já citada), ela aparece como especialmente estável (seu nome não muda nos registros do Estado Civil), e juridicamente quantificada (as pessoas são iguais nas relações em que está em causa a justiça) incorruptível, não misturável. Ela não tem partidos.

Entretanto, do ponto de vista de sua "capacidade", a pessoa é variável, pode ser jovem ou idosa, doente ou sã, demente ou lúcida, instruída ou ignorante, homem ou mulher. Seríamos tentados a crer que a pessoa é um falso átomo, que ela é apenas um aglomerado de complexidades indecifráveis que se toma por um novo átomo (1).

Isto não é possível nem negando a pessoa, o que faria afundar o edifício ingênuo sobre o qual nós conseguimos viver, nem considerá-la como um átomo de Bohr, nem como uma máquina supercomplicada.

Se ela fosse real, este real pareceria se manifestar sob aspectos "sui generis", abrindo categorias novas.

As metas, também são disformes e flutuantes penetrando umas nas outras, tendendo a tornar-se simples pontos de etapas – meios – sobre a estrada que leva a outras metas mais distantes.

(1) "A personalidade jurídica individual nos aparece contínua e idêntica a si própria; nasce com o indivíduo, é logo constituída; af permanece sempre, mesmo durante a existência, sustenta sem falhas durante anos, situações jurídicas imutáveis; vê-se enquanto o homem adormece; permanece são enquanto ele delira..."

Nesta fisionomia agitada, tumultuosa, transtornada por todas as paixões que é a face voluntária do homem, o Direito aplicou uma máscara imóvel".

MAURICE HAURIUO, *Lições sobre o movimento social*. Falando da pessoa, assim como a conhecem os que desempenham o jogo social regrado, Hauriou descreveu na realidade um átomo. Mas na atmosfera clássica do século XIX, se vê simplesmente uma ficção, uma máscara colocada sobre a complexidade fisiológica e psíquica e não um novo átomo, ainda desconhecido cientificamente. Isto faz pensar na atmosfera de incredulidade que envolveu o aparecimento dos primeiros escritos de Lobatchevsky ou de Roemann que pretenderam introduzir métodos de investigação de regiões do outro universo. E também nos primeiros trabalhos de A. Einstein.

Estas metas interpenetram-se parecendo desenhar uma corrida em direção a um número pequeno de metas distantes, cada vez mais difíceis para descrever. Esta questão está intimamente ligada com o seguinte: o enfraquecimento, algumas vezes total, da força coercitiva da norma.

19. As **normas** deveriam ser objetivas, se impor a todo espírito: todo homem deveria segui-las sem hesitação, como na física macroscópica clássica os objetivos materiais seguem suas leis.

Ora, os homens 1) não conhecem naturalmente suas normas e 2) não as seguem obrigatoriamente mesmo quando supostamente conhecidas.

Por outro lado, e esta questão está ligada àquela do parágrafo precedente (é difícil distinguir as metas dos meios), a força coercitiva em razão das normas sociais varia muito conforme se trate de uma norma profunda de meta aproximada, ou de uma norma derivada de meta muito distante (“não matar” obriga mais que “manter à direita”).

Ingenuamente descrito, este determinismo é “sui generis”, e mostra liberdades que não possuem medida comum nem semelhança com as incertezas microfísicas, por exemplo.

Os termos “dever fazer”, “liberdade individual”, etc., são dos mais imprecisos da linguagem jurídica, o que não é dizer pouco.

20. **Os grandes problemas** (no sentido moderno deste termo) apresentados pelas relações sociais, poderiam fazer crer que estes problemas são efetivamente devidos à imensa complexidade das situações onde se apresenta a questão do justo e do injusto.

Como escolher entre as duas opiniões: “a pessoa é uma imensa **complexidade**, obtida a partir dos mesmos elementos que o universo da mecânica clássica”, ou então “a pessoa introduz um novo elemento ao lado dos da mecânica clássica”.

IV – Complexidade ou termos primeiros novos

a) Originalidade devida à complexidade

21. Não se pode prever o resultado dos dados, em razão do grande número de parâmetros do problema. Isto basta para dar uma feição misteriosa e nova.

Dos exemplos mais elaborados como a Gestalt, ou o cachorro atrás do carro, citado por H. Atlan, ou os cubos magnéticos de Benard e também toda sua dinâmica, talvez, não apresentem parâmetros de um novo tipo. São problemas demasiado grandes para serem suportados por nosso espírito atual.

Se conhecêssemos todos os dados dos cubos de Benard, se soubéssemos estabelecer os cálculos postos pelo agrupamento de tantos elementos, a ordem obtida no resultado não nasceria “ex nihilo”, sairia sem gestalização de qualquer espécie, da desordem inicial, e de sua evolução obrigatória.

A ordem a partir da desordem de H. Atlan, de Benard, de Belousov, de Prigogine, de Eigen, não é uma ordem obtida a partir de uma desordem, não são imprevisíveis. Vem de uma ordem inicial que não conseguimos entender de tão confusa, numerosa e entrelaçada. Não existe nenhuma novidade no resultado: há somente o mesmo número enorme de elementos presentes no início, mas que são mais fáceis de entender agora. Constatados e considerados, então, como uma novidade.

Nós não podemos afirmar a priori que a pessoa não seja ela também uma novidade desta ordem, uma ilusão criada pela **complexidade**. Mas toda experiência jurídica faz surgir a intuição de uma autêntica novidade, tendo elementos primeiros novos relativamente fáceis de conhecer e que levam a um elemento primeiro independente dos outros.

b) Originalidade devida aos elementos novos

22. Nada impede que existam, em certos setores do universo, **elementos primeiros** que não aparecem, em situações clássicas, elementos que seriam invariantes, constantes e leis, corpos e combinatórias diferentes, acrescentando-se aos que aparecem nos setores clássicos.

Ingenuamente este outro jogo de invariantes é conhecido e usado praticamente por aqueles que vivem em sociedade.

O jogo social parece evidenciar ingenuamente alguns elementos primeiros originais. Temos todos o grande hábito de sua ingênua manipulação.

Podemos tentar mostrar (ver a obra já citada) que as dificuldades clássicas, tão antigas como o Direito e a vida em sociedade, parecem se resolver facilmente se utilizarmos dois jogos de termos primeiros que podem interferir: Aquele dos físicos e dos químicos atuais e aquele, o suplementar, do universo social regrado.

Uma simplificação se produz então, semelhante a que se produziu no momento da introdução da lógica moderna. Problemas antigos como as sociedades tornam-se permeáveis, assim como os paradoxos e os enigmas dos antigos desaparecem no momento da introdução de uma lógica mais rica.

Os elementos primeiros da experiência social regrada atual não são provavelmente os primeiros, não mais do que o oxigênio de Lavoisier, ou os elementos Mendelejev.

Mas se deve começar a utilizá-los antes de poder determiná-los.

23. Estes elementos parecerão antes de tudo surpreendentes e escandalosos. São elementos novos e inesperados, sem o que teriam sido sistematizados há muito tempo.

Os antigos jusnaturalistas, desde os estoicos e Cícero até os grandes barrocos espanhóis do século XVI e Grotius no século XVII, acreditavam em uma lei social simples e reta, tão simples como as leis da mecânica clássica que regem a queda de uma pedra, ou a formação de ondas na superfície de um lago.

Renunciou-se desde muito tempo a estas ilusões. Se existem regularidades sociais regradas, **devem** ser surpreendentes, diferentes, e **devem** alterar nossos hábitos de pensamento.

Por isso as atitudes adotadas em face das dificuldades sociais, à medida em que estas dificuldades tornam-se mais visíveis e mais impetráveis, são características e particularidades de nosso século.

V – Atitudes possíveis face aos problemas sociais.

24. Diversas atitudes podem ser adotadas:

a) Considerar o Direito e suas regularidades, suas normas e seus átomos como uma mitologia fadada a desaparecer.

A vida, a pessoa, a meta e a norma seriam afabulações sob as quais se esconde uma realidade clássica, mais complexa: O Etna atrás do ciclope, o Vesúvio atrás do Polífeno, as brisas dos olfos atrás dos cantos das sereias.

O Direito seria uma quimera, uma máscara aplicada sobre o real clássico, ou então, um ardil, escondendo a exploração do homem pelo homem, ou qualquer outra farsa. Isto, no entanto, não explica nada aos olhos do homem de ciência, pois a exploração do homem pelo homem é uma frase cheia de sentido, mas de sentido apenas ingênuo.

b) Outra atitude possível é o **agnosticismo**.

A dificuldade e as dimensões novas dos problemas e seu aprofundamento fazem nascer uma desconfiança particular em nossa época, contrastando com o espírito legista napoleônico, ou a seriedade da reflexão jurídica do século XIX.

O jurista, o pai de família, o homem que vive em sociedade, tomam suas decisões sem explicações, nem aos outros nem a si mesmos; confiam no “sentido da equidade”, “no bom senso”, no empirismo, no conhecimento das leis publicadas, na jurisprudência e nas inferências imprecisas permitidas em relação à espécie considerada (se as inferências permitidas são precisas a questão não se coloca), a inspiração, o acaso e sobretudo uma grande experiência e coabitação com as matérias humanas e sociais.

Atualmente, não se pode sair deste procedimento ingênuo a não ser tentando-se uma investigação científica.

Isto pode acontecer desde as decisões de um homem de entrar em uma sociedade e de subscrever partes de um capital, de um pai fazer seu testamento em favor desta ou daquela pessoa, de exercer seu poder paternal e decidir sobre a escola e os estudos que seu filho seguirá, até de um chefe de Estado em declarar uma "guerra". Tudo isto pertence ao Direito no sentido mais amplo, e poderia estar submetido às normas.

25. – Mesmo nesse caso, não se pode querer proceder por redução aos termos primeiros, e pela pesquisa de tais termos e de sua combinatória.

Se tratará então de penetrar nas complexidades imensas, admitindo que elas não introduzem nenhum fator elementar novo.

Podemos esperar algum sucesso neste sentido?

Uma tendência bastante difundida neste fim de século consiste em não querer penetrar nas complexidades, e em não perder nada analisando. Voltando-se para Heráclito e numerosos pré-socráticos que se contentavam em permanecer à beira do grande rio para admirar seu escoamento, sem poder descrevê-lo.

Talvez, através destes processos, chegaremos a algum conhecimento fecundo, mas, até aqui, o que geralmente conseguimos foi a redução aos elementos.

Esta falsifica e empobrece, sem dúvida, mas – quer se trate de desvendar complexidades muito grandes ou muito simples, – é a única arma que nos fez conseguir alguma coisa.

Neste caso, tais complexidades poderiam ser matematicamente penetradas, para ir até os termos primeiros clássicos em direção aos quais o caminho seria tão longo, que se temeria nunca chegar ao fim?

No instante, e depois de tudo o que os pensadores como Ross Ashby e tantos outros nos ensinaram, parece difícil crer em uma vitória sobre tão grandes problemas.

26. – A experiência jurídica nos faria crer, ao contrário, não nestas grandes complexidades, mas em elementos primeiros novos, que afloram sob os fatos jurídicos, e que hoje poderíamos isolar.

É o caminho que será adotado na obra seguinte no decorrer deste estudo (nº 13).

VI – Singularidade de uma pesquisa de novos termos primeiros.

27. Um novo reducionismo pareceria ir de encontro às tendências atuais, tanto no que se refere às tendências científicas quanto às jurídicas.

A) Contra as tendências científicas.

Estas parecem ir atualmente no sentido de um unistruturalismo combinável e supercombinável em conjuntos de complexidade imensa com muitos níveis: num só jogo de átomos e de elementos, mas as combinações destes poucos elementos dão complexidades enormes e estranhas.

a) Unistruturalismo

28. Todas as disciplinas científicas, umas após as outras especializam-se em pesquisas para a análise do serviço e sua redução aos mesmos elementos de saída da matéria clássica.

Existe somente uma física: a da matéria, considerada em níveis e com complexidades diferentes.

Talvez se encontram pesquisas de vanguarda referentes à biologia físico-química, tais como a genética, química do núcleo celular, dos compostos pré-bióticos, a termodinâmica dos processos irreversíveis, as reações oscilantes.

Mas toda a pesquisa científica, experimental e formal de uma maneira ou de outra traz também sua contribuição.

b) As complexidades

Este universo, tendo somente um único jogo de termos primeiros, só parece se desvendar em níveis de complexidade muito elevados, fazendo aparecer em cada etapa grandes novidades, consideradas como nascidas "ex nihilo", e que não existiriam nas partes do conjunto que se estuda.

Esta atitude é relativamente nova. Parece ter sido adotada na aurora do pensamento ocidental e progressivamente abandonada em favor de um reducionismo e de sistemas de elementos e de leis fundamentais.

No início, os pré-socráticos só conheciam o mundo observável de seu tempo através de tomadas de consciência globais assumindo a forma de mitos.

Depois, dois mil anos de esforços revelaram gradualmente leis, elementos, invariáveis, regularidades repetitivas estáveis e fecundas. Os próprios pré-socráticos produziram, aliás, Pitágoras e a escola de Mégars que eram, cada uma a seu modo, reducionistas.

Mas parece que esta clarificação terminou. Os elementos primeiros que tínhamos conquistado se obscureceram novamente.

Partindo da escala inferior: os elementos tornam-se cada vez mais fugidios. Esta observação só interessa muito pouco às ciências sociais que só podem pretender no momento a era da descoberta do oxigênio por Lavoisier e não podem considerar atualmente tais aperfeiçoamentos e aprofundamentos. Nas primeiras descobertas e aproximações a matéria também parecia atômica e estável.

Partindo da escala superior: a combinação dos elementos não basta para explicar suas combinações complexas.

Desde Claude Bernard começou-se a ver a originalidade dos grandes sistemas.

Pois, através dos trabalhos de Kühler, Cannon; Bertalanffy, Ross Ashby, e tantas outras pesquisas importantes, chegamos de novo frente ao grande rio de Heráclito: novamente não sabemos nada e ficamos na margem a olhar o admirável escoamento inatingível.

29. As ciências pareceriam assim ir a um universo **unistrutural** (admitindo um único jogo de termos elementares) e **complexo**.

A pesquisa de elementos primeiros proposta aqui, e na obra introduzida pelo presente artigo, propõe, ao contrário, um universo cujos elementos afloram (que não é **extremamente complexo**) mas cuja dificuldade surge de **termos primeiros suplementares** não ainda claramente percebidos.

Este universo seria então analisável em suas estruturas relativamente pouco compostas, ao menos em uma primeira aproximação, e por ocasião de uma primeira abordagem.

Sem dúvida, estes novos elementos, acrescentados aos antigos e com eles combinados, produzirão imensas complexidades em diversos níveis de supercomposição.

O tempo das complexidades não penetráveis pelos meios de análises atuais virá, sem dúvida, mas, mais tarde.

Nada impede que esperemos encontrar até lá novos meios matemáticos que possibilitem vencer os sistemas muito grandes.

O tempo da desordem virá também, estejamos certos. No momento, deveríamos em primeiro lugar, reconhecer os componentes naturais que parecem esconder-se sob os ciclos e as sereias.

B) Contra o instinto dos juristas e do "pater familias".

30. É em tal momento, pensava Fontrages, que se vê quanto são estúpidas as histórias em que o narrador faz posar um melro nos cornos de um cervo! Estes galhos sagrados do veado, proibidos a qualquer pássaro, os ramos mais antigos e os únicos vivos da floresta.

Jean GIRAUDOUX, Eglantine.

O agnosticismo, o recurso à inspiração, ao sentido da justiça, a convicção íntima, praticada por todos os que desempenham o jogo social, tem raízes profundas. Um reducionismo, que coloca em evidência os termos primeiros e uma combinatória, pode parecer perigoso.

Sempre se sente uma emoção quando se é convidado a entrar "no convento terrível da ciência" e mais ainda quando se trata de questões que colocam em jogo o justo e o injusto.

Dez justos teriam bastado para salvar Sodoma. Mas ninguém pode e não quer dizer o que é um justo. Se arriscaria de obscurecer a beleza ao analisá-la.

Se existe ainda uma zona em que o homem, seu coração e suas iluminações parecem insubstituíveis, se ainda existe uma cabeça de ponte, esta zona é a do justo.

Como Fontrages, encontrando o cervo na floresta, sente-se que seus galhos são sagrados. "os mais antigos e os únicos vivos na floresta".

O juiz inglês "traz a justiça no escrínio de seu coração". Ora, o que caracteriza estes procedimentos que chamamos ingenuamente de "o coração", é a característica iluminada, calorosa, inimitavelmente humana. Esta aparência de "humanidade" pode desaparecer também, para dissolver-se na matéria em seu quadro clássico de elementos. Mas é a última cabeça de ponte.

31. Não parece evidente que o coração seja logo inteiramente explicado. Ele será, talvez, um dia, mas se isto for permitido a nosso espírito – o que nada prova nem desmente – o será por homens bastante diferentes de nós.

Pode acontecer também que algumas destas questões nos ultrapassem definitivamente, como a geometria de uma esfera ultrapassaria as possibilidades de uma formiga bidimensional não matemática rodando sobre esta esfera.

Mas muitas coisas poderiam ser explicadas, reduzidas aos elementos, melhoradas, corrigidas por um melhor conhecimento. E isto não atacaria de maneira alguma o coração.

Pode-se hoje doar o sangue, o pulmão, o rim, a um outro homem, sem impedir por isso que o doador permaneça uma pessoa inteira, bem mais digna de respeito e de amor que o egoísta que não dá nenhuma parte de seus bens. São coisas que podem ser compreendidas e corrigidas, sem que a beleza do coração seja de forma alguma atacada.

Ao contrário, é indispensável salvar os homens conhecendo tudo que é possível de ser conhecido, admitindo-se todos os reducionismos, onde parecem ter sucesso e servir as pessoas (se tem ainda recurso aqui aos termos ingênuos, mas como fazer de outra forma se ainda foi esclarecido?):

Pois estas partes estão ainda obscuras e poderiam não mais estar.

Durante o Congresso sobre os sistemas complexos que realizou-se recentemente em Paris, um autor (1) colocou a seguinte questão:

"A Organização das Nações Unidas possui mais de duas mil comissões diferentes para as doenças exóticas, as crianças subalimentadas, os deficientes, etc. E muitas vezes ela parece impotente para resolver estes problemas.

(1) Congresso das grandes complexidades, Paris-março 1977.
J. Mac Afee et E. Rafael: Social complexity.

Ao contrário, algumas grandes organizações industriais internacionais parecem ter desenvolvido meios intelectuais capazes de resolver grandes problemas de gestão, numa escala comparável à dos negócios tratados pelas Nações Unidas.

Seriam homens de negócios os únicos capazes de conduzir tais empreendimentos intelectuais?"

Não é certo que as situações sejam comparáveis.

As grandes sociedades resolvem problemas comerciais de gestão.

A justiça transacional se choca contra problemas que colocam em jogo a cada passo o humano, a solidariedade, o amor pelas crianças, pelos fracos, sempre mais, à medida em que a justiça aumenta.

Isto evidencia parâmetros novos cujo jogo só pode ser pensado até agora através de procedimentos ingênuos, logo, incertos.

Se alguma coisa pudesse ser feita, o homem de ciência deveria fazê-la, e a primeira maneira de fazer, atendendo os desenvolvimentos e afinamentos ulteriores, consiste em reconhecer as invariantes.

32. (Nossos predecessores) nos levaram até um certo degrau, o menos esforço nos faz subir mais alto, e com menos trabalho...

Palcal, Fragmentos de um "tratado sobre o vazio".

A obra "**A boa distribuição dos bens**" (entre as pessoas) introduz, pelo presente estudo, tentativa de reconhecer elementos e regularidades estáveis e repetitivas.

Isso não implica uma confiança absoluta na fecundidade definitiva da redução dos termos primeiros.

Deve-se pensar em todas observações que podem ser imaginada e em todas as críticas contra o reducionismo, e especialmente naquelas que foram feitas aqui.

A obra introduzida por este estudo pensará nos termos primeiros que parecem aflorar e só procurará evidenciá-los, porque é assim que tudo parece ter começado em relação aos outros conhecimentos, e porque estamos bem atrás – em razão da complexidade de nossa matéria – do ponto em que estavam o conhecimento químico do século XVIII, ou o conhecimento físico antes de Galileu.

Muitas estruturas jurídicas (no sentido mais amplo) nacionais e internacionais parecem poder se abrir a um primeiro conhecimento e não apenas à intuição ingênuo atual. "Tudo isso é desconhecido e convida à experiência", ou, ao menos, convida à interpretação precisa de uma experiência social que já existe.

É sob o benefício destas observações que se deve considerar a pesquisa tratada na obra "A boa distribuição dos bens" – e acolher os elementos do universo que parecem propor a prática da vida em sociedade.

Nós não dispomos, mesmo admitindo-se que um dia isto seria possível, da riqueza da qual dispõem as ciências atuais. Nossos predecessores não nos levaram a um nível do qual pudéssemos subir mais ainda.

Começamos somente a perceber os primeiros traços fechados do universo social que nos envolve. Homens de ciência e juristas, não podem explorar, como Ulisses, as margens de nosso mar interior e adivinhar alguns pontos fixos, alguns primeiros elementos e primeiras invariantes, cujo conhecimento poderia nos permitir ir mais longe.

PROCESSO CIVIL E CIBERNÉTICA

IRAN DE LIMA
Procurador da Fazenda Nacional no Distrito Federal.

“É preferível conceder aos mecanicistas o que é visivelmente mecânico e mesmo um pouco mais, tomando, por este lado, todas as precauções possíveis”.

(Aurel David – A Cibernética e o humano – Capítulo Preliminar)

INTRODUÇÃO

Um dos problemas brasileiros de maior atualidade é o do Poder Judiciário, assoberbado com o número crescente de conflitos de interesse que surgem como decorrência do desenvolvimento econômico, que está conduzindo o país a um estágio mais elevado no cenário mundial.

Por outro lado, os recursos tecnológicos avançados se encontram mais ou menos acessíveis e são capazes, se bem empregados, de resolver os múltiplos problemas ocorrentes.

A cibernética, ciência recente, mas já com um grande desenvolvimento, pois que serviu de base teórica ao progresso e expansão do campo de aplicação da computação eletrônica, é capaz, também, de trazer novas perspectivas ao Processo Civil, no sentido da maximização de sua eficácia.

O homem da era tecnológica, mais do que qualquer outro, utiliza a máquina como uma extensão necessária no seu agir diário.

A extensão do homem, que é a máquina, deve ser aplicada na realização dos trabalhos rotineiros, mecânicos, sem que nunca se inverta a situação, ou seja, a mecanização do trabalho intelectual.

É necessário que, na ciência do direito, se separem as atividades rotineiras, próprias da extensão do homem, a máquina, daquelas outras que são próprias do homem, as atividades intelectuais. Essa separação, no entanto, é aparente, porque, na verdade, o que se busca é a integração, porque um é a extensão do outro.

O PROCESSO CIVIL

I - PROCESSO

Processo, na linguagem comum, significa, numa expressão mais simples, seguimento, decurso. Supõe, portanto, uma noção de tempo, pois que todo o seguimento importa momentos diferentes. Importa, também, uma idéia de finalidade. Quando se fala em processo, há implícita a noção de um fim a ser atingido.

No mundo jurídico, o processo, posto continue com a mesma acepção, sem mudanças semânticas, tem um sentido especializado. "Le langage du droit est un usage spécialisé du langage ordinaire..." 1). O processo passa a ser então um dos ramos do Direito Público Interno. O processo também se especializa. Temos um processo civil, um processo penal, um processo falimentar, etc. Cada uma dessas especializações é considerada, hodiernamente, um ramo autônomo do direito, com autonomia didática e científica.

Para os fins deste trabalho interessa somente o estudo, ainda que breve, do processo civil, ou seja, daquele "conjunto de atos destinados à aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa" 2).

O Direito Processual Civil é direito formal 3), porque estabelece a forma pela qual se realiza o direito. Há, no processo civil, um predomínio da forma. Muitas vezes esse predomínio é tão absoluto que chega até a inutilizar o ato praticado em desconformidade com o preceito legal. Há temperamentos, na verdade, mas de natureza mínima.

O direito Processual tem uma natureza instrumental 4), porquanto dele nos valem para a dedução de nossas pretensões em juízo, visando à obtenção de determinados bens da vida. A parte que se defende, o réu, também se vale do processo como instrumento.

- 1) H.Ph. Visser't Hooft-La Philosophie du langage ordinaire et le droit-Archives de Philosophie du Droit-Tome XIX-Sirey-Paris - 1974 - página 22.
- 2) José Frederico Marques - Instituições de Direito Processual Civil - Forense - Rio - 1962 - Volume I - página 25.
- 3) Pontes de Miranda - Comentários ao Código de Processo Civil - Forense - Rio - 1974 - Tomo I - página 44 e 45.
- 4) José Frederico Marques - opus cit. - página 66.

O processo é, portanto, uma técnica especializada, no mundo jurídico, pela qual, a final, cada um dos contendores em lide vem a receber o que é seu. Como toda a técnica, que resulta sempre num fazer especializado, tem muito de rotina no seu desenvolvimento. Isso não diminui a sua importância no mundo jurídico, já que, a qualquer momento, um instituto de Direito Processual pode sofrer uma reelaboração e o fazer especializado muda. Até a Matemática sofreu reelaboração com a introdução da teoria dos conjuntos em tempos modernos.

II - PROCEDIMENTO

O procedimento não se confunde com processo. O processo é conjunto de atos tendentes a um fim, que é compositivo do litígio. Procedimento é a marcha dos atos do juízo, coordenadamente, através de formas e ritos 5).

O conjunto de atos que constitui o processo assume variada forma, segundo a natureza da pretensão deduzida em juízo. Essa variedade de formas é estabelecida pelo legislador, de maneira mais ou menos arbitrária, pois, se é verdade que algumas pretensões exigem uma diferenciação específica, nada indica que há necessidade de diferentes prazos para a resposta do réu ou para a interposição de recurso.

Pontes de Miranda costuma falar em remédio jurídico processual, dizendo que se origina da lei processual, sendo "o caminho que tem de ser perustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação, ou somente com ação" 6).

O Código de Processo Civil, quando trata dos procedimentos especiais, Livro IV, embora, em cada um de seus capítulos, fale de ações, está, na realidade, se referindo a remédios jurídicos processuais, a procedimentos, como bem diz o título geral (Dos Procedimentos Especiais).

- 5) José Frederico Marques - opus cit. - página 31.
- 6) Pontes de Miranda - Tratado das Ações - Tomo I - Editora Revista dos Tribunais - São Paulo - 1970 - página 94.

Além dos procedimentos especiais, existe o procedimento comum. As pretensões são deduzidas segundo o procedimento comum por exclusão. Tudo aquilo que não for objeto de procedimento especial é regido pelas normas do procedimento comum. O remédio jurídico processual, no caso do procedimento comum, é a chamada ação ordinária. Atualmente, o procedimento comum se subdivide em procedimento ordinário e procedimento sumaríssimo.

Cada uma das subdivisões do procedimento comum constitui um remédio jurídico processual específico. Na pesquisa do remédio jurídico processual adequado, como se observa, primeiramente, por exclusão, verificando-se que não é caso de procedimento especial, parte-se para o procedimento comum. Nesse, novamente, por exclusão, ou seja, não sendo o caso do procedimento sumaríssimo (art. 275, do Código de Processo Civil), será então procedimento ordinário.

Finalmente, os procedimentos, os remédios jurídicos processuais são arbitrariamente fixados pelo legislador visando a dar maior rapidez no andamento de certas pretensões deduzidas em juízo, representando a opção por determinados interesses de ordem privada, válida apenas e enquanto o Judiciário não tiver ao seu dispor os prodígios da era tecnológica.

III - RACIONALIZAÇÃO NO PROCESSO

Max Weber, na sua sociologia jurídica, distingue quatro tipos puros e ideais, formando uma tipologia jurídica. Os quatro tipos puros são: a) a racionalidade lógica formal; b) a irracionalidade formal; c) a racionalidade substantiva; d) a irracionalidade substantiva 7).

Julien Freund, em sua obra 8), diz que Weber distingue entre o direito formal e o direito material 9), no que difere de Trubek que, como

7) David M. Trubek - Max Weber on Law and the Rise of Capitalism - Yale Law School - Studies in law and modernization - no 4 - p. 729.

8) Julien Freund - Sociologia de Max Weber - Forense - página 134.

9) Julien Freund - opus Cit. - loc. cit.

vimos, apenas menciona os quatro tipos puros. O posicionamento de Julien Freund não nos parece correto, porque é capaz de conduzir a equívocos. Atualmente, temos uma divisão do direito em material e formal, em qualquer ordenamento, mas não especificamente no sentido weberiano. Para nós, o direito formal é aquele de natureza instrumental, necessário à dedução em juízo de uma pretensão dada, derivada do direito material ou substantivo.

Max Weber não se preocupou com a divisão do direito em material e instrumental, o que é compreensível, já que o Direito Processual, como ramo autônomo, é bastante recente. O Direito formal para Max Weber (racionalidade lógico-formal e irracionalidade formal) é aquele que tem critérios de decisão intrínsecos ao sistema. A irracionalidade formal deriva da associação com decisões proféticas ou com a revelação. Trubek diz: "The criteria of decisionmaking is intrinsic to the legal system but unknowable..." 10). A racionalidade lógico-formal implica na existência de um código e, portanto, os critérios de decisão são também intrínsecos ao sistema.

Fizemos essas considerações iniciais para que possamos utilizar os conceitos weberianos para os fins a que nos propomos. O sistema jurídico da racionalidade lógico-formal é aquele altamente previsível e calculável e, segundo Max Weber, essencial ao desenvolvimento do capitalismo. A Inglaterra e, particularmente, os Estados Unidos, constituem uma exceção, já que o "Common Law", em absoluto, pode ser considerado um direito do tipo da racionalidade lógico formal.

Considerando a já mencionada divisão do direito, vigente na atualidade, em substantivo ou material, de um lado, e processual ou formal, de outro, podemos racionalizar mais o processo, com vistas a uma futura computerização por segmentos.

Um exemplo de racionalização do processo podemos encontrar através da comparação entre o Código de Processo Civil anterior e o vigente e sem que, com isso, estejamos optando, do ponto de vista doutrinário, por qualquer um deles em seu conjunto.

10) David M. Trubek - opus cit. - página 729.

O Código de Processo Civil anterior, Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, nos artigos 161 a 168, estabelecia as disposições gerais relativas às citações, notificações e intimações. Quanto à citação, que é o chamamento do réu a juízo, 11), nunca houve divergência doutrinária. A notificação e a intimação sempre foram objeto de vacilação na doutrina.

O Código atual, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, deu um exemplo de racionalização. Em seu artigo 234, definiu intimação, dilatando-lhe o conceito, para incluir o de notificação 12).

Com esse exemplo de racionalização, ficou demonstrado como um ordenamento jurídico pode ficar mais calculável e previsível através da eliminação dos pontos de divergência. Essa racionalização só é possível no processo, que é direito instrumental, de natureza formal. No direito material ou substantivo essa modalidade de racionalização não é desejável, porque as suas normas visam a regular a atividade social, cambiante por natureza e, às vezes, até, de modo imprevisível.

IV – OS ESTADOS DO PROCESSO

O processo civil, ordinariamente, apresenta um procedimento dividido em fases. Temos, assim, uma fase postulatória, uma fase instrutória e um julgamento 13). Cada fase processual forma um segmento de tempo bem determinado, em seu início e em seu fim.

O processo civil pode ser considerado um sistema dinâmico, ou, mais tecnicamente, um subsistema dinâmico do sistema jurídico dado. Uma das acepções de sistema é “um conjunto de partes combinadas de forma a poderem concorrer para um determinado resultado” 14). O dinamismo do sistema implica, naturalmente, numa idéia de movimento.

- 11) Pedro Batista Martins – Comentários ao Código de Processo Civil Forense – Rio 1.960 – Volume II – página 280.
- 12) Pontes de Miranda – Comentários ao Código de Processo Civil Forense – Rio – 1.974 página 297. Tomo III
- 13) José Frederico Marques – Instituições de Direito Processual Civil – Forense – Rio – 1962 – página 14 e 15 – Volume III.
- 14) Carlos Candal dos Santos – “in” O Informático nº 4 – Boletim informativo do 1º Congresso Brasileiro de Cibernética – 1.972 – P. A1 – p. 22

O processo, quanto à sua essência, pode ser visto como uma relação jurídica, caracterizada pela unidade, complexidade e dinamismo 15). O aspecto dinâmico da relação é que confere essa característica do processo que se traduz num caminhar para a frente, para um objetivo dado: a composição de um litígio.

Empregando a linguagem própria da cibernética, diremos que cada fase do processo, enquanto procedimento, se traduz numa mudança de estado da lide. Esse emprego da linguagem é adequado porque, sendo o processo civil um subsistema dinâmico em que se cogita, neste trabalho, da possibilidade de computerização, podemos validamente repetir as palavras de Ashby: “Hay, sin embargo, dos virtudes científicas peculiares de la cibernética que merecen mención especial. La primera es la de ofrecer un vocabulario único y un único conjunto de conceptos adecuados para representar los más diversos tipos de sistemas” 16).

Recorrendo ainda à cibernética, veremos que o seu conceito fundamental é o de diferença, seja entre coisas diferentes, seja entre dois estados de uma mesma coisa que mudaram no transcurso de tempo 17).

No processo, desde o seu início até o seu fim, há uma constante mudança de estados, como de resto ocorre em qualquer sistema dinâmico, sendo que as mudanças mínimas, infinitesimais, não nos interessam. Interessam-nos as mudanças em que o sistema realiza um salto e procura seu primitivo estado estável ao longo de uma nova variável 18).

Terminada a fase postulatória, o conteúdo informacional do processo é muito mais amplo do que em seu início. Opera-se, então, uma mudança significativa, já que não mais se trata do exame dessas informações, mas, sim, da verificação de quais delas que não foram objeto de prova. Na fase postulatória, o que ainda não foi provado, na forma documental por exemplo, deverá sê-lo por qualquer uma das partes em

- 15) Hélio Tornaghi – Instituições de Processo Penal – Volume I Forense – Rio – 59 – página 235.
- 16) W. Ross Ashby – Introduccion a la cibernética – Ediciones Nueva Visión – Buenos Aires – 1972 – página 15.
- 17) W. Ross Ashby opus cit. – página 21
- 18) Wolfgang Wieser – Organismos, Estructuras, Máquinas – Cultrix – São Paulo – página 46.

litígio. Terminada essa fase, há um novo salto, porquanto tudo ficou esclarecido. As informações da primeira fase foram cotejadas com as provas produzidas ou não na segunda fase, e o Juiz então estará habilitado a decidir, dando a cada um o que é seu.

Como se observa, é a informação que, agindo como operadora sobre o operando, o caso em litígio, vai determinar a transição de uma fase para outra, ou de um estado do processo para outro estado 19).

A CIBERNÉTICA NO PROCESSO

I – A CIBERNÉTICA

A palavra cibernética foi criada por Norbert Wiener em 1948, derivada da palavra grega NUBEPVNMS, que significa “piloto”, e de onde se deriva a palavra “governador” 20).

Para Wiener, o criador da cibernética, esta é a ciência da comunicação no animal e na máquina. É a arte de guiar, segundo Ashby 21).

A cibernética é um campo do conhecimento humano onde os cientistas de todos os outros ramos do saber se encontram e são capazes de manter um diálogo. Daí a razão porque nos congressos de cibernética encontramos especialistas dos mais diversos campos como participantes, falando uma linguagem comum, abrangente de todas as ciências em que operam.

Muitas outras definições de cibernética foram propostas como, por exemplo, a de Couffignal: a arte da eficácia da ação 22).

19) Sobre operandos, operadores e transição ver Ashby, opus cit. páginas 21 à 23.

20) Norbert Wiener – Cibernética e Sociedade – Cultrix – São Paulo – p.15 –

21) W. Ross Ashby – opus cit. – p.11.

22) L. Couffignal – A Cibernética – Difusão Européia – São Paulo – p.23.

A cibernética é também uma teoria das máquinas, e com a particularidade de estudar a máquina também no seu relacionamento com o homem. O termo relacionamento, do ponto de vista jurídico, pode resultar incorreto, já que os juristas só reconhecem relações “inter homines”. Eis porque falaremos em integração do homem com a máquina.

As máquinas são extensões do ser humano e por ele próprio idealizadas, com o único objetivo de tornar a sua ação sobre o mundo exterior mais eficaz. Além da ação eficaz, o homem, utilizando essas extensões mecânicas, consegue libertar-se de todo aquele trabalho de natureza rotineira, meramente técnico. O objetivo dessa liberação não é necessariamente o aumento do tempo disponível para o lazer, a que, fatalmente, levaria aquela sociedade tecnológica altamente sofisticada de que fala Kurt Vonnegut Jr., em *Player Piano* 23).

O aumento do tempo disponível do homem deve ser empregado numa maior atividade de natureza intelectual. Isso é muito importante ter em mente. Qualquer aumento da utilização de máquinas sofisticadas deve ser corretamente orientado para que ao homem fique sempre a atividade intelectual. No momento em que eliminarmos, pela racionalização extremada, toda a possibilidade de ação humana, dentro de um determinado processo, teremos dado o primeiro passo para a decadência total do ser humano.

A cibernética é uma ciência vitoriosa, pois que, em pouco tempo, surgiu todo um complexo de sistemas, de mais variada natureza, com objetivos de controle e até de direção das mais diversas atividades.

O processo civil, direito de natureza formal e instrumental, deve sofrer o impacto da computerização em tudo aquilo que for atividade meramente rotineira. Nunca se deve pensar, no entanto, em reduzir a atividade intelectual, através de uma racionalização extremada, à mera rotina, sob pena de eliminarmos toda a criatividade humana.

23) existe trad. port. – *Revolução no Futuro* – Artenova – 1973.

II - OS SERVIDORES JUDICIÁRIOS

Um dos maiores problemas com que se defronta o profissional do direito, na atualidade, é o demorado andamento dos processos judiciais nos cartórios. Isso ocorre muito mais pela falta de modernização de tais serviços do que pela ineficiência dos funcionários. Na verdade, embora os recursos da era tecnológica, a organização judiciária apenas timidamente introduziu alguns avanços da técnica, como, por exemplo, as copiadoras "xerox".

Urge, portanto, que se introduza a computerização nos cartórios judiciais, com a introdução de sistemas avançados para o controle e classificação dos processos em andamento, expedição de mandados e demais registros necessários.

A tecnologia para a implantação da modernização dos serviços cartorários já existe e, o que é importante, em condições acessíveis, já que o custo do serviço será pago pelos próprios usuários, os profissionais do direito, ao proporem as ações em juízo.

O andamento das ações poderá ser verificado pelos interessados através de listagens em vez do antiquado processo das Notas de Expediente datilografadas manualmente.

Os funcionários dos cartórios, numa preparação para a introdução do sistema, poderão ser especialmente treinados nas diversas especialidades que a computerização requer, evitando-se, assim, a dispensa em massa.

Essa iniciativa de introdução da computerização nos serviços judiciários deve partir dos próprios integrantes do Poder Judiciário antes que, num momento qualquer, face a uma situação caótica, os técnicos sejam obrigados a intervir, despreocupados com os problemas humanos que possam decorrer das inovações.

No momento atual não mais é possível pensar na execução de inúmeras atividades rotineiras e mecânicas, através de um processo puramente manual, cansativo e sujeito a um maior número de erros.

É claro que a introdução da computerização nos serviços judiciários exige um planejamento prévio para que não se crie outro setor básico de dependência externa acentuada. Como destaca a revista Visão, a tecnologia de computadores está ao nosso alcance. Existem até projetos em andamento, embora de maneira morosa 24).

O ideal seria a criação de grupos de trabalho integrados por juristas, técnicos em computação eletrônica e titulares de cartórios judiciais, para a apresentação, dentro de prazos pré-fixados, de soluções concretas para a introdução da computerização nos cartórios.

III - A COMPUTERIZAÇÃO DOS SEGMENTOS

Lothar Philipps, em estudo sobre Direito e Informação, destaca o fato de que a vida de hoje é determinada essencialmente pela atividade em forma de sistemas integrados por homens, máquinas e regras técnicas (25).

Cita como exemplos o sistema de divisão do trabalho e aqueles sistemas que transmitem sinais de alarme, como o caso da sirene. Nesses sistemas há uma integração homem-máquina de forma tal que um responde ao estímulo do outro (26).

No mundo moderno, os sistemas de integração do homem com a máquina são muito mais numerosos do que, à primeira vista, possa se supor. Temos os sistemas de telecomunicações e, em geral, todos aqueles sistemas em que um sinal luminoso é capaz de provocar um estímulo no homem para que reaja de uma determinada forma. Esses últimos sistemas são até muito antigos e existem desde muito antes da introdução dos modernos sistemas de computação eletrônica.

O processo civil, subsistema de Direito, também opera essa integração do homem, não com uma máquina, mas com um sistema

24) Computador: Uma tecnologia ao nosso alcance - Revista Visão - Volume 43 - nº 5 - 3 de março de 1.976 - página 55 e seguint.

25) Direito e Informação - Revista da Consultoria Geral do Estado Porto Alegre - Vol. 5 - nº 13 - 1.975 - página 131.

26) Lothar Philipps - revista cit. - páginas 135 e 136.

semiológico que, ante uma determinada combinação de sinais gráficos, formando as palavras, provoca uma reação do julgador que, por sua vez, imprime um determinado impulso ao procedimento.

Essa observação singela da integração do homem com o sistema semiológico, no processo civil, que decorre da simples observação dos fatos, nos leva a pensar numa integração entre o homem e a máquina eletrônica, possível de ser introduzida no processo. O homem já não mais reagiria a um estímulo de natureza puramente semiológica e, o que é mais importante, ficaria liberado das tarefas rotineiras, que cairiam no campo próprio de atividade da máquina.

O processo civil, como já vimos quando estudamos os estados do processo, apresenta segmentos de tempo bem determinados, que a doutrina tradicional denomina de fases, separadas por atos processuais bem determinados.

É o caso do despacho saneador, que separa a fase instrutória da fase postulatória. A partir da sua prolação não mais se cogita das alegações das partes, mas somente da prova daquilo que foi alegado.

O despacho saneador é ato complexo, envolvendo múltiplas resoluções do juiz, muitas das quais importam em decisões que podem pôr termo à relação processual ou, até mesmo, extinguir a ação (27). Como se observa, a máquina não pode prolar um despacho saneador, já que se trata de ato processual de natureza puramente intelectual e extremamente complexo.

Até o momento do despacho saneador, no entanto, muitos segmentos puramente mecânicos ocorrem no processo. Esses segmentos mecânicos podem e devem ser entregues à máquina, justamente para que ocorra uma maior liberação de tempo para que o juiz se aplique mais a sua atividade intelectual típica.

A sentença também é um produto da atividade intelectual, e com complexidade maior do que o despacho saneador. A complexidade da

27) José Lopes de Oliveira - O Despacho Saneador - Sugestões Literárias S/A. - São Paulo - 1.972 - página 31.

sentença é tão grande que o juiz pode até não proferi-la em audiência. Tem para isso o prazo de 10 dias, conforme dispõe o art. 456, do Código de Processo Civil. Disposição essa que já vem do código de processo anterior.

Finalizando, o processo civil é suscetível de ser dividido em segmentos, o que é desejável que ocorra, intervindo o juiz apenas no momento em que um segmento se completa, após o que impulsiona a máquina para o cumprimento do segmento seguinte.

IV - A ATIVIDADE JUDICIÁRIA MERAMENTE INTELLECTUAL

Um processo de modernização do direito, nos tempos modernos, importa num complexo de medidas que não podem desprezar os adiantamentos da ciência, em todos os seus campos.

A máquina eletrônica avançada, o computador, não pode ficar à margem dessa modernização. A sua atividade, no entanto, deve ficar limitada ao seu campo próprio, o desempenho de rotinas.

O homem que julga não pode ter a sua atenção desviada para a prática e controle de atividades rotineiras. O juiz, como órgão sensível das particularidades da vida social, precisa dispor de seu tempo para o estudo das complexas questões não só no âmbito do Direito, mas também da Sociologia e de outras ciências, que o habilitarão a decidir no melhor sentido dos interesses da coletividade.

Atualmente, com o grande número de processos que se encontram no Judiciário para julgamento, há um desvio de finalidade da atividade judicial, com o volume de tempo despendido na atividade mecânica e rotineira.

A solução não é, como se poderia supor, a especialização crescente, já que o Direito, como ciência, é uno, e as suas diversas divisões não têm outra finalidade do que aquela de natureza didática, que visa a tornar mais fácil o seu estudo.

O juiz, que se especializar apenas num fragmento do conhecimento jurídico, aos poucos vai perdendo a noção das coordenadas básicas do sistema jurídico e, por via de consequência, tenderá a julgar mal os casos atípicos que forem surgindo.

E não é só o campo do direito, nas suas diversas ramificações, que deve ser objeto da atividade intelectual do Juiz, mas também o campo agora bastante amplo das ciências sociais, necessário a todo aquele que se transforma em órgão sensível da realidade social circundante.

Devolva-se, assim, ao Judiciário, e com o auxílio dos recursos tecnológicos atuais, a sua atividade típica no julgamento dos processos, a atividade meramente intelectual, tendente à criação do Direito em maior grau.

CONCLUSÕES

Vimos, através desse breve estudo empreendido com o objetivo de mostrar aquilo de mecânico que existe no Processo Civil, a possibilidade concreta da utilização da computação eletrônica.

Preconizamos a computerização por segmentos, que podem ser as atuais fases do procedimento ou outras fases que se coadunem melhor com a computerização.

Os próprios serviços judiciários ficariam integrados nesse processo de computerização, o que, sem dúvida, evitaria uma duplicidade de controle, como ocorre atualmente, em que o escrivão e o juiz cuidam dos prazos e dos outros aspectos meramente formais do processo.

A forma pela qual tal sistema poderia ser implantado não foi objeto deste trabalho porque exige os dados da experiência que só podem ser trazidos pelas diferentes classes de profissionais que operam ou passarão a operar no âmbito do Judiciário: os juristas, os técnicos e os titulares de cartório.

A implantação de um sistema desse tipo vai, naturalmente, operar

uma profunda transformação na Teoria Geral do Processo. Muitos institutos terão que ser revistos. Outros terão que ser abandonados. Novos conceitos terão que ser criados. O processo civil, como ramo autônomo do direito, não desaparecerá, no entanto.

A medicina, hodiernamente, utiliza-se de um grande número de aparelhos, tais como o eletroencefalógrafo, o eletrocardiografo, o pulmão artificial, o coração artificial etc, e o médico não deixou de exercer a sua atividade intelectual criadora.

O processo civil, no Brasil, possui grandes cultores, capazes de efetivar a criação de uma nova Teoria Geral do Processo, adaptada aos tempos que correm.

Finalizando, diremos com Aurel David, é preferível dar aos mecanicistas, desde logo, o que é visivelmente mecânico e até um pouco mais, ou seja, aquilo que é mecânico, mas não de forma visível.

PARECERES

CONSTRUÇÃO NA FAIXA "NON AEDIFICANDI"

ORLANDO CARLOS GANDOLFO
Assessor Jurídico da Presidência da OERSA

Rodovia estadual. Prevalência do interesse geral do Estado-membro sobre o particular do Município. Faixa "non aedificandi". Inteligência do art. 7º do Decreto-Lei nº 13.626, de 21/10/43.

PARECER

1) Reportando-se ao primeiro caso constatado de invasão de faixa "non aedificandi" situada em **zona urbana** ao longo de rodovia estadual, submetida, por decreto do Poder Executivo, à jurisdição administrativa da Desenvolvimento Rodoviário S.A. DERSA, eis que os outros, que levaram a demolições coercitivas, se referem a construções irregulares que se localizam em **zona rural**, consulta o Senhor Diretor da Área Administrativa e Financeira da DERSA, em resumo, a respeito da orientação que a sociedade deve seguir.

2) Passamos a opinar.

3) A cada entidade de direito público – União, Estados federados e Municípios – incumbe, no Brasil, que é uma República Federativa (CF. art. 1º), um complexo de poderes e atribuições que a Constituição especifica e delimita.

4) PINTO FERREIRA: "A União tem determinadas competências e atribuições que lhe são próprias, no exercício da soberania nacional. Tais competências e atribuições ela as exerce privativamente, sem o concurso dos Estados-membros. É claro que estes também gozam de competências e atribuições privativas, que lhes são conferidas pela própria Constituição Federal, que se limitam dentro do exercício da sua autonomia constitucional" ("Direito Constitucional Moderno", 5a. ed. 1971, Revista dos Tribunais, pág. 337).

5) MANOEL GONÇALVES DE OLIVEIRA FILHO: "No Estado federal, pois, a descentralização atinge tal ponto que entre os órgãos totais e parciais há uma certa paridade resultante de comunhão de títulos. O poder dos órgãos nacionais (os da União) e os poderes dos órgãos parciais (dos Estados-membros) procedem da Constituição que entre eles divide competências sem os hierarquizar juridicamente" ("Curso de Direito Constitucional", 4a. ed., 1973, Saraiva, pág. 72).

6) Com efeito, os artigos 8º e 10 da Constituição Federal tratam da competência geral da União; o artigo 13, da competência geral dos Estados-membros, e, por último, o artigo 15, da competência geral dos Municípios. Mas, essa distribuição tríplice de poderes e atribuições não é arbitrária. Como observa PAULINO JACQUES, "existe um critério próprio para efetuar-la: o da amplitude do interesse em jogo. Assim, desde que este transpõe os limites do Município, é ao Estado que cabe regê-lo, tanto quanto competirá à União, se transpuser as lindes do Estado-membro" ("Curso de Direito Constitucional", 7ª ed., 1974, Forense, pág. 159).

7) Nessa conformidade, as leis podem ser federais, estaduais ou municipais, se se tratar de leis da União, dos Estados-federados, ou dos Municípios, tendo em vista as circunscrições político-administrativas, que integram o território do país, e o poder de autonomia legislativa, conferida a cada uma delas (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, "Princípios Gerais de Direito Administrativo", 1968, Forense, Vol. 1, pág. 232, nº 30.11).

8) O Município é a unidade do território do Estado, com autonomia política, administrativa e financeira; nos termos assegurados pela Constituição da República, pela Constituição do Estado e pela Lei Orgânica dos Municípios (Decreto-Lei complementar nº 9, de 31.12.69).

9) À União cabem os chamados poderes expressos ou enumerados, como também os implícitos, ou seja, aqueles necessários à execução dos poderes expressos. Prevalece, em relação aos Municípios, o mesmo critério: têm os poderes enumerados na Constituição e os poderes que nestes estejam implícitos. Já em relação aos Estados -membros, cabem, além dos poderes expressos, todos aqueles que não lhes sejam negados,

isto é, os poderes remanescentes, pois, como está na constituição federal: "Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição" (Art. 13, § 1º).

10) No entanto, há poderes que a Constituição Federal concede, concomitantemente, à União, aos Estados e aos Municípios. Nesse campo domina a regra: o interesse do governo de maior categoria prevalece sobre o de menor. Onde houver poderes concorrentes dos três níveis de governo, os poderes concorrentes da União prevalecem sobre os dos Estados, os quais, por sua vez, prevalecem sobre os dos Municípios (Cf. "Textos Seleccionados de Administração Pública", Volume X, "Administração Municipal", antologia coligida por SAMUEL SAIG JAMESON, 1965, FGV, pág. 127).

11) Nessa ordem é que funciona a linha de hierarquia político-administrativa dos poderes, que assegura a "união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (CF, art. 1º).

12) ANTONIO DE SAMPAIO DÓRIA: "O equilíbrio da federação está na independência recíproca das autonomias provinciais e da autonomia da União, sob o império incontestável da soberania nacional" ("Direito Constitucional", ed., C.E.N., 1959, Segundo Tomo, pág. 53).

13) A organização federal, diz BRANDÃO CAVALCANTI, "se completa pela integração no sistema de todas as unidades territoriais que compõem a estrutura federal - a União, que é o todo, os Estados, cuja reunião completa a organização federativa, e os Municípios, unidades territoriais, que são a expressão orgânica dos interesses locais" ("A Constituição Federal Comentada", 3ª ed., 1956, Konfino, Vol. 1, pág. 19).

14) MARCELO CAETANO: "O Estado Federal é um estado complexo, formado por outros estados, de tal modo que o poder fica dividido entre a autoridade federal, que em certas matérias é independente dos estados federados, e as autoridades estaduais que, por sua vez, noutras matérias, decidem sem qualquer dependência do Estado Federal" ("Direito Constitucional", 1977, Forense, Vol. I, pág. 171, nº 96).

15) Observa PINTO FERREIRA: "As Constituições federais de

1946, 1967 e 1969 especificam as atribuições e competências no seu próprio texto, enumerando as competências e atribuições da União e reservando aos Estados-membros os poderes não conferidos à União e aos Municípios" (Ob. cit. pág. 335).

16) PAULINO JACQUES: "A competência da União, dos Estados-membros e dos Municípios está, hoje, devidamente fixada e distribuída na Lei Máxima, de modo a afastar todo e qualquer conflito entre os entes territoriais públicos. A cada qual incumbem as atribuições enumeradas na Constituição, e somente elas, salvo as implícitas na realização dos fins preestabelecidos, de acordo com o princípio de "quem quer os fins quer os meios necessários para a sua realização" (Ob. cit., pág. 159).

17) Exemplo de graduação ou amplitude de interesse lê-se no Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.41: "Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados" (art. 1º, § 2º).

18) Essa ordem hierárquica, explica SEABRA FAGUNDES, decorre "da supremacia política e administrativa da União sobre as unidades territoriais em que se subdivide, e do Estado sobre o Município" ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 2a. ed., 1949, Freitas Bastos, pág. 81, nº 55).

19) Após ressaltar que "a regulamentação do uso da estrada caberá à autoridade com jurisdição sobre essa via e se restringirá às respectivas faixas de domínio, respeitadas as disposições deste Código e seu Regulamento" (CNT, art. 15), portanto, dentre outras, assim as que dizem com qualquer forma de publicidade que possa provocar a distração dos condutores de veículos ou perturbar a segurança do trânsito (CNT, art. 26, § 3º; RCNT, art. 67) como as que dizem com as faixas "non aedificandi". Tal implica no reconhecimento da prevalência do interesse geral da União, nas estradas federais, sobre o regional do Estado-membro, e o deste, no tocante às estradas estaduais, sobre o local de determinado Município. Aliás, estabelece, ainda, o Código Nacional de Trânsito, que a estrada sempre será considerada via preferencial em relação a qualquer via pública (art. 15, Parágrafo único). Isso, em outras palavras, significa que as medidas de segurança decorrentes de rodovia estadual envolvida por perímetro

urbano sobrepoem-se, por representarem um interesse público maior, às que dizem com vias públicas urbanas – ruas ou avenidas-municipais. Por isso a estrada é sempre considerada via preferencial "em relação a qualquer outra via pública" (CNT, art. 15): a federal dominando a estadual, e, esta, a municipal, e, com mais razão, rua ou avenida local.

20) O Regulamento do Código Nacional de Trânsito refere-se à essa graduação de interesses, ao dispor:

Art. 35. Compete especialmente à União:

1 – Regulamentar o uso das estradas federais e respectivas faixas de domínio... etc.

Art. 36. Compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios especialmente:

1 – Regulamentar o uso de suas estradas e respectivas faixas de domínio... etc.

Art. 37. Compete aos Municípios, especialmente:

1 – Regulamentar o uso das vias sob sua jurisdição, ... etc.,

estatuindo, ainda:

Art. 33. Os órgãos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios exercerão a jurisdição sobre as estradas de seu domínio, e, no tocante ao trânsito, se restringirá às faixas respectivas.

21) MÁRIO MASAGÃO se reporta, à vista disso, às estradas públicas pertencentes à União, ao Estado-membro e ao Município, conforme sejam, respectivamente, federais, estaduais ou municipais ("Curso de Direito Administrativo", 3ª ed., Max Limonad, pág. 151/3, nºs 277/9).

22) Disso resulta que dizendo a faixa "non aedificandi" com restrição ao direito de construir tendo em vista, na esfera federal, interesse

geral da União, na esfera do Estado-membro, interesse geral estadual, e, na esfera do município, interesse geral municipal, pode ser estabelecida, conforme a amplitude do interesse em jogo, por lei federal, estadual ou municipal, prevalecendo, no entanto, em virtude do princípio da hierarquia das leis (J.M. DE CARVALHO SANTOS, "Código Civil Brasileiro Interpretado", 3ª ed., 1942, Freitas Bastos, Vol. I, pág. 17, nº 10; HÉSIO FERNANDES PINEHIRO, "Técnica Legislativa", 1962, Freitas Bastos, 2ª ed., pág. 17), a de maior sobre a de menor latitude.

23) Como ensina PINTO FERREIRA: "Esta proeminência ou esta superioridade se revela de diversas maneiras: a) pela maior amplitude de competências e atribuições legislativas da União; b) pela superioridade financeira da União; c) pelo primado do direito federal sobre o direito das coletividades-membros, na seguinte hierarquia: Constituição federal, leis federais, constituições estaduais, leis estaduais..." etc. ("Direito Constitucional Moderno", 5ª ed., 1971, Revista dos Tribunais, Volume II, pág. 363).

24) Estabelecida pelo Decreto-Lei nº 13.626, de 21.10.43 ("Lex", Estadual, 1943, pág. 143), que "dispõe sobre normas para o traçado das estradas de rodagem estaduais", a área "non aedificandi" reflete, na ordem civil (CC., art. 572), uma restrição administrativa, geral e de interesse coletivo, que responde às exigências do interesse público federal, estadual ou municipal que a motiva, sem, contudo, produzir o aniquilamento da propriedade (nosso parecer inserto na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Vol. 10, pág. 493, sob o título "Utilização de Área "Non Aedificandi").

25) Preceitua o Código Civil: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos" (art. 572).

26) À latitude desse poder, ensina CAIO TÁCITO, apenas dois obstáculos se oferecem: "o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos - o que significa dizer, o respeito ao direito alheio e ao interesse público. Enquanto o primeiro rege relações privadas, o último põe em causa o poder de polícia do Estado, que funciona como meio de controle preventivo do exercício do direito de construir" ("Direito Administrativo", 1975, Saraiva, pág. 146).

27) PONTES DE MIRANDA: "As limitações por vizinhança e as limitações por direito público marcam até onde pode ir o arbítrio do titular do direito real" (Tratado de Direito Privado", 2ª ed., Borsoi, Tomo XI, pág. 22, § 1.164, n.1).

28) Quer se trate de zona rural, quer se trate de zona urbana, a restrição administrativa ao direito de construir imposta, nas rodovias estaduais, pelo Decreto-lei nº 13.626, de 21.10.43 - e em que pese a existência de decisões em sentido contrário ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo" 41/69; 43/61; 38/114; 24/121; 23/115; 17/137, etc.), há de prevalecer, em termos constitucionais, sobre norma de lei municipal, porque, na verdade, a medida não diz com a autonomia municipal. Afeta, antes, o tráfego intermunicipal, que é da competência do legislador do Estado (Apel. Civ. nº 76.287, TASP, 3ª Câm. Civ., ac. de 18.04.67, Rel. YOUNG DA COSTA MANSO, in RT 382/241).

29) Apenas o "peculiar interesse municipal", isto é, aquele predominantemente de interesse municipal (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira", 1972, Saraiva, 1º Vol. pág. 144; ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA, "A Autonomia dos Municípios", in "Revista da Faculdade de Direito de São Paulo", Vol. 24, pág. 419; J.H. MEIRELLES TEIXEIRA, Autonomia Municipal e Administração Financeira dos Municípios", parecer in "Estudos de Direito Administrativo", 1949, PMSP, Vol. I, pág. 247/8; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Direito Municipal", 1977, L.E.U.L., pág. 59; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", 1977, Revista dos Tribunais, pág. 115) é que se sobrepõe ao interesse geral do Estado e dos outros municípios, e da própria União.

30) ADILSON DE ABREU DALLARI: "Atualmente, já é pacífico o entendimento de que são de peculiar interesse municipal todos os assuntos nos quais o interesse do Município é predominante sobre o das outras esferas de governo" ("Organização Municipal", in RDP 16/299).

31) De fato, ao Município compete prover tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, (LOM, art. 3º). Jamais, o que ultrapasse a esse limite, vale dizer, o que se situar na esfera intermunicipal, pois, então, a atribuição caberá ao Estado federado.

32) Nem poderia ser de outra maneira regulado o assunto realça o Des. YOUNG DA COSTA MANSO, pois ao interesse de determinado município haverá de sobrepor-se o interesse geral do Estado e dos outros municípios, como prescrevia a Lei Orgânica dos Municípios de 1947 (Lei nº 1, de 18.09.47, art. 16, V), "num princípio de direito aplicável a qualquer hipótese de conflito de interesse entre o Estado e o Município" (RT 382/241).

33) De seu turno, rezava a Lei Orgânica dos Municípios, de 1967: "O município elaborará as normas de edificação, de zoneamento e de loteamento urbano ou para fins urbanos, atendidas as peculiaridades locais e a legislação federal e estadual pertinentes" (Lei nº 9.842, de 19.09.67, art. 80).

34) Ao simples interesse local de determinado município sobrepondo-se, portanto, o interesse maior do Estado - membro, porque, na lição de PAULINO JACQUES ficou dito, desde que o interesse em jogo transpõe os limites do Município, ao Estado federado é que cabe regê-lo, tanto quanto competirá à União, se transpuser as lindes do Estado-membro.

35) A lei paulista que implanta faixa "non aedificandi" respeita, assim, o princípio da autonomia municipal, ainda quando determinado trecho da estrada atravessa perímetro urbano, porque o bem a preservar representa, então, interesse predominantemente estadual, não havendo a falar, portanto, em "peculiar interesse do Município", que, ficou salientado, reflete um interesse predominantemente local.

36) O conceito de "peculiar interesse", a que se reporta a Constituição Federal (Art. 15, II), consoante adverte HELY LOPES MEIRELLES, "exige exata interpretação, para que o Município não invada competência alheia" (Ob. cit., pág. 114), do Estado-membro ou da União, ensinando, mais, o citado mestre: "Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privado da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição", para

concluir: "O que define e caracteriza o peculiar interesse, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União" (Ob. cit., págs. 114/5).

37) Esta regra do interesse prevalente era enunciada pelo insigne PIMENTA BUENO ("Direito Público Brasileiro", 1857, pág. 317), do seguinte modo: "A natureza do poder municipal revela quais devam ser suas atribuições essenciais. Tudo quanto respeita especialmente à sociedade local, tudo quanto não for de interesse provincial ou geral, deve ser atribuído ao conselho da família municipal. É justo e conveniente que essa associação se governe como melhor julgar em tudo quanto essa liberdade não ofender os outros municípios ou os interesses do Estado" (citação feita por MEIRELLES TEIXEIRA, ob. cit., pág. 357).

38) FRANCISCO CAMPO, dissertando sobre a delimitação do conteúdo da autonomia municipal, demonstra que estendendo-se um negócio, ou interesse, a mais de um município, deixa ele de constituir interesse ou peculiaridade local, escapando ao mesmo tempo à autoridade do governo do Município, a competência deste para regulamentá-lo, para concluir: "Desde que o interesse, pelo seu caráter ou natureza, não seja local, ou pela sua extensão e pelas suas conexões não se possa circunscrever aos limites do território municipal, ou em outras palavras, não seja possível ao município regulá-lo sem violar o limite da sua competência constitucional, claro está que não se inclui na sua esfera de governo, nos seus poderes de administração, na agência constitucional da sua competência" (citação feita por J.H. MEIRELLES TEIXEIRA, ob. cit. pág. 247/8).

39) As funções municipais devem corresponder, portanto, a interesses não exorbitantes dos limites da circunscrição territorial da comuna, ou a serviço cujos efeitos, embora redundem em vantagem geral, apareçam estreitamente ligados à vida local, em relação imediata com suas necessidades e interesses. Poder-se-á dizer que a noção de interesse local prende-se a um interesse próprio da localidade, suscetível de isolar-se, individualizar-se, e diferenciar-se assim das necessidades de outras localidades.

40) Para se detectar o interesse prevalente deve-se verificar, "com agudo critério e senso de realidade, se o interesse em causa se revela

predominantemente local, ou, ao contrário, de caráter geral, regional ou nacional, e exorbitante, por consequência, da esfera de ação ou de auto-determinação dos entes locais" (MEIRELLES TEIXEIRA, "A Separação dos Poderes, a Autonomia Municipal e a Criação de Subprefeituras", *in*, ob.cit., pág. 360, nº 5).

41) Se assim é, legítimo se torna afirmar que as medidas adotadas pelo Estado, quando, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente, cuida da preservação de interesse regional, qual o capitulado no art. 7º do Decreto-Lei nº 13.626 citado, segundo o qual "nenhuma construção poderá ser feita a menos de 15 m (quinze metros) do limite das estradas de rodagem estaduais", por guardar um interesse predominantemente estadual, não afrontam o princípio do "peculiar interesse do Município", não afrontam a autonomia municipal, não afrontam a Constituição Federal, e, em termos constitucionais, encontram sede da competência que a Lei Maior lhe defere.

42) Com efeito, se ao Estado-membro, como está no Código Nacional de Trânsito (art. 15) e seu Regulamento (art. 36, I), compete regulamentar o uso das suas estradas de rodagem, há de se convir que essa competência perdura, em virtude da prevalência do interesse geral do Estado sobre o local do Município, ainda quando a rodovia atravessa perímetro urbano, máxime se a construção da rodovia antecede à instituição da zona urbana.

43) Aliás, estabelece o Decreto nº 52.437, de 14/04/70: "As restrições impostas pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 13.626, de 21 de outubro de 1943, devem ser observadas, também, nos perímetros urbanos e em suas extensões, cabendo ao D.E.R. zelar pelo estrito atendimento dessas normas" (art. 29).

44) Na conhecida lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: "Não cabe, portanto, identificar peculiar interesse municipal com interesse apenas municipal" (Ob. cit. pág. 144).

45) Estado-membro e Município podem dispor (RCNT, arts. 36, I e 37, I) sobre o traçado e regulamentação das suas estradas de rodagem, inclusive sobre as respectivas faixas "non aedificandi", como fez a lei

paulista, já citada. Isso revela, à evidência, não estar em jogo a figura do "peculiar interesse do Município" a que se reporta a Constituição Federal (art. 15, II), que os Estados-membros e a União sempre devem respeitar.

46) Pontilha YOUNG DA COSTA MANSO, em declaração de voto: "Não se concebe que a expansão do perímetro urbano vá transformando, pouco a pouco, estradas de rodagem estaduais e federais em avenidas ou ruas de povoados, vilas ou cidades! O conglomerado urbano, quando chega às bordas da rodovia já existente, dever-lhe-á respeitar o traçado e o uso especial de tráfego, sem a possibilidade de qualquer moléstia a este, como, aliás, acontece com o leito das estradas de ferro dentro das cidades". E, adiante: "A desorientação e ignorância do assunto vêm transformando invariavelmente as rodovias, nas proximidades do Grande São Paulo, ou de cidades do Interior, em ruas ou avenidas, ocasionando perigo a transeuntes e embaraço ao tráfego rápido exigido numa estrada de rodagem", dizendo, ainda: "Mas, evidentemente, a falta de presteza, se não o descuido, ou inércia, dos Departamentos de Estradas de Rodagem, podem criar uma situação de fato que, com o tempo, origina direitos, cuja impugnação tardia, principalmente em medidas tomadas apenas contra um ou alguns, e não contra todos, é inadmissível. Se o Departamento de Estradas de Rodagem competente deixou, sem usar de meios legais de impedimento, a estrada se transformar em via urbana, com edificações feitas publicamente à sua vista, e ainda com autorização do Município, que estendeu o perímetro urbano de maneira a "engolir" a rodovia, não seria jurídico que, repentinamente, fosse exigida a volta ao "statu quo ante", com a derrubada de casas, muros, jardins, passeios, etc., ou, ainda pior, que se fizesse tal exigência de um, com vista grossa relativamente aos demais, na mesma situação" (Bol. Adm. do DER. Supl. Jur. Dezembro, 1972, nº65, pág.8, voto proferido na Apel. Civ. nº 204.014, TJSP, 3ª Câ. Civ., ac. de 02.12.71).

47) Também já decidiu o Poder Judiciário que, embora transformada por lei municipal em via pública do município, a rodovia estadual não perde sua feição de estrada, com as características que lhe são próprias: "Em se tratando de rodovia estadual é ilegal a construção feita a menos de 15 metros do limite da estrada de rodagem, ainda que a zona urbana se aproxime e envolva a rodovia. As cidades podem crescer e aos municípios

cabará a demarcação de novas zonas urbanas. Esse crescimento, porém, não deverá atingir as rodovias da União e do Estado, nem as respectivas faixas de segurança. A segurança pública e o tráfego intermunicipal preferem ao simples peculiar interesse de um só município (RT 382/241). Nessa conformidade, aliás, já decidiu esta Câmara, em caso da comarca de Bauru (RT 356/317)" (Ag. pet. nº 111.628, Capital, TASP, 4a. Câm. Civ., V.U., ac. de 23.10.68, Rel. COELHO DE PAULA).

48) Apreciando o mesmo tema, assim se expressou, em voto vencido, o Des. MACEDO BITTENCOURT: "São numerosas as rodovias e auto-estradas que, ao longo de seu percurso, seccionam importantes centros urbanos. Nem por isso os trechos urbanos de tais rodovias devem ser administrados de acordo com as posturas de cada Município, como se fossem simples vias locais. Pelo contrário, justamente por se tratar de zona urbana, onde existem maior movimento e maior concentração populacional, é que se torna mais rigorosa a necessidade de observância das normas de segurança pública da legislação estadual ou federal". E, adiante: "A expressão "peculiar interesse" do Município é ampla, imprecisa e elástica. A conceituação do interesse local pode variar de uma época para outra. Há trinta anos, eram raras as rodovias pavimentadas no interior do Estado. Hoje, porém, as rodovias estaduais são construídas de acordo com a moderna técnica e permitem, mesmo nas zonas urbanas, o desenvolvimento de um trânsito intenso, em alta velocidade. Sendo assim, não é difícil perceber que, nos dias atuais, as normas de segurança do tráfego, nessas estradas, **ultrapassam os limites do peculiar interesse local**" (TJSP, Apel. Civ. n. 260.306, 6a. Câm. Civ., ac. de 07.07.77, in "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 43/77).

49) Por aí se vê que estrada de rodagem do Estado-membro não perde o caráter e tratamento de rodovia estadual para se transformar em via pública municipal – rua ou avenida –, somente porque envolvida pelo perímetro urbano. A preocupação do legislador foi precisamente a de evitar que isso pudesse acontecer, conforme se pode ler da exposição de motivo relativa à edição do Decreto-Lei nº 13.626, elaborada pelo Engº ARIIVALDO DE ALMEIDA VIANNA, antigo Diretor-Geral do DER, quando disse: "Não obstante, fixando em 15m o mínimo para o afastamento das construções (ver artigo 5º da minuta do decreto-lei), em relação à linha divisória da faixa de domínio, facilitaremos possíveis alargamentos

no futuro, uma vez que a desapropriação das áreas marginais não exigirá despesas com indenizações relativas a prédios e outras benfeitorias" (in "Legislação Rodoviária" 1952, publicação do DER, pág. 475).

50) O interesse do Estado, ligado a bem público de sua propriedade – rodovia estadual – por ser de maior amplitude, domina, portanto, interesse meramente local.

51) Vale a pena transcrever o entendimento do Bel. MILTON LUIZ DE CARVALHO SCAGLIONE, digno Procurador Chefe do DER/SP, quando, em parecer emitido em 16.02.66, elucida: "A competência Municipal, segundo os princípios constitucionais em vigor, restringe-se às questões de "seu peculiar interesse" (Const. Federal, art. 24, nº II) não podendo, portanto, sobrepor-se ao interesse maior do Estado, definido, na espécie, pelas restrições impostas pelo Decreto-Lei 13.626 de 21/10/1943", para concluir: "O crescimento da área urbana das cidades não pode ter o condão de transformar a natureza e alterar a destinação das estradas de rodagem estaduais, as quais, precisamente por atenderem a vários municípios e mesmo a todo o Estado, são bens públicos sujeitos à legislação do próprio Estado, por isso que não dizem respeito ao peculiar interesse de cada município em particular" (Processo nº 93.090/DER/62, INF-PRJ/DVC-013-1-16/2/66).

52) De outra feita, disse o mesmo Procurador-Chefe: "Em face dos objetivos visados pela lei, a conclusão que se impõe é a de que a exigência consubstanciada no art. 7º do citado Decreto-Lei nº 13.626 há que ser observada em toda e qualquer hipótese, dela não podendo o D.E.R. abrir mão em nenhum caso, sob pena de com isso subverter os princípios e normas que disciplinam o traçado das rodovias estaduais" (Processo 99.496/DER/63 – INF. PRJ/DGD-1405-1-14/11/63).

53) A extensão do perímetro urbano municipal não transforma em domínio municipal propriedade do Estado, diz outro aresto (TASP, 2a. Câm. Civ., Agr. pet. nº 74.653, ac. de 07/06/67, V.U., Rel. ANDRADE JUNQUEIRA).

54) Após ponderar que a proibição estabelecida na lei paulista visa à

segurança do tráfego nas rodovias e dos próprios moradores ou ocupantes das construções vizinhas, assenta acórdão já referido: "A medida, portanto, afeta mais o interesse do tráfego interestadual, que é da competência do legislador do Estado; não diz respeito ao "peculiar interesse" de um só município (vide a Constituição da República, art. 15, nº 11), para concluir: "As cidades podem crescer e aos Municípios caberá a demarcação de novas zonas urbanas. Esse crescimento, porém, não deverá atingir as rodovias da União ou do Estado, nem as respectivas faixas laterais de segurança, a não ser que haja acordo expresso" (TASP, 3ª Câm. Civ., Apel. nº 76.287, V.U., ac. de 18/04/67, Rel. YOUNG DA COSTA MANSO, in RT. 382/241; no mesmo sentido: RT 356/317; TASP, agr. pet. 111.628, 4a. Câm. Civ., V.U., ac. de 23/10/68, Rel. COELHO DE PAULA).

55) YOUNG DA COSTA MANSO: "Entendo que o fato de perímetro urbano se aproximar, através de loteamento de terrenos antigamente rurais, do leito de rodovias, não retira a propriedade do Estado ou da União sobre estas, nem suprime a própria natureza ou condição da rodovia, que permanece com o mesmo caráter no atravessamento do novo perímetro urbano engrandecido, ou seja, com as exigências legais e regulamentares de afastamento mínimo das construções laterais, altura, emprego de luzes ou anúncios luminosos, proibição de entradas diretas, etc.". E, adiante: "Assim, noutras palavras, o novo loteamento, que traga o perímetro urbano até junto de uma rodovia estadual ou federal, respeitando a propriedade e a utilização da estrada de rodagem, deverá prever ruas laterais, paralelas à faixa da rodovia, com possíveis entradas somente nos lugares ou pontos admitidos pelos Departamentos de Estradas conforme a hipótese, de maneira a não haver prejuízo ao tráfego rodoviário" (Apel. Civ. 204.014, referida).

56) Se estrada estadual, ou federal, puder, no trecho que atravessa zona urbana, ser convertida, por lei local, em via municipal, ter-se-á que admitir, como corolário, a possibilidade de apossamento, por essa forma, de bem público pertencente, conforme o caso, ao Estado federado, ou à própria União, pelo Município, com a faculdade, ainda, de lhe alterar as características técnicas, e, por que não? – o próprio traçado, tudo o que, à evidência, se revela injurídico, ofensivo mesmo ao regime federativo, porque, então, por motivo de mero interesse local, modificar-se-á os planos

rodoviários estadual e federal, poder que, de fato, inexistente nos quadrantes da autonomia municipal. Repita-se, com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: "Não cabe, portanto, identificar peculiar interesse municipal com interesse apenas municipal" (Ob.cit., pág. 144).

57) Entender-se de outro modo implicará admitir indevida interferência do Município na competência constitucional do Estado-membro de, respeitados os princípios guardados na Constituição Federal, reger-se pela constituição e leis que editar (art. 13), inclusive quanto à faculdade de regulamentar o uso das suas rodovias e respectivas faixas de domínio. Foi o que decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado em hipótese que, "mutatis mutandis", pode ser invocada, pois, então, ficou assentado descaber à lei municipal alterar itinerário de linha de ônibus intermunicipal que, em zona urbana, passa por rodovia estadual, mediante concessão do DER (Apel. Civ. nº 254.265, 5a. Câm. Civ. V.U., ac. de 15.10.76, Rel. DIAS FILHO).

58) Aliás, MIGUEL REALE ensina que qualquer dúvida sobre a amplitude da competência municipal não pode ser resolvida à luz de um texto isolado, qual preceito da Lei Orgânica dos Municípios, mas deve ser antes situada no plano constitucional, em função da totalidade do ordenamento vigente, sob pena de se incorrer em graves equívocos ("Regulamentação do Trânsito Urbano – Lei Nacional e Competência dos Estados e Municípios". in RDP 9/84).

59) Daí a conclusão a que chegamos em estudo anterior: "A Fiscalização da DERSA, no exercício do poder de polícia administrativa, compete verificar o uso que o proprietário está fazendo, em cada caso, da área "non aedificandi", e, se deparar com utilização incompatível com a restrição imposta pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 13.626, de 21 de outubro de 1943, comunicará o fato à chefia, para as providências cabíveis" (RPGESP Vol. 10, pág. 505, nº 49, 11).

60) Tenha-se presente, contudo, a competência atribuída ao Município, para "estabelecer normas de edificações, de loteamento, de arruamento, e de zoneamento urbano, bem como as limitações urbanísticas convenientes à ordenação de seu território" (DLC nº 9, de 31.12.69, art. 3º, IX) não ilide a competência maior do Estado-federado para estabelecer

normas de interesse intermunicipal ou estadual, como a mencionada no art. 7º da lei paulista, já citada, segundo expressamente fazia primeva Lei Orgânica dos Municípios (Lei nº 1, de 18.09.47, art. 16,V), princípio, no entanto, que subsiste, tacitamente, por dizer, ainda hoje, com o regime federativo.

61) Diante do que dispõe a lei paulista, as seguintes hipóteses podem, portanto, ser encontradas:

- a) Edificação **preexistente** à construção de rodovia estadual: se alcançada pela faixa "non aedificandi", deve ser demolida, amigável ou judicialmente, mediante indenização, assegurado ao proprietário, no entanto, a faculdade de usar o terreno em tudo que for compatível com a limitação administrativa imposta ao seu direito de construir;
- b) Edificação **posterior** à construção de rodovia estadual: será sempre irregular, ainda quando erguida em zona urbana, com autorização da Prefeitura Municipal, impondo-se sua demolição, em princípio sem indenização, assegurado ao proprietário a faculdade da utilização retro mencionada.

62) À vista de todo o exposto, concluímos: mesmo na hipótese de zona urbana, prevalece a proibição de construir imposta pelo Decreto-Lei estadual nº 13.626, de 21/10/43, quando preceitua: "Nenhuma construção poderá ser feita a menos de 15m (quinze metros) do limite das estradas de rodagem estaduais" (art. 7º).

63) Tal como o DER (Decreto nº 52.437, de 14.04.70, art. 29), a DERSA deve zelar pela observância dessa disposição legal nas rodovias estaduais submetidas, por Decreto do Poder Executivo (art. 1º, da Lei nº 95, de 28/12/72), à sua jurisdição administrativa, pois, conforme está no Decreto nº 52.669, de 03/03/71, que aprova o Regulamento do Sistema Rodoviário Anchieta-Imigrantes, aplicável, também, no que couber, à Via Anhangüera, por força do disposto no art. 4º do Decreto nº 7.739, de 29/03/76, - compete-lhe, dentre outras atribuições, "zelar pela observância das disposições legais, regulamentares e administrativas, reguladoras do alinhamen-

to, recuo e gabarito das construções às margens das rodovias, inclusive obras e instalações que possam interferir na segurança do trânsito e afetar a estética paisagística" (art. 15, IX).

É o que pensamos, S.M.J.

PR/ASJUR, aos 21 de junho de 1978.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER
Consultor-geral do Estado

PARECER Nº 3725

Desapropriação indireta
Pressupostos. Aforamento. Eficácia de cláusula excluindo o pagamento de indenização, no caso de parcela da área aforada vir a ser necessária para a abertura de ruas.

TRANSPORTES CAVOL LTDA. é titular do domínio útil de um imóvel sito à Rua Voluntários da Pátria, em Porto Alegre, com a extensão de 132,00 metros da frente aos fundos, do qual é senhorio direto o Estado do Rio Grande do Sul.

Alegando que esse terreno tem hoje menos de 60,00 metros da frente aos fundos, por haver sofrido diminuição, primeiro, em favor das obras da Avenida Castelo Branco e, segundo, para a passagem de trilhos da Rede Ferroviária Federal, pede **indenização**, em requerimento dirigido ao Governador do Estado.

Informa que a Rede Ferroviária Federal está tratando da indenização correspondente à passagem dos trilhos. Quanto à parcela correspondente à Avenida Castelo Branco, alega (sem comprovar) haver a Prefeitura Municipal se negado a examinar o pedido de indenização, porque executada a obra pelo Departamento Nacional de Obras e Saneamento, que, por sua vez, lhe dirigiu correspondência, esclarecendo que, "não sendo o Município o responsável pela indenização, esta deve ser feita pelo ESTADO"

Na Secretaria da Fazenda, opinou-se pelo descabimento de qualquer indenização, face à cláusula do contrato de aforamento, pela qual o foreiro assumiu a obrigação de "ceder sem ônus algum o necessário às ruas que forem abertas de permeio pela municipalidade".

É o relatório.

Encontramo-nos em face da hipótese de desapropriação indireta de domínio útil.

A garantia do direito de propriedade, expressa no art. 153, § 22, da Constituição Federal, abrange o aforamento, que, por igual, pode ser objeto de desapropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Nas hipóteses de desapropriação indireta, o proprietário ou o foreiro perde a posse, mas continua titular do domínio, até o pagamento da indenização, ou até que ocorra usucapião.

Quem deve indenizar? O expropriante ou a pessoa em cujo patrimônio se há de integrar o bem indiretamente desapropriado?

No caso concreto, a expropriação foi feita pelo DNOS, que fez o chamado Aterro dos Navegantes e nele construiu, onde antes passavam as águas, o dique sobre o qual hoje transitam os carros e que é a via pública municipal Avenida Castelo Branco.

O Estado não desapropriou nem recebeu os bens expropriados. A que título iria indenizar?

A expropriação de que se queixa a Requerente foi destinada, em parte à Rede Ferroviária Federal, em parte ao Departamento Nacional de Obras e Saneamento e talvez (porque não se sabe se até lá chegava o terreno) em parte à Prefeitura Municipal. Que tem a ver com isso o Estado? Por qual instrumento assumiu ele a obrigação de indenizar o que não fez e de pagar o que não recebeu? Por lei? Por convênio? Por contrato? Por declaração unilateral de vontade?

Não o diz a Requerente e forçoso é concluir não ter o Estado legitimação passiva para responder pela indenização por ela pretendida.

Quem, então, deve indenizar essa porção de água ou de terra perdida pela Requerente em prol da Avenida Dique?

Para que se configure desapropriação indireta, não basta a existência de esbulho praticado pelo Poder Público, porque, se apenas isso ocorre, pode o prejudicado valer-se da ação de reintegração na posse, ou da ação reivindicatória, com a conseqüente execução específica.

Tampouco desapropriação indireta a mera execução de obra pública em terras particulares, pois aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções (Código Civil, art. 647). Se, por hipótese, a Administração pública eleva o nível de uma área, nela incluídos terrenos anteriormente alagadiços de particulares, há valorização de bens privados por efeito de obra pública, não se constituindo em desapropriação indireta essa mera alteração do relevo do solo.

Confirma esse entendimento a ressalva constante do art. 46 da Lei nº 4.089, de 13 de julho de 1962:

“Pertencem à União e ficam sob a jurisdição do DNOS, que poderá aforá-los ou aliená-los, os acrescidos de terrenos de marinha, resultantes de obras realizadas pelo DNOS, bem como os recuperados nas margens dos rios, canais e lagoas, **que por qualquer título não estejam no domínio particular.**” (grifei)

Para que se configure desapropriação indireta, é preciso que, à perda da posse pelo particular, se some a impossibilidade de sua restituição, espontânea ou forçada, **em virtude de sua destinação a fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social.**

Assim, no caso em exame, enquanto o DNOS meramente executou, talvez com a tolerância tácita da Requerente, obras de saneamento, no terreno a ela aforado, não houve desapropriação indireta, tanto que seria perfeitamente concebível (e a Requerente talvez esperasse por isso) que, concluída a obra, ocorresse a restituição, por ter atingido o objetivo do saneamento.

O que realmente impediu e impede a restituição, configurando desapropriação, foi a destinação pública dada ao bem, em parte pela Rede Ferroviária Federal, para a passagem de trens, em parte pelo próprio DNOS, para as caixas coletoras e bombas d'água e em parte pela Prefeitura Municipal, para a Avenida Castelo Branco.

Quanto à parcela destinada à Avenida Castelo Branco, que é o objeto do pedido da Requerente, é de se salientar que a indenização foi pré-excluída, no próprio ato de constituição da enfiteuse, em face da obrigação assumida pelo foreiro, de “ceder sem ônus algum o necessário às ruas que forem abertas de permeio pela Municipalidade”. Nada importa que a hoje Avenida Castelo Branco haja sido, em parte, construída pelo DNOS ou pelo DNER. O que importa é que, por sua destinação, é rua, bem público municipal, de uso comum do povo (Código Civil, art. 66, I).

A destinação, e não a autoria da obra, é que importa, face ao disposto no art. 85 do Código Civil:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

De resto, trata-se de cláusula compatível com o sistema jurídico brasileiro. Por ela, a transmissão do domínio útil ficou, no que diz respeito à parcela necessária à abertura de ruas, subordinada à condição resolutiva da utilidade pública (Código Civil, art. 119). A eficácia real dessa cláusula encontra fundamento no art. 647 do Código Civil, que regula a propriedade resolúvel. Com o implemento da condição, operou-se a resolução em favor de terceiro, ou seja, em favor da Municipalidade, hipótese análoga à do fiduciário, cujo domínio seja resolúvel, por haver recebido do fideicomitente o bem, mas com a obrigação de, ocorrendo certa condição, transmiti-lo ao fideicomissário (Código Civil, arts. 1.733-4).

Opino, pois, pelo indeferimento do pedido.

Ao Senhor Secretário da Fazenda.

PORTO ALEGRE, 30 de novembro de 1977.

LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE QUE O ESTADO SEJA ACIONISTA MAJORITÁRIO

MÁRIO BERNARDO SESTA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3589

SOCIEDADE ANÔNIMA DE QUE O ESTADO SEJA ACIONISTA MAJORITÁRIO. Dissolução e liquidação decididas em assembléia geral extraordinária, mediante concentração de todas as ações no domínio do acionista controlador. A tutela das minorias e conveniência da liquidação pelo modo ordinário. Pagamento mediante consignação judicial a que fazem jus acionistas ausentes ou desaparecidos, quer a título de preço pela venda de ações, quer a título de rateio das sobras da liquidação do patrimônio social.

1. Conforme deliberação unânime tomada em assembléia geral extraordinária, realizada aos 16 de outubro de 1974, cuja ata foi arquivada, em 17 de dezembro do mesmo ano, na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, sob nº 396.557, os acionistas da COMPANHIA MATERIAIS PRÓ CASA POPULAR, dentre os quais o Estado, decidiram liquidar a sociedade, que, então, já de há muito havia cessado de funcionar, depois de ter operado muitos anos em termos absolutamente deficitários.

Ainda em 27 de fevereiro de 1969, quando o Estado do Rio Grande do Sul detinha ações daquela Companhia, correspondentes a 25% do capital social, carta dirigida pelos “remanescentes membros do Conselho Fiscal” (conforme ata mencionada, fls. 2) da sociedade ao então Governador do Estado, protocolada, sob o nº 36.084/69, na Secretaria da Fazenda, “informava que a sociedade encontrava-se “financeiramente, em situação

falimentar", sem condições de solver seus crescentes débitos, e propunha que o próprio Estado adquirisse dos demais acionistas as ações e promovesse a liquidação da Companhia, ficando para si o imóvel sito na Avenida Ceará, nº 875, nesta Capital". (id., ibid).

Adotando a orientação acima referida, tomaram-se as medidas que resultaram na promulgação da Lei Estadual RS nº 5.910, de 27 de dezembro de 1969, nos termos da qual o Poder Executivo Estadual foi **autorizado a abrir crédito especial** destinado à aquisição, pelo Estado, da totalidade das ações da Companhia.

Assim, à época da assembléia geral extraordinária, de 16 de outubro de 1974, inicialmente referida, o Estado vinha adquirindo ações daquela sociedade "ao valor convencionado de Cr\$ 3.717 cada, detendo atualmente, 89,4% do capital social. Solveu, também, todos os débitos da Companhia, inclusive os de natureza trabalhista." (Ata AGE, 16 de outubro de 1974, fls. 3).

Finalmente, essa mesma assembléia geral extraordinária, de 16 de outubro de 1974, onde o Estado comparecia titulando ações correspondentes a **89,4% do capital social**, autorizava o mesmo Estado, "em virtude de ter assumido, desde 1969, todos os compromissos (passivo) da Sociedade, a requerer judicialmente a consignação, para efeito de pagamento, aos **remanescentes acionistas** ou seus sucessores, desconhecidos, declarados ausentes ou residentes em lugares incertos, que, mediante termo expresso, concordaram em transferir suas ações ao governo do Estado, desde que o preço para cada ação seja o equivalente a Cr\$ 3.717." (id., ibid.)

A essa altura, eram acionistas remanescentes: o espólio de DOMINGOS STODUTO, com 520 ações nominativas; o espólio de TUPY MENDONÇA ISSLER, com 130 ações nominativas; ADOLPHO G. LUCE JÚNIOR & CIA. LTDA., que deixou de operar pelo falecimento de seus três sócios, com 260 ações nominativas; TECIDOS E ARTEFATOS FISCHER S/A, sociedade que se transferiu para São Paulo e que já há alguns anos deixou de existir, com 425 ações nominativas.

2. Com base na sobredita decisão da assembléia geral extraordinária, o liquidante da COMPANHIA MATERIAIS PRÓ CASA POPULAR ingres-

sou em juízo, em nome da sociedade em liquidação e, sem indicar o fundamento legal do pedido, para, ouvido o Ministério Público, lhe fosse deferida autorização para efetuar o depósito das importâncias equivalentes (ao preço outrora estipulado e acima referido) às ações ainda não adquiridas pelo Estado, requerendo, ao mesmo tempo, "alvarás para a cessão das referidas ações nominativas ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul."

Ouvido, o agente do Ministério Público, além de observar que a representação do Estado em juízo compete à Consultoria-Geral do Estado, opinou pelo indeferimento do pedido com base no que dispõe o art. 295, V, do Código de Processo Civil, orientação esta acolhida pelo juiz (fl. 19).

Isto posto, oficiou o liquidante a esta Consultoria-Geral do Estado, solicitando fosse sugerida solução para o impasse, a fim de poder concluir a liquidação da sociedade.

É o relatório.

3. Como se vê, a hipótese em tela diz com a **dissolução, de pleno direito**, de sociedade anônima, deliberada em assembléia geral dos acionistas (Decreto-Lei 2.627/40, art. 137, "c"; Lei Federal nº 6.404/76, art. 206, I, "c"), em que a **liquidação se processa pelos órgãos da companhia**, segundo a terminologia da lei nova (Decreto-Lei nº 2.627/40, art. 139; Lei Federal nº 6.404/76, art. 208).

Assim, a assembléia geral extraordinária, de 16 de outubro de 1974, da COMPANHIA MATERIAIS PRÓ CASA POPULAR decidiu, no exercício de direito que em princípio lhe assiste (Decreto-Lei nº 2.627/40, art. 139; Lei Federal nº 6.404/76, art. 208), que a liquidação da sociedade se procedesse mediante a aquisição de todas suas ações pelo Estado, que ficou autorizado, por decisão expressamente registrada na ata daquele conclave e antes transcrita, a efetuar o pagamento do preço correspondente às ações dos acionistas remanescentes mediante consignação do valor estipulado, na mesma sede e ocasião, em Cr\$ 3.717 por ação.

Prevalecendo essa orientação e considerando a peculiar situação dos ditos acionistas remanescentes, a impedir qualquer tentativa de

pagamento pela forma e meios ordinários, comuns, caberia aos liquidantes, que constituem órgãos de representação da Companhia que se dissolve, encaminhar expediente a esta Consultoria-Geral, instruído com todos os elementos e documentos necessários, para que esta, a quem compete a representação do Estado em juízo, possa propor, com fundamento nos arts. 890 e seguintes do Código de Processo Civil, combinados com o art. 973, III e IV, do Código Civil Brasileiro, a competente consignação em pagamento.

Na realidade, porém, em petição subscrita por um dos liquidantes e sem fundar seu pedido em nenhum dispositivo legal, a Companhia liquidanda foi quem pretendeu "autorização para efetivar o depósito das importâncias equivalentes..." ao preço estipulado das ações "na Caixa Econômica Estadual, à disposição desse Juízo", bem como a "expedição de alvarás para cessão das referidas ações nominativas ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul."

Andou bem o agente do Ministério Público a aconselhar fosse indeferida a petição e melhor ainda o juiz ao indeferi-la.

4. A questão não se nos afigura, porém, tão simples.

Com efeito, em lugar de possibilitar o curso ordinário do processo de liquidação mediante realização do ativo, pagamento dos credores, e conseqüentemente do Estado, que, tendo assumido todos os débitos da Companhia, se sub-rogara nos créditos correspondentes, para depois proceder ao rateio das sobras, que provavelmente seriam nada, entre os acionistas na proporção das ações de cada um, optou-se, na já referida assembléia geral extraordinária, por modalidade liquidatória que, embora pudesse enganosamente aparentar maior simplicidade, na verdade gerou o impasse do qual agora os liquidantes não percebem como sair.

O que se apresenta como ainda mais grave é a **duvidosa legalidade** de uma decisão tomada em assembléia geral de acionistas, onde um deles comparece detendo 89,4% das ações, no sentido de que os demais acionistas, **na maioria ausentes do conclave**, devam vender suas ações, ao **acionista controlador**, pelo preço, segundo parece, determinado na **mesma assembléia**.

Na verdade, quando tal decisão foi tomada, era lei aplicável o Decreto-lei nº 2.627/40, no qual não se continham normas particularmente protetivas das minorias acionárias. Esse problema, porém, foi um dos motes inspiradores da nova lei das sociedades anônimas, que entrara em vigor de pouco quando nos foi distribuído este processo.

Já que o expediente não se revestia de urgência, pareceu-nos melhor aguardar pelo menos as primeiras análises referentes ao alcance da nova lei, sob a égide da qual deveria concluir-se o processo liquidatório.

É verdade que nenhuma lei em tão breve tempo é capaz de projetar na sociedade a totalidade de seus efeitos. Mesmo assim, JOSÉ WASHINGTON COELHO já observa que:

"A preocupação quanto à defesa do minoritário alcança a fase de dissolução, liquidação e extinção da Companhia. Assim, se o acionista dissidente provar que o favorecimento da maioria e o seu prejuízo resultam do critério adotado para a partilha, esta será suspensa caso ainda não consumada ou, nesta última hipótese, os majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados (art. 215, § 2º)". (In *A Nova Lei das Sociedades Anônimas Interpretada*, Editora Resenha Universitária, 1977, pág. 18, 7, 13).

Mesmo que a doutrina e jurisprudência brasileiras não estejam ainda afeitas ou sensibilizadas no que tange à caracterização do abuso de poder pelas maiorias em assembléias gerais de sociedades anônimas e conclaves análogos, o quadro em tela aparece com contornos por demais incisivos para assegurar a necessária solidez à modalidade de liquidação adotada.

Se, de um lado, o apelo da simplificação estaria a sugerir se prosseguisse na liquidação pelo modo adotado na assembléia geral antes referida, na medida em que os ditos acionistas remanescentes por sua especialíssima condição dificilmente poderiam levantar o eventual caráter abusivo do procedimento liquidatório adotado, por outro lado o imperativo ético inerente à legalidade necessária à administração pública impõe se revise a decisão da assembléia geral de que ora se trata.

Oportunidade não faltará, de vez que, nos termos do que dispõe o art. 213 da nova lei das sociedades anônimas, o liquidante "convocará a assembleia geral cada seis meses, para prestar-lhes contas dos atos e operações praticados no semestre e apresentar-lhe o **relatório** e o **balanço do estado da liquidação...**" (grifou-se).

Assim, na próxima e necessariamente breve assembleia geral dos acionistas da COMPANHIA MATERIAIS PRÓ CASA POPULAR, os liquidantes, no relatório que lhes incumbe apresentar, poderão relatar o impasse surgido, propondo se altere o modo de liquidação, que passaria a ser o normal, isto é, realização do ativo, pagamento dos credores e posterior rateio das sobras entre os acionistas. Então, com fundamento nos dispositivos já citados do Código do Processo Civil e do Código Civil Brasileiro, os **liquidantes** ajuizarão, no caso de não ser possível o pagamento normal do saldo do ativo, o competente procedimento consignatório.

Caso, por qualquer razão de conveniência, se entenda deva a liquidação prosseguir nos moldes originariamente adotados, a solução correta é a que se apontou, com destaque, no item terceiro.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de junho de 1977.

REMUNERAÇÃO DE VEREADORES

ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3831

VEREADOR – Remuneração. Licença por desempenhar missões de caráter cultural ou de interesse do Município. Exegese de dispositivo de lei municipal em confronto com norma federal.

O Senhor Presidente da Câmara Municipal de Cruz Alta pergunta se Vereador que viaja para fora do Município, em missão oficial e de interesse da Municipalidade, faz jus à parte variável da remuneração.

2. Anexa o Consultante ao pedido exemplar da Lei Orgânica do Município, em cujo art. 32 se diz:

"O vereador poderá licenciar-se:

I – Por molestia devidamente comprovada;

II – Para desempenhar missões temporárias de caráter cultural ou de interesse do Município;

III – Para tratar de interesses particulares, por prazo determinado, nunca inferior a 30 dias, não podendo reassumir o exercício do mandato, antes do término da licença.

§ 1º – Para fins de remuneração, considerar-se-á como em exercício o vereador licenciado, nos termos dos incisos I e II;" (grifei).

3. Dispõe a Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, em seu art. 2º, § 1º:

parte variável da remuneração não será inferior à fixa e corresponderá ao **comparecimento do vereador e à participação nas votações**” (grifo).

Pela simples leitura do preceito federal transcrito percebe-se que a vontade da lei é desestimular mandato-fantasma, detido por Vereador que quisesse somente tirar do status da vereança, não comparecendo, ou comparecendo raramente, às reuniões da Câmara, ou comparecendo às mesmas sem, contudo, participar das votações.

Daf a dupla exigência, para que possa perceber a parte variável, a qual, pela mesma razão, deverá ser igual ou superior à parte fixa: comparecimento efetivo às reuniões e participação nas votações.

4. Ante a sobriedade de palavras com que o texto se apresenta, ao intérprete ocorrem de logo algumas indagações, cujas respostas a letra não fornece.

Uma das questões emergentes do laconismo do texto foi enfrentada por esta Consultoria-Geral, no Parecer nº 3442, de 8 de novembro de 1976, de autoria da Consultora Jurídica MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO. Nesse pronunciamento se sustenta que o Vereador tem direito à parte variável de sua remuneração também nos dias de recesso do Órgão Legislativo Municipal. Afirma o parecer que “durante o período do recesso o vereador continuar desempenhando o seu mandato, mesmo não se realizando sessões da Câmara”.

E, citando PONTES DE MIRANDA, declara que o mencionado jurista ratifica tal entendimento neste passo:

“... A percepção da parte variável depende da comparência, ou da atividade que a supra” (Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, vol. 2, p. 321, 2ª ed.).

Observa ainda a autora do referido parecer que, “tanto na órbita federal como na estadual, os parlamentares não sofrem descontos em seus subsídios durante os períodos de recesso.”

E, dirimindo dúvida suscitada em torno de fato semelhante, o Parecer nº 3454, de 3 de dezembro de 1976, de lavra do Consultor Jurídico MÁRIO NUNES SOARES, declara que a falta justificada de Vereador “não importa em desconto na parte variável da remuneração.”

O autor do parecer invoca o magistério de TITO COSTA, que sobre a matéria assim se manifestara:

“A ninguém ocorrerá afirmar que uma falta de vereador (por exemplo, a quinta e última da série que, em tese provocará a extinção do mandato) não possa ser explicada e justificada em razão de força maior impeditiva do seu comparecimento” (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, Revista dos Tribunais, p. 212).

5. A Câmara Municipal de Porto Alegre, anteriormente à edição da Lei Complementar nº 25/1975, regulamentara a matéria em seu Regimento Interno, *verbis*.

“Art. 227 – Será descontado, ao vereador, a parte variável do subsídio correspondente à sessão a que não comparecer, ou da qual se retirar durante a ordem do dia, salvo escusa legítima, até o máximo de três por mês (art. 134, parágrafo único do R.I.).

§ 2º – É excluído do disposto neste artigo o vereador que estiver fora da Câmara, em representação ou a serviço desta, como membro de comissão especial, de Inquérito ou ocasional, constituída na forma regimental.”

6. A manifestação desta Consultoria-Geral através dos pareceres comentados embasa-se no entendimento de que o art. 2º, § 1º, da Lei Complementar à Constituição atrás referida, não expressa, de modo exaustivo, o “pensamento da lei, nos seus motivos e nos seus fins internos” (KOHLE, *apud* EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO, *in* Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Editora Borsoi, Rio, vol. 29, p. 6).

Seria difícil, deveras, admitir-se que a “ratio legis”, deduzível da norma expressa, traísse o intuito latente de confinar o exercício da

vereança ao recinto da Câmara. Agente político, tem o Vereador encargos a cumprir que não se exaurem na tarefa de projetar, examinar e votar leis, decretos legislativos e resoluções. Variadíssima e proteiforme é a atividade do edil. Integra ele comissões legislativas, comissões permanentes, comissões especiais de investigação ou inquérito, e de representação social. A própria Constituição do Estado proclama que, juntamente com o Prefeito, a Câmara de Vereadores é órgão da administração do Município (art. 147). Ora, a Câmara é constituída de Vereadores.

7. Talvez a parcimônia verbal do texto levasse, num ligeiro exame, à conclusão de que o preceito federal quer dizer mais do que diz o seu enunciado escrito (**lex minus scrip sit, plus voluit**). Tratar-se-ia, nesse caso, de incompletude semântica, ou obscuridade, a ser corrigida através de interpretação **extensiva**.

A solução estaria contida na regra de interpretação assente no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pela qual o intérprete atenderá "aos fins sociais e às exigências do bem comum". É o critério teleológico e sociológico adotado pelo legislador pátrio, que marcaria o nosso sistema como um dos mais avançados no terreno das conquistas sociais.

Entretanto, não nos deparamos, aqui, com regra legal necessitada de clareza. Ao contrário, os "verba legis" nenhum resquício de obscuridade apresentam, deixando indubitosa a vontade da lei. A formulação desta é perfeita, sob o aspecto gramatical e lógico. Seria o caso de omissão ou lacuna? O exame da questão comporta estudo prévio de duas figuras: a prevista pelo art. 5º da atrás referida lei introdutória e o princípio consignado no art. 4º do mesmo diploma, assim redigido:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Há diferença substancial entre interpretação lógico-extensiva e analogia. A primeira clareia e desenvolve a vontade da lei, implicitamente **contida** na norma, porém não claramente **expressa**. A segunda preenche lacuna, caso não previsto pelo legislador, mediante dispositivo que regulamenta caso análogo.

EZZIO VANONI ensina:

"Num caso (interpretação extensiva) o intérprete remedeia a infeliz formulação da lei; no outro (analogia) completa um preceito jurídico, partindo da parcial formulação dele, à regra geral de direito, implicitamente reconhecida pela lei" (**Nature et Interpretazione delle Leggi Tributarie**, § 58) (apud Alípio Silveira, **op. cit.** vol. 3, p.232).

GÉNY analisa os fundamentos antropológicos e filosóficos do processo analógico:

"Na verdade, o poder da analogia parece-me repousar sobre um instinto profundo de nossa natureza, constituindo, nesta aplicação, um verdadeiro elemento sociológico, e que completa, pela sua atuação a natureza lógica das regras do direito formal.

Nós sentimos, com efeito, em nosso fundo íntimo, como uma necessidade de igualdade jurídica, em virtude da qual as mesmas situações de fato devem comportar as mesmas sanções jurídicas" (**idem. p. 226**).

8. Importa, pois, para o desate da questão sob exame, indagar da existência de regra análoga, a partir da qual se descubra a "eadem ratio", pela qual, por via indutiva, se descortinará a "eadem legis dispositio", dentro do sistema brasileiro.

NICOLA COVIELLO nos dá os pressupostos da analogia:

"1º - É necessário antes de tudo que se trate de um caso que o legislador não previu jamais; que, se tivesse previsto, ainda que não claramente compreendido na letra da lei, tem lugar a interpretação extensiva" (**Manuale di Diritto Civile Italiano**, 4ª ed., pág. 83) (**op. cit.**, vol. 3, p. 232).

Cotejando-se os preceitos concernentes à licença a ser outorgada a Vereador com as normas estatutárias que regem o afastamento de funcionário público, constata-se a existência de simetria entre um e outro

regramento. Vereador não é funcionário. Isto não impede, todavia, que a lei o considere, para alguns efeitos, servidor público em sentido amplo. Assim, a responsabilidade prevista pelo art. 237 do Código Penal a ele se estende, e, em alguns casos, como o dos Deputados à Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, também a legislação previdenciária beneficia representantes do povo, embora destinada, primordialmente, ao funcionalismo estadual.

No que tange à licença de que ora se cogita, similitude de linguagem, igualdade de efeitos, identificação de fins, e, certamente, as razões subjacentes à norma escrita aproximam, por analogia *legis*, a situação de um e de outro – Vereador e Funcionário. Manda a equidade que a lei trate com igual rigor, mas também com igual magnanimidade a um e a outro, quando situações análogas os aproximam, como doença ou chamamento legítimo ao desempenho de funções que, conquanto inerentes ao respectivo cargo ou investidura, refogem às atividades de rotina ou escapam à evidência imediata de sua propriedade funcional.

Com efeito, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo complementar sob exame e o que trouxe à existência as preditas normas estatutárias é o mesmo: afastamento por motivo de enfermidade ou em razão do serviço.

Como diria Mestre CARLOS MAXIMILIANO, “num e noutra caso, o mesmo princípio básico é de ser uma só idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca” (**Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Editora Freitas Bastos, 3ª ed., 1941, p. 257).

Se, de acordo com aquele hermenêuta, “a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista na lei a disposição relativa a um caso semelhante” (*idem*, p. 252), cumpre examinar-se com todo o cuidado, a conformidade ou desconformidade do preceito Municipal em tela com a lei complementar referida.

9. Dois aspectos, ambos explicitados no art. 32 da Lei Fundamental do Município de Cruz Alta, pedem a atenção do intérprete. O primeiro diz respeito a missões temporárias que o Vereador eventualmente seria chamado a cumprir; o segundo determina a natureza de tais missões, que

deverão ser, ou de caráter cultural, ou de interesse do Município. Aquele se apresenta vago em seus contornos. Missão cultural pode ser atividade que nada ou muito pouco tenha a ver com as atividades inerentes ao exercício do mandato de Vereador. E este – atividades de interesse do Município –, embora configure uma gama quase infinita de hipóteses, pelo menos tem como suporte atividade centrada no interesse público local.

O diploma municipal não limita no tempo as missões em apreço. Apenas diz que são “temporárias”. Disto se extrai que a lei permite se prolongue tal missão por trato de tempo indefinido. De outra parte, silencia a lei sobre a **autorização** do afastamento do Vereador nos casos por ela previstos. Quem a outorgaria? A Presidência? O Plenário da Câmara? Diz HELY LOPES MEIRELLES que, sendo “substancialmente um ato político”, a licença do Vereador “depende de deliberação do Plenário” (**Direito Municipal Brasileiro**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, 3ª ed., p. 708).

Estas duas considerações, referentes à duração e à autorização do afastamento, podem ser debitadas à conta de incompletude de forma do preceito.

Mais grave se me afigura o perigo de uma certa imprecisão do texto quanto ao exato alcance dessas missões. Lei nenhuma, por reta que seja a intenção que lhe é ínsita, pode atribuir a Vereador funções estranhas às inerentes ao mandato popular que ele detém.

E é esta a “ratio legis” que ressumbra da literalidade do art. 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 25/1975. Com efeito, ali se estabelece como exigência condicionante da percepção da parte variável o comparecimento **efetivo** do Vereador, bem como a sua participação nas votações. Os **verba legis** são claros e empregados com propriedade tal que desmentem exegese branda.

Aliás, a Constituição Federal contém dispositivo de idêntico teor, referente aos integrantes do Congresso Nacional (art. 33, § 3º).

Induvidoso é que o legislador federal quis pôr cobro a licenças que mais se aproximam do conceito de licenciabilidade, nada condizente com o decoro do mandato.

10. Contudo, não se pode afirmar que o legislador municipal tenha afrontado em caráter proibitivo mandamento de hierarquia mais alta. Não foi suficientemente preciso na enunciação da norma, que demanda, por isso mesmo, aplicação cautelosa, de modo a se evitarem desvirtuamentos de seus reais propósitos. Especialmente, no que concerne às “missões temporárias de caráter cultural” há de precatar-se o Plenário da Câmara, a fim de que se evite seja utilizada tal licença em benefício direto do próprio Vereador, ao invés de sê-lo precipuamente no da coletividade que ele representa.

11. Remontando aos termos da consulta, convém sublinhar-se o caráter cogente da norma federal em questão. Vereador que não comparecer às reuniões, ou deixar de participar das votações da Câmara, perderá a parte variável da remuneração. A regra é peremptória e precipuamente endereçada ao edil faltoso. Todavia, a falta deverá decorrer de desídia e não do desempenho de missões que configurem mero desdobramento da própria missão do Vereador. O interesse do Município é o único parâmetro pelo qual a prudente discricão do Plenário da Câmara avaliará, caso a caso, o cabimento da concessão da licença.

ISTO POSTO e considerados os reparos feitos à forma e ao exato alcance do preceito municipal examinado, entendo que o mesmo não ofende norma de hierarquia mais alta, em especial a Lei Complementar nº 25/1975.

É o parecer, s.m.j.

PORTO ALEGRE, 15 de maio de 1978.

CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO EM TEMPO DE SERVIÇO

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3881

REVOGAÇÃO de ato que converteu o direito à licença-prêmio em tempo de serviço.

Ato que produziu efeitos. Impossibilidade.

RSG., Economista do DEPRC, pediu reconsideração do ato do Senhor Governador do Estado que aprovou o Parecer nº 3803, desta Consultoria-Geral. Em síntese entende ter direito a tornar insubsistente a conversão de licença-prêmio em tempo de serviço, em face das Ordens de Serviço de nºs. 20/73, 17/74 e 13/75, do DEPRC, bem como de numerosos precedentes verificados naquela autarquia, consoante se verifica da cópia dos atos que anexou ao requerimento. Sustenta, ainda, que a circunstância de se haver modificado o regime jurídico a que estava submetido – do estatutário para o da CLT – não lhe inibe de postular o que pretende, porquanto aos servidores que optaram pelo regime da CLT foi garantido, entre outros, o direito ao gozo de licença-prêmio, referente aos períodos já completos, como expressamente declara o art. 135, III, do Decreto Estadual nº 19.667/69. Quanto ao argumento de que o tempo resultante da conversão da licença serviu para gerar vantagens pecuniárias ao requerente, alega que tais vantagens eram indevidas, por ilegais, pois o Estatuto apenas autoriza a conversão do tempo de licença-prêmio não gozada “para os efeitos de aposentadoria e gratificações adicionais”. Elucida ainda o postulante, no requerimento inicial, que, em 1973, pleiteou a conversão de licença-prêmio em tempo dobrado de serviço pois – com suas palavras – “já sob a expectativa de ver aceita a opção que formulara para o regime da CLT, tal conversão serviria, ao menos, para os efeitos de aposentadoria, reduzindo o tempo necessário para alcançá-la, eis que o INPS aceitava essa forma fictícia de tempo de serviço”. E continua ele:

“Com o advento da Lei Federal nº 5890/73 o INPS passou a rejeitar as licenças-prêmio convertidas em tempo de serviço, sob a

alegação de que tal dispositivo, antes expresso, havia sido retirado da legislação previdenciária. A partir de então aquela licença deixou de servir aos fins para que fora convertida, transformando-se, simplesmente, em ... nada." (fls.2)

2. O art. 165 do Estatuto tem este enunciado:

"O tempo de licença-prêmio não gozada pelo funcionário será, mediante requerimento, contado em dobro, para os efeitos de aposentadoria e gratificações adicionais."

O direito a converter em tempo de serviço o direito a gozar licença-prêmio constitui espécie típica de direito formativo modificativo, como já tivemos ocasião de mostrar, em outra oportunidade (RDA, 95/19). Característico dos direitos formativos é que se consomem ao serem exercitados pela manifestação de vontade dos interessados. Desse modo, ao ser pleiteada a conversão do direito a gozar licença-prêmio em direito a computar tempo de serviço, extingue-se qualquer possibilidade de opção para o servidor, e é como se o direito a gozar licença-prêmio jamais tivesse existido. A lei não fixou prazo algum para o exercício do direito a solicitar tal conversão. É evidente, todavia, que só poderá ser exercitado enquanto subsistir a relação de emprego público ou enquanto estiver em atividade o servidor. Se este exonerar-se, ou for demitido, ou mesmo aposentar-se, sem pleitear o gozo da licença ou sua conversão, desaparecerão esses direitos pela ocorrência do que Seckel chamava de "impossibilidade ulterior da formação" (nachträgliche Unmöglichkeit der Gestaltung), a que tendem, precisamente, os direitos formativos. De outro lado, pedida a conversão, o único dever que incumbe à Administração é o de considerar, para os efeitos legais, o tempo de serviço assim gerado.

3. À luz destes princípios, examinemos a situação do requerente. Consta do expediente que pela Apostila nº 62, de 2 de março de 1973, foi convertida em tempo dobrado de serviço a licença-prêmio concedida pela Portaria 1.068, de 9 de julho de 1971. Em 30 de abril de 1973 o servidor passou do regime estatutário para o regime da CLT. O DEPRC outorga a seus empregados certas vantagens baseadas no tempo de serviço. Assim, em 16 de agosto de 1973, ao completar o requerente 15 anos de serviço, foi

aumentado o valor de sua gratificação, que passou do índice de 1,60 para o de 1,85, calculado sobre o salário básico do regime de 44 horas. É de esclarecer que no tempo de serviço do requerente foi computado, para esse efeito, o resultante da conversão da licença-prêmio. Assim, de agosto de 1973 a agosto de 1974 recebeu ele um acréscimo de remuneração no valor de Cr\$ 10.987,00, devido exclusivamente à inserção, no seu tempo de serviço, da parcela resultante da conversão de licença-prêmio. Não se pode dizer, como quer o requerente, que seria ilegal o cômputo do tempo de serviço em consequência da conversão da licença-prêmio, para efeitos outros que os da aposentadoria e das gratificações adicionais, por não previsto no art. 165 do Estatuto. Esse raciocínio mistura o regime estatutário com o regime da CLT. Enquanto funcionário, o requerente pediu a conversão da licença-prêmio em tempo dobrado de serviço, extinguindo-se, assim, — como vimos e parece óbvio — direito ao gozo de licença-prêmio, com base nos mesmos pressupostos de fato. Ao cindir-se a relação de natureza estatutária pela exoneração e aceitação de emprego sob o regime da CLT, é claro que o tempo de serviço resultante da conversão da licença-prêmio não poderia ser mais contado para efeito de aposentadoria, por força de regra jurídica estadual, pela razão simples de que isso não dependia do DEPRC ou do Estado, mas sim do INPS. O DEPRC, todavia, como empregador, entendeu de dar outros efeitos àquele tempo de serviço, tendo o requerente, como empregado, aceitado e recebido as vantagens daí decorrentes. Antes disso, porém pela Ordem de Serviço nº 17, de 1974 a Direção-Geral da autarquia, considerando a situação excepcional da passagem dos servidores do regime estatutário para o da CLT, fixou em 15 de agosto daquele ano a data-limite para que os optantes pelo regime da CLT, que integrassem o Quadro Permanente do DEPRC, apresentarem requerimento de desconversão de licenças-prêmio não gozadas, nem utilizadas para qualquer outro fim. O requerente, ao que se infere dos elementos contidos no expediente, não usou desse direito dentro do prazo assinado, que era claramente preclusivo. E só depois de expirado esse prazo, precisamente no dia seguinte, é que foi o seu tempo de serviço decorrente da conversão, computado para aumentar o índice da gratificação a que fazia jus, como servidor regido pela CLT.

4. Nada importa, para o deslinde jurídico da questão, que o DEPRC, em outros casos, tenha realizado desconversão de tempo de serviço, mesmo requerida extemporaneamente. Aliás das cópias dos atos

anexados ao processo pelo requerente não consta a data dos respectivos requerimentos. Os atos de desconversão mais tardios são de setembro de 1974 e é assim bem possível que os requerimentos tenham sido formulados até 15 de agosto daquele ano, que era o termo final. Mas ainda que realmente o DEPRC tenha atendido a pedidos de desconversão de licença-prêmio, formulados fora de prazo, isso não gera direito algum para o requerente, pois uma irregularidade não justifica outra.

5. EM CONCLUSÃO, não vemos fundamento jurídico para deferir o pedido do requerente, de tornar insubsistente o ato que converteu licença-prêmio em tempo dobrado de serviço, uma vez que o mesmo já produziu efeitos, gerando vantagens percebidas pelo interessado. Trata-se de ato jurídico perfeito, cuja possibilidade de revogação só seria, em princípio, admissível, se não tivesse produzido efeitos e não determinasse a revogação inconvenientes para o Poder Público. Essas hipóteses não se verificam, no caso, sendo, a nosso juízo, incensurável, mesmo diante dos novos subsídios trazidos pelo requerente, o Parecer nº 3083, deste órgão. Pelos mesmos motivos entendemos deva ser indeferido o pedido de reconsideração formulado.

PORTO ALEGRE, 18 de julho de 1978.

FUNÇÃO DE ASSESSORAMENTO E REGIME ESPECIAL DE TRABALHO

JORGE ARTHUR MORSCH

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3856

ASSESSOR. REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. CONVOCAÇÃO. ILEGALIDADE. REPOSIÇÃO.

O detentor de função de assessoramento não pode ser convocado para regime especial de trabalho. Em nosso sistema, vigê o princípio da reposição do indevido.

O Senhor Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos restitui à Consultoria-Geral do Estado o processo em que são interessados J. P. A. e R. V. F., para que se considerem as razões apresentadas pelo primeiro. Os autos já abrigam um pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado, a saber, o Parecer nº 3645, do Consultor Jurídico Emílio Rodrigues, que, examinando a hipótese dos autos, concluiu pela ilegalidade da convocação para regime especial de trabalho de funcionários estaduais designados para função de assessoramento, bem como pela necessidade da repetição do indevido, mediante desconto parcelado nos vencimentos (fls. 10 a 14).

É o relatório.

2. As razões do interessado J. P. A., procurando contraditar as conclusões do Parecer nº 3645, estão expostas em memorial dirigido ao Senhor Secretário da Fazenda (fls. 17 a 26) e em requerimento endereçado ao Senhor Diretor-Geral do Tesouro (fls. 27 a 30). Embora seus argumentos não estejam deduzidos em forma articulada, seguiremos, à maneira lógica, apreciando-os um a um.

3. Inicialmente, o interessado procura sustentar a compatibilidade, no plano legal, entre a convocação para regime especial de trabalho e a

14. Não é exatamente este o tratamento que a matéria recebe em nosso direito. Seja no Direito Comum, seja no Direito Administrativo, todo aquele que recebeu o que não lhe era devido está obrigado a restituir. (Código Civil Brasileiro, art. 964; Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, art. 76).

15. Caracterizando o fenômeno jurídico presente no pagamento indevido, Serpa Lopes o assemelha ao enriquecimento sem causa, enquanto partem ambos de um tronco comum, a saber, a idéia, da falta de causa, ligada à de um desequilíbrio patrimonial, que ambos pressupõem e procuram remediar:

“Trata-se de uma reação, originária do Direito Romano, visando a corrigir o desequilíbrio patrimonial produzido pelo fato de uma prestação haver sido realizada sem se encontrar lastreada por uma causa jurídica justificada. (...)”

O desequilíbrio, em tais circunstâncias, é evidente. O pagamento é um modo extinto da obrigação. Pressupõe, por isso, uma obrigação exigível. Sem esta transforma-se num movimento injusto, produzindo um deslocamento patrimonial sem a necessária compensação. Desse próprio fato nasce, então, uma dupla consequência: de um lado, em relação ao que recebeu (**accipiens**), uma obrigação de restituir o indevidamente recebido, de outro, em relação ao que pagou (**solvens**), o direito de repetir tudo quanto entregou por força de uma prestação inexistente.

O retorno ao **statu quo ante** é um imperativo categórico. Assim, em face do exposto, pode-se definir o pagamento indevido como sendo o efetuado com a intenção de cumprir (**animo solvendi**) uma obrigação inexistente (**indebitum**), em consequência de erro.

O direito de repetir emerge do fato de **não dever**, em relação ao que efetuou o pagamento” (SERPA LOPES, MIGUEL MARIA DE, Curso de Direito Civil, Freitas Bastos, 1961, vol. V, p.101 e 102).

16. A obrigação de repor o que foi recebido indevidamente se afirma, então, como princípio incontroversamente dominante em nosso sistema jurídico, o que não impede a existência de exceções que, exatamente por

isso, confirmam a regra. Algumas dessas exceções foram trazidas pela própria lei, outras resultaram do tempero adicionado pela jurisprudência. No Direito Civil, por exemplo, fazem exceção à regra da reposição do indevido as hipóteses de pagamento de dívida prescrita e de obrigação natural (Código Civil, art. 970), e do que foi dado para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei (Código Civil, art. 971). No Direito Estatutário local, está desobrigado de repor o que a mais tiver recebido o funcionário promovido indevidamente (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, art. 91, § 1º). Além disso, a jurisprudência, dos tribunais quanto administrativa, tem, também, dispensado a reposição, quando a um pagamento, muito embora indevido, tenha correspondido efetivo trabalho. No Parecer do Conselho do Serviço Público de nº 7825, de 5 de fevereiro de 1969, sustentava o hoje Ministro JOÃO LEITÃO DE ABREU que haveria locupletamento ilícito do Estado se se beneficiasse do trabalho irregularmente prestado, sem remunerá-lo. No mesmo sentido os precedentes desta Casa consubstanciados no Parecer 1105, da Unidade de Assessoramento Jurídico, de 10 de setembro de 1970, do Consultor Jurídico JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, e no Parecer 2411, de 11 de setembro de 1974, da Consultora Jurídica MARÍLIA DE AZEVEDO, ambos opinando no sentido da dispensa da reposição em ocorrendo prestação irregular de trabalho, sob pena de enriquecimento ilícito do poder público. Necessário, todavia, nessa hipótese, que a irregularidade que macula a prestação de trabalho não seja atribuída ao servidor, pois, se este se houve com má-fé, cabível é a devolução. No desempenho de suas elevadíssimas atribuições, o Supremo Tribunal Federal vinha dispensando a reposição das importâncias percebidas por servidores públicos por força de decisões judiciais concessivas de reclassificação, equiparação, reintegração e majoração de vencimentos, a final reformadas (RTJ 54/69; RTJ 53/426; RTJ 53/304; RTJ 51/449). Nos últimos anos, todavia, firmou-se entendimento segundo o qual, quando se trata de decisão proferida em mandado de segurança, que se cumpre por mera comunicação à autoridade administrativa, a sua cassação, em grau de recurso, não deve obrigar à restituição dos vencimentos ou proventos já percebidos em razão da decisão cassada. Mas quando se trata de decisão proferida em ação ordinária, para cujo cumprimento se faz mister a instauração de execução por iniciativa e risco do vencedor exequente, não se dispensa a restituição (RDA, 116/127, RDA 120/174). A tendência jurisprudencial, portanto, se dirige no sentido do alargamento da obrigação de repor o indébito.

especiais de trabalho expedidas em Portaria conjunta dos Secretários da Administração e da Coordenação e Planejamento, com fulcro nos artigos 15 e seguintes, da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, e no Decreto nº 22.326, de 30 de dezembro de 1972. A sua inserção na Portaria Intersecretarial obedece a um sadio princípio de sistematização das normas e procedimentos pertinentes à questão, não tendo os Secretários de Estado pecado por invasão da competência do Chefe do Poder Executivo, pois simplesmente acolheram a orientação dessa autoridade, nem delirado na aplicação da lei, pois a regra recebida na Portaria representa sua melhor interpretação.

8. Veda-se a percepção das vantagens ligadas ao regime especial de trabalho pelo funcionário estadual designado para funções de assessoramento por falta de amparo legal, como referido nos pareceres antes mencionados.

9. Os regimes de trabalho, regulados pela Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, são especiais porque prevêm uma carga horária extra, a ser executada pelo funcionário além da jornada normal, e uma gratificação correspondente, percebida pelo funcionário, além do vencimento normal. Partem da existência de um regime normal de trabalho, constante das especificações do cargo.

10. A inclusão num regime especial de trabalho depende de convocação. Esta convocação é ordinária ou automática.

11. A convocação ordinária obedece a rigoroso formalismo, existente desde a inauguração dos regimes especiais de trabalho pela Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Já se exigia proposta fundamentada do Secretário de Estado ou dirigente de Órgão diretamente subordinado ao Governador, a qual era primeiramente submetida à apreciação da Secretaria da Administração, depois ao exame do Conselho do Serviço Público, para somente então, por ato expreso do Governador, aprovar-se a indicação do funcionário para trabalho em regime especial (Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, art. 6º). Basicamente, as formalidades se mantêm, substituída apenas a manifestação do extinto Conselho do Serviço Público pela da Secretaria da Coordenação e Planejamento (Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, art. 15). O tema tem sua normação estabelecida nos

artigos 12 a 21, da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, no Decreto nº 22.326 de 30 de dezembro de 1972, e em duas Portarias Intersecretariais, uma de 15 de janeiro de 1973, e a outra de 13 de novembro de 1973. As próprias características da convocação ordinária para trabalho em regime especial evidenciam sua incompatibilidade com a posição do funcionário deslocado de suas funções. Na convocação ordinária, é preciso fundamentar, em termos de necessidade para o serviço público, o pedido de convocação, o que obviamente será impossível em relação ao funcionário distraído temporariamente do exercício de suas funções, como acontece com aquele designado assessor, que passa a exercer funções próprias especificadas no ato de designação (Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, art. 49, § 2º). E como o interesse do serviço público é o fundamento maior da convocação, deve ela cessar toda vez que o funcionário, afastando-se do exercício de suas funções, faça cessar esse fundamento. Tanto é assim que a Lei, expressamente, previu as hipóteses, excepcionais, nas quais o funcionário, convocado para regime especial de trabalho e afastado do exercício de suas funções, mantém a gratificação correspondente. Isto se dá, apenas, nas hipóteses de afastamento por motivo de férias, licença-prêmio, para tratamento da própria saúde, nojo e gala (Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, art. 18). Nas demais hipóteses, portanto, o afastamento das funções faz necessariamente cessar a convocação ordinária.

12. Os casos de convocação automática são excepcionais, e dependem de disposição legal que desenhe as hipóteses cabíveis. Convocação automática houve, por exemplo, nas hipóteses do § 2º, do art. 7º, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, e do art. 2º, cabeça, e parágrafo 3º, da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972. Não há qualquer texto legal que determine a convocação automática do funcionário estadual designado assessor. Precisamente, na ausência de suporte legal para a convocação, ordinária ou automática, do funcionário estadual designado para função de assessoramento, está o fundamento maior da posição da administração estadual, e este não foi sequer arranhado pelas razões do interessado.

13. O interessado, também, manifesta sua estranheza diante da pretendida exigência de devolução das importâncias recebidas em consequência da convocação considerada ilegal, sustentando que a repetição do indébito só cabe em casos de dolo ou má-fé.

designação para função de assessoramento, através de referências ao § 5º, do art. 8º, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, e ao art. 5º, da Lei nº 5.804, de 19 de julho de 1969. Todavia, é duplamente vão seu esforço. A uma, porque ambos os textos vedam o exercício de função de assessoramento fora da unidade de lotação, que é o caso do interessado, e a duas, porque se trata de legislação revogada, a saber, o § 5º, do art. 8º, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1966, pelo art. 5º da Lei nº 5.804, de 19 de julho, de 1969, e este, pelo art. 7º, da Lei nº 6.193, de 11 de janeiro de 1971.

4. Outro texto invocado pelo interessado é o do § 3º, do art. 49, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, segundo o qual a retribuição da função de assessoramento se somaria aos vencimentos e **vantagens** do cargo de provimento efetivo. Dentro da expressão **vantagens** o interessado inclui a gratificação decorrente do regime especial de trabalho. Todavia, na verdade, o texto não contém a pretendida norma autorizadora de percepção simultânea da remuneração correspondente ao cargo efetivo, com convocação para regime especial, e mais a gratificação correspondente à função de assessoramento. O que permite o texto legal é o recrutamento do especialista fora do serviço público, quando se configura contrato de trabalho (art. 49, § 4º), e o recrutamento do especialista, dentro do serviço público, quando a retribuição adquire a forma de gratificação de natureza especial. Nessa última hipótese, a soma da gratificação da função de assessoramento com os vencimentos e vantagens do cargo de provimento efetivo não pode exceder os vencimentos do Governador do Estado (art. 49, § 3º). Então, há regra sobre teto de remuneração, não regra permissiva de convocação para regime especial do detentor de função de assessoramento. As vantagens de que cogita a lei, para fins de teto, são as vantagens pessoais como avanços trienais, gratificações adicionais, etc.

5. Sustenta, também, que o detentor de função de assessoramento somente está obrigado ao regime de 44 horas semanais se, para tanto, for convocado. Efetivamente, a lei não fixa a carga horária dos especialistas civis ou militares, designados assessores. Mas daí a afirmar a necessidade de convocação do assessor para que ele venha a cumprir o regime-horário de 44 horas semanais vai uma grande distância, pois implica em atribuir-lhe uma carga horária inferior, o que a lei também não faz.

6. O interessado também tece considerações sobre a vigente legislação estadual, procurando demonstrar falhas e injustiças, entre as quais arrola a possibilidade de funcionários fazendários e técnicos em planejamento, cujo horário normal é o de 44 horas semanais, serem designados para função de assessoramento, bem como a possibilidade de ser convocado para regime especial o servidor que percebe gratificação equivalente à da função de assessoramento, deixando em situação de flagrante disparidade o servidor do Quadro-Geral. Embora se pudesse observar, por exemplo, que no primeiro caso, não há convocação para regime especial de trabalho, trata-se de observação válida apenas no plano da política legislativa, impertinente no exame do direito positivo.

7. Investe, ainda, contra a Portaria intersecretarial, de 22 de novembro de 1973, na parte em que proibiu a convocação para regime especial de trabalho do funcionário designado para funções de assessoramento, a pretexto de que teria extrapolado do poder de regulamentar, conferido aos Secretários da Administração e da Coordenação e Planejamento pelo Decreto nº 22.326, de 30 de dezembro de 1972. A competência, segundo o interessado, estaria restrita à edição de normas burocráticas sobre a matéria, compreendendo procedimentos, tramitação dos processos, documentação necessária, vedado estabelecer outras condições que as da lei, assim como traçar a exegese desta. Também nisso falece razão ao postulante, pois o que a respeito se contém na Portaria Intersecretarial, de 22 de novembro de 1973, não é expressão solitária e marginal à lei de autoridade incompetente, mas reproduz o pensamento do Chefe do Poder Executivo Estadual, após ter sido orientado pela Consultoria-Geral do Estado, na busca da melhor interpretação do direito administrativo local. Efetivamente, a impossibilidade de convocação, para os regimes especiais de trabalho, presentemente disciplinados nos artigos 12 a 21 da Lei nº 6.486, de 20 de dezembro de 1972, de funcionário designado para as funções de assessoramento, de que tratam o art. 49 e seguintes, da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, constitui ponto pacífico dentro da administração estadual. A matéria mereceu estudo no Parecer 2312, de 28 de fevereiro de 1973, do Consultor Jurídico Almiro do Couto e Silva, que foi aprovado pelo Senhor Governador do Estado em despacho datado de 26 de abril do mesmo ano. Chancelada pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, a orientação jurídica sugerida pela Consultoria-Geral do Estado veio, depois, a incorporar-se às normas disciplinadoras da convocação para regimes

17. Como se vê, a existência de boa-fé não é condição suficiente para que o funcionário que recebeu o indevido fique desobrigado de repor. É, sim, condição necessária para que fique desobrigado de repor o recebido indevidamente como remuneração de trabalho irregular. Não é diferente na legislação federal, onde a boa-fé do servidor joga um papel no que toca à dispensa da reposição do indevido, a teor do art. 20. § 2º, da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, segundo a qual "provada a boa-fé do servidor civil, dos órgãos da administração centralizada ou descentralizada, ou militar, a autoridade administrativa poderá, ouvido o DASP, dispensar a reposição de vantagem paga e, posteriormente, considerada indevida em virtude de alteração de critério jurídico pelo órgão competente". Naquela órbita do Poder, pois, também não basta a alegada boa-fé com que se houve o funcionário: a boa-fé será aferida se estiver em causa alteração de jurisprudência administrativa sobre a espécie. No presente caso — vale reiterar — a orientação administrativa manteve-se inalterada.

18. São essas as considerações que cabia fazer, a propósito das razões apresentadas pelo interessado, e que não ensejam qualquer alteração nas conclusões do parecer precedente, a saber, de que o detentor de função de assessoramento não pode ser convocado para regime especial de trabalho; de que em nosso sistema jurídico vige o princípio da reposição do indevido; e de que este princípio é aplicável na hipótese.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1978.

VOTO VENCIDO

1. Discordo parcialmente do Eminentíssimo Relator por entender que, no caso em exame, a reposição pode ser dispensada, porque as quantias recebidas, a maior, corresponderam a uma efetiva prestação de serviço à qual os funcionários não estavam obrigados.

A lei não fixa carga horária para os funcionários designados assessores, entendendo-se, assim, que eles não estão obrigados a permanecerem na repartição por um número determinado de horas. Devem somente

realizar as tarefas que lhes são atribuídas, durante o tempo necessário para a execução das mesmas, já que não existe qualquer disposição legal exigindo sua presença na repartição durante quarenta e quatro horas semanais.

Tal não ocorreu no caso em exame, pois o Senhor Secretário de Coordenação e Planejamento, mediante ato publicado no Diário Oficial de 07 de abril de 1975 (Boletim nº 734/75 - SEA), determinou que os dois assessores de que trata o processo permanecessem em regime especial de trabalho de quarenta e quatro horas semanais.

Diante dessa determinação, os dois servidores passaram a cumprir a carga horária que lhes foi imposta e que, em princípio, não estavam obrigados a observar.

A fixação de um horário rígido por ato do Secretário de Estado a que estão subordinados, importou em uma sobrecarga horária para os assessores, que ficaram obrigados a permanecer na repartição durante quarenta e quatro horas semanais.

A irregularidade da situação não justifica que o Estado se locuplete com o trabalho maior efetivamente prestado por servidores e decorrente de erro da administração. A gratificação paga, referente a regime especial de trabalho, correspondeu a uma efetiva prestação do serviço a que os interessados não estavam obrigados e, por isso, entendo que deve ser dispensada a reposição.

2. De outra parte, ficou evidenciado no processo que os servidores receberam a gratificação de boa-fé.

A orientação de diferentes órgãos da Administração Estadual tem sido no sentido de que não cabe devolver o que se recebeu de boa-fé.

Com efeito, esta Consultoria-Geral em pronunciamentos anteriores adotou orientação nesse sentido, o que se verifica pelo Parecer nº 1105/CGE:

a entidades que, embora religiosas, tenham como **atividade principal** a prestação de serviços no setor educacional, no assistencial, no hospitalar ou em outros assemelhados.

Ficou vedada, porém, a concessão de auxílios a instituições **fundamentalmente** religiosas, embora sua atividade possa ter repercussão positiva também no campo da educação e da assistência social.

5. De outra parte, a doação de um terreno, com a finalidade de nele ser construída uma igreja, é modalidade de subvenção vedada pelo preceito constitucional.

Subvencionar um culto religioso não significa apenas prestar auxílio pecuniário a uma entidade, mas sim concorrer com dinheiro ou com quaisquer bens móveis ou imóveis para facilitar a prática de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso.

Nesse sentido, é conveniente transcrever a conceituação de PONTES DE MIRANDA, ao comentar o inciso II, do art. 9º da vigente Carta Federal:

““Estabelecer” cultos religiosos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou de propaganda “Subvencionar cultos religiosos” está no sentido de concorrer, com dinheiro, ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a atividade religiosa.” (in Comentários à Constituição de 1967, vol 1º, pág. 185, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1973).

6. Por último, embora não caiba a esta Consultoria examinar a conveniência da doação, deve salientar-se que a área a ser transferida corresponde, aproximadamente, a uma terça parte do lote.

A área total é de 19.260 m² (dezenove mil e duzentos e sessenta metros quadrados) e a parcela a ser doada é de 6.000 m² (seis mil metros quadrados).

Considerando que as nossas escolas rurais tendem a expandir-se cada vez mais, pela constante elevação do número de alunos, pela criação de novos cursos e pela implantação de áreas para recreação e prática de atividades esportivas, a Municipalidade poderá, em breve, enfrentar o problema da falta de espaço para desenvolver o educandário, já que a área, tendo em vista as finalidades do estabelecimento, não é tão extensa que permita sofrer redução de uma terça parte, sem sacrifícios futuros.

7. EM CONCLUSÃO, entendo ser constitucionalmente vedado ao Poder Público doar imóvel à Mitra Diocesana para construção de igreja, por implicar em favorecimento à prática de atos religiosos, proibido pelo inciso II, do art. 9º da Constituição Federal.

Salvo melhor juízo, é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de julho de 1978.

crença, se expressa, de um lado, pela proibição do estabelecimento ou subvenção de igrejas e, de outro lado, pela vedação de embarçar práticas religiosas e de lançar imposto sobre templos de qualquer culto.

É o princípio da absoluta neutralidade do Estado em matéria religiosa.

Examinando a laicidade do Estado, SAMPAIO DÓRIA afirma que: "a manutenção de um culto pelo poder público, ou o favor de meras subvenções, só podem ser com a renda de tributos que pagam tanto os adeptos, como os adversários do culto oficial ou subvencionado. Se os primeiros ficam satisfeitos, os segundos ficam a trabalhar por crença que repudiam. É extorção que não vai com a igualdade de todos perante a lei. A isenção, porém, para com todos abre caminho à liberdade de crer" (in Comentários à Constituição de 1946, vol. II, pág. 174, Ed. Max Limonad, 1966).

3. Na vigente Constituição a matéria está regulada, entre outros preceitos, pelo art. 9º, inciso II, a teor do qual é vedado ao Poder Público "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-las, embarçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar".

Mantendo os princípios do Estado laico, a Constituição atual permitiu somente a colaboração de interesses em favor do bem comum, exemplificando os setores educacional, assistencial e hospitalar.

Na aplicação do preceito constitucional, deve ser examinado, em cada caso, se o auxílio do Estado tem objetivo educacional, assistencial, hospitalar ou outro relevante ao interesse público, ou se visa finalidade religiosa.

4. A Mitra Diocesana é entidade fundamentalmente religiosa.

A construção de uma igreja, embora possa trazer relevantes benefícios de ordem cultural e social, não pode ser considerada obra

educacional, assistencial ou hospitalar, pois destina-se principalmente à oração, à meditação e à pregação religiosa.

O culto e o ensino religioso, sem dúvida, envolvem aspectos de aprimoramento cultural, mas, fundamentalmente, são atividades religiosas, sofrendo a incidência da proibição constitucional.

O Estado só pode conceder auxílios a entidades que tenham, como atividade principal a prestação de serviços relevantes ao interesse público, especialmente no campo da educação e da assistência social ou da hospitalar. Não são permitidas subvenções a entidades primordialmente religiosas, ainda que sua atividade possa ter repercussão favorável também no setor cultural ou de assistência social.

Todos os cultos religiosos, ou pelo menos quase todos, têm reflexos positivos no setor educacional e assistencial. Permitir a subvenção a igrejas, pelo argumento de que elas secundariamente trariam benefícios culturais, importaria no completo esvaziamento do dispositivo constitucional em exame.

Nesse sentido, é conveniente transcrever MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que, comentando o art. 9º, inciso II, da Constituição, esclarece:

"Destarte, a União, os Estados e os Municípios podem estipendar e amparar obras mantidas por entidades religiosas que sirvam precipuamente ao interesse comum e na medida que o atendem. Essa colaboração, entretanto, não pode ocorrer em campo fundamentalmente religioso, como o da catequese, por mais alto que seja o valor dessa pregação para a elevação da moral e dos costumes do povo. De fato, aí a colaboração seria propriamente o amparo de religião e feriria profundamente a separação prescrita." (in Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1, pág. 116, Ed. Saraiva, 1972).

Assim, a melhor interpretação do dispositivo constitucional em exame é no sentido de que a colaboração por parte do Estado pode ser feita

“Não comprovada a má-fé, tem-se como presumida a boa-fé, hipótese em que não cabe a restituição de importâncias recebidas pelo exercício cumulativo de cargos ou funções.”

No mesmo sentido pronunciou-se a Douta Consultoria da Assembléia Legislativa:

“Funcionário não está obrigado a devolver aos cofres públicos o que, de boa-fé e na presunção de legalidade, recebeu a mais”.

(Parecer nº 174, de 29 de setembro de 1970).

Também o Egrégio Tribunal de Contas do Estado, em sessão plenária de 29 de junho de 1977, acolhendo parecer de sua Auditoria, adotou a orientação de que só cabe a reposição de vantagens indevidamente percebidas em caso de má-fé cumpridamente provada.

Diante desses e de muitos outros precedentes encontrados na Administração Estadual, parece-me medida excessivamente rigorosa exigir a devolução de quantias, durante longo período, percebidas de boa-fé com tranqüila presunção de legalidade.

3. Por esses motivos e porque, reconhecidamente, trata-se de funcionários de exemplar dedicação ao serviço, o meu voto é no sentido de que se recomende ao Senhor Governador a dispensa de reposição das parcelas recebidas.

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
CONSULTOR JURÍDICO

Porto Alegre, 14 de junho de 1978.

DOAÇÃO DE TERRENO MUNICIPAL PARA CONSTRUÇÃO DE IGREJA

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3882

BEM PÚBLICO.

Em decorrência do princípio da absoluta neutralidade do Estado em matéria religiosa, é constitucionalmente vedada a doação de terreno à Mitra Diocesana para construção de igreja (art. 9º, inciso II, da Constituição Federal).

1. O Município de EREXIM, mediante Lei Estadual nº 793, de 09 de dezembro de 1949, recebeu do Estado concessão gratuita de um lote rural, com área de 19.260,00 m² (dezenove mil, duzentos e sessenta metros quadrados) para instalação de uma escola pública.

A lei em referência, além de gravar o imóvel com as cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade, proibiu que lhe fosse dada destinação diversa, sob pena de reverter o prédio ao domínio do Estado (arts. 2º e 3º).

Não utilizando toda a área recebida, a Prefeitura pretende a alteração da referida Lei nº 793 no sentido de permitir a doação da parte do imóvel, ou seja, 6.000,00 m² (seis mil metros quadrados), à Mitra Diocesana com a finalidade específica de construir uma igreja, mantidos os gravames de inalienabilidade e de impenhorabilidade.

É o relatório.

2. A partir do Governo Provisório de 1890 foi estabelecida no Brasil a separação entre a Igreja e o Estado, incluída na Carta de 1891 (arts. 8º e 11) e mantida por todas as Constituições posteriores.

Essa separação, que decorre da liberdade de consciência e de

OPINIÃO DE PARECER DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL CONSTITUÇÃO DE IGREJA

PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PARECER Nº 3617

SEM FUNDAMENTO

Em virtude do princípio da absoluta neutralidade do Estado em matéria religiosa, a constituição de igrejas e demais entidades religiosas não constitui matéria de competência do Poder Judiciário.

O Município de ERÉCIM, mediante Lei Estadual nº 188, de 29 de dezembro de 1963, resolveu do Estado concessão gratuita de um lote rural com área de 19.000 m² (dezenove mil metros quadrados) para instalação de uma escola pública.

A lei em referência não dá origem a qualquer direito de preferência ou preferência de direito, pois a concessão gratuita de um lote rural para instalação de uma escola pública é matéria de competência exclusiva do Poder Executivo.

Em virtude do princípio da absoluta neutralidade do Estado em matéria religiosa, a constituição de igrejas e demais entidades religiosas não constitui matéria de competência do Poder Judiciário.

sem fundamento

A Lei Estadual nº 188, de 29 de dezembro de 1963, resolveu do Estado concessão gratuita de um lote rural com área de 19.000 m² (dezenove mil metros quadrados) para instalação de uma escola pública.

Em virtude do princípio da absoluta neutralidade do Estado em matéria religiosa, a constituição de igrejas e demais entidades religiosas não constitui matéria de competência do Poder Judiciário.

PLEBISCITO

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3617

PLEBISCITO é ato administrativo, e não matéria de Direito Eleitoral. A Assembléia Legislativa tem competência para reger e deferir a consulta plebiscitária, cuja forma de execução será regulada em resoluções do Tribunal Regional Eleitoral. A transferência de área territorial de um município para outro requer a observância dos requisitos legais estaduais que precedem ao deferimento da consulta plebiscitária. A legitimidade para pedir a consulta plebiscitária é da população da área interessada.

1. A consulta.

O Prefeito Municipal de Selbach, alegando haver uma área de 1.250 hectares na divisa entre os Municípios de Selbach e de Colorado, a qual pertenceria a Selbach, e onde vivem famílias vinculadas a Selbach, pede o pronunciamento desta Consultoria-Geral do Estado sobre a viabilidade de se realizar consulta plebiscitária na área contestada: caso isso não seja possível, alternativamente, pede que a Consultoria-Geral indique a solução para o caso.

2. Pronunciamentos anteriores da Consultoria-Geral.

Esta matéria, envolvendo os limites intermunicipais de Selbach e de Colorado, já ensejou duas manifestações desta Casa, embora sobre dois outros aspectos: o primeiro, sobre jurisdição municipal tributária, porque o atual consulente sustentava que Colorado invadira área pertencente a

Selbach, onde cobrava tributos (Parecer nº 1.096, de 31 de agosto de 1970); o **segundo**, em que o Prefeito Municipal de Colorado pedia reexame do assunto, à vista de novos elementos probantes (mapas, identificação nominal de acidentes geográficos, certidão da Justiça Eleitoral, e quejandos), onde se esclarecia que o acidente geográfico demarcatório chamado **“Travessão do Passo do Padre”** (na Lei estadual nº 4.318, que criou Colorado) **NÃO ERA** o mesmo acidente geográfico chamado “Sanga do Passo do Padre” (na Lei estadual nº 5.036, que criou Selbach). Isso consta do Parecer nº 1.156, de 15 de janeiro de 1971, sendo este e o anterior da lavra do eminente Consultor Jurídico JOSÉ HUGO DE CASTRO RAMOS. Em face dos novos elementos obtidos dos processos números 539/62 e 1.172/65, da Assembléia Legislativa (o primeiro trata da emancipação de Colorado, e o segundo, de Selbach), a conclusão foi para que o Legislativo estadual baixasse diploma legal retificativo dos limites intermunicipais. Assim, a reportagem da Folha da Tarde de 18 de maio de 1977, que alude ter a Consultoria dado “ganho de causa a Selbach, e, em outra ocasião, para Colorado,” é inexata.

Agora, o Prefeito Municipal de Selbach indaga se é possível fazer plebiscito na zona de contestado, e, caso negativa a resposta, qual seria a alternativa de solução. Simultaneamente, a Assembléia Legislativa, através de sua Comissão de Constituição e Justiça, examina este mesmo caso para solucioná-lo, o que também noticia o jornal já mencionado. Af constata – e essa matéria foi historiada ao jornal pelo Prefeito de Selbach, e seu Procurador Municipal – que Selbach, na época, distrito do Município de Tapera, “cedeu” parte de seu território para ajudar Colorado a se emancipar, porque este não teria área suficiente... Acontece que área nunca foi requisito legal para criação de novo município, e, sim, cociente eleitoral, renda pública, etc...

3. Situação atual do problema.

3.1. Emancipação de Colorado, em 1962.

A Lei estadual nº 4.318, de 3 de julho de 1962, ao criar o Município de Colorado, estabeleceu:

“Art. 1º – É criado o Município de Colorado, com sede na

localidade do mesmo nome, constituído do atual distrito de Colorado, pertencente ao Município de Carazinho, **parte de Selbach, distrito de Tapera**, e parte do Município de Santa Bárbara do Sul.”

Sinale-se que essa “parte de Selbach, distrito de Tapera”, é o atual território contestado.

Não houve um erro do legislador, e nem incorreção da lei, subtraindo território de Selbach para Colorado; e nem este invadiu território alheio (de Selbach), como fazia crer aquela primeira consulta encaminhada a esta Casa.

Mais adiante, diz essa lei:

“Art. 2º – O território do novo Município tem as seguintes divisas:

Ao sul – começa na incidência do Travessão Bini, no Arroio Puitã, seguindo daí pelo referido travessão, rumo geral noroeste, até encontrar o Travessão do Passo do Padre; continua por este, rumo geral oeste, até alcançar o Arroio Ibirubá;”

O litígio se circunscreve à divisa sul de Colorado com a divisa norte de Selbach.

3.2. Emancipação de Selbach, em 1965.

A Lei estadual nº 5.036, de 22 de setembro de 1965, criou o Município de Selbach, assim:

“Art. 1º – É criado o Município de Selbach, com sede na localidade de mesmo nome, constituído do **atual** distrito de Selbach, pertencente ao Município de Tapera.

Art. 2º – O território do novo município é assim limitado:

Ao norte – começa na confluência da Sanga do Passo do

Padre com o Arroio Grande, seguindo pela Sanga do Passo do Padre, águas acima até sua nascente, donde segue, por linha seca e reta, até encontrar a vertente da Sanga Fuão, seguindo pela mesma, águas abaixo, até sua confluência com o Rio Colorado;

Sinale-se que a **mens legis** foi emancipar o atual (em 1965) distrito de Selbach, pertencente ao Município de Tapera.

O "atual", em 1965, já não se compunha daquele pedaço territorial incorporado a Colorado, três anos antes!

3.3 Atuais limites intermunicipais.

Como se vê, não há, a rigor, uma "zona contestada", terra de ninguém, entre Colorado e Selbach, embora usemos a expressão "contestado" para individuar a área, objeto da consulta.

O Prefeito Municipal de Selbach não alega que teria havido "invasão", ou, pelo menos, desrespeito de sua divisa com Colorado.

As leis criadoras dos respectivos municípios descrevem os limites intermunicipais a contento. Apenas por razões afetivas, quiçá históricas, "esta área pertencia ao antigo distrito de Selbach, e fazia parte da colônia de JACÓ SELBACH, seus moradores são de ascendência alemã, em sua maioria, têm interesses comuns em Selbach, (...) sendo alguns deles fundadores do Hospital de Selbach", diz o consulente, e por isso **acha** que essa área pertence ao Município de Selbach.

Entretanto, afora essa opinião do Prefeito Municipal de Selbach, a zona contestada é, legalmente, do Município de Colorado.

3.4 Ação discriminatória.

Caso não fosse, competiria ao Município prejudicado a ação discriminatória.

Um indicador muitíssimo importante que instruiu a consulta do Prefeito Municipal de Colorado, em 1971, e ao qual o Parecer nº 1.156 faz

referência, é que os cidadãos moradores dessa área, em 1962, votaram pela emancipação de Colorado (isto foi provado por Certidão do Cartório Eleitoral). Logo, esses mesmos cidadãos não votaram pela emancipação de Selbach, três anos depois. Eles integravam a "parte de Selbach, distrito de Tapera", referida no art. 1º da Lei estadual nº 4.318/62.

Uma coisa que em nenhum momento o consulente esclareceu é se, em 1962, venceu o "sim" na área contestada.

É que:

"Desfavorável o plebiscito em um município, não poderá a área correspondente a este ser anexada a município a ser criado". (Acórdão do T.J.P.R., in RT 340/423)

4. Transferência da área territorial de um município para outro.

O consulente quer saber se pode haver consulta plebiscitária para essa área contestada ser desmembrada de Colorado, e se incorporar a Selbach.

4.1. Plebiscito.

O instituto do plebiscito merece algumas considerações preliminares: o órgão competente para editar normas de consulta plebiscitária é a Assembléia Legislativa; é matéria de Direito Administrativo, e não de Direito Eleitoral. Por isso, o Estado-membro pode legislar a respeito (assim já decidiu o STF, na Representação nº 349, in RDA 61/173). O plebiscito é ato administrativo, e pode ser atacado por mandado de segurança (conforme decidiu o T.J.S.P., in RDA 61/175).

As próprias leis que criam municípios, por não terem caráter geral e abstrato das normas legais em sentido próprio (sendo chamadas "leis de efeito concreto"), são meros atos administrativos; é um dos raros casos de possibilidade de mandado de segurança contra lei.

Apreciando "crime em plebiscito", assim se manifesta TITO COSTA, in "Recursos em Matéria Eleitoral", RT, SP, 1968, p. 127:

“Segundo têm entendido os tribunais eleitorais, a infração que se verificar durante a realização de plebiscito, ou em razão dele (anterior ou posteriormente) não configura crime eleitoral. Plebiscito e eleição são coisas distintas e diversas.

A recente Lei Complementar nº 1, de 9 de novembro de 1967, ao estabelecer requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios, defere às Assembléias Legislativas dos Estados-membros competência para realizar plebiscito para consulta às populações de áreas territoriais a serem elevadas à categoria de município. A forma de consulta plebiscitária, diz essa Lei Complementar, será regulada mediante resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Resulta dessa Lei Complementar a clara distinção entre plebiscito e eleição. Esta só pode ser regulada por leis federais, com instruções do Tribunal Superior Eleitoral; aquele terá sua realização a cargo das Assembléias Legislativas, podendo os TRES regulá-lo através de resoluções.”

Apreciando mandado de segurança, assim se pronunciou o Egrégio T.J.S.P., em Acórdão unânime de lavra de HELY LOPES MEIRELLES:

“Plebiscito de consulta às populações interessadas no desmembramento de território municipal é matéria administrativa sujeita à apreciação da Justiça Comum, e não da Justiça Eleitoral.” (Rev. dos Tribunais, nº 357, p. 168).

Nessa mesma direção apontam HELY LOPES MEIRELLES e EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, in “Assuntos Municipais”, Ed. Inst. Dir. Mun. do RGS, P. Alegre, 1965, p. 19:

“Plebiscito de consulta sobre elevação de município e modificação territorial é ato administrativo, não é ato eleitoral. Daí porque pode o Estado-membro legislar sobre tal matéria, sem

ofensa às reservas da União. E, sendo procedimento administrativo, não fica sujeito em qualquer aspecto à Justiça Eleitoral.

Quem o preside é o juiz de direito, e não o juiz eleitoral. Os recursos cabíveis serão para a Justiça Comum, e não para a Justiça Eleitoral.

Como plebiscito e eleição têm alguns pontos assemelhados, o legislador estadual geralmente manda aplicar as disposições eleitorais que couberem, na qualificação dos votantes, no ato de votar e no sistema de apuração. Mas isso não o confunde com o processo eleitoral. É, apenas, um aproveitamento do sistema eleitoral e de sua organização material para a realização da consulta popular.”

4.2. A Lei Complementar nº 1/67, e a Lei estadual nº 4.054/60.

A Lei Complementar federal nº 1, de 9 de novembro de 1967, estabeleceu requisitos mínimos de população e renda pública, e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios. Esta lei foi alterada pelas Leis Complementares nºs 23, 25 e 28, em partes que não são pertinentes à consulta.

A Lei estadual nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, ao dispor sobre a alteração na divisão territorial do Estado do Rio Grande do Sul regulou a criação de municípios e a realização de plebiscitos, seja para criar novos municípios, seja para decidir sobre o destino de território de municípios extintos, seja para autorizar a realização de plebiscitos para incorporação, subdivisão, ou desmembramento de municípios (art. 2º, incisos I, II, e III). Esta norma legal é a vigente lei estadual a que se refere o art. 145 da Constituição do Estado, e se conjuga, interpretativamente, com a Lei Complementar federal nº 1/67, que defere à Assembléia Legislativa a competência para reger a consulta plebiscitária, respeitadas as normas federais que ela menciona quanto à população, eleitorado, centro urbano, e arrecadação (art. 2º incisos I a IV). Em relação a estes requisitos, a Lei estadual nº 4.054/60 não funciona.

4.3. A Representação nº 130, no STF.

Há um precedente jurisprudencial do Pretório Excelso, a Representação nº 130, julgada no início de 1950, que, por muita semelhança ao caso em exame, merece ser lembrada; Criuva, distrito de São Francisco de Paula, pretendeu se desmembrar, e se incorporar a Caxias do Sul.

Naquela época, vigiam a Constituição Federal de 1946, que contemplava a autonomia municipal nos mesmos termos da Carta Maior vigente agora, e a Lei estadual nº 534/48 (revogada pela atual Lei nº 4.054/60.)

O Ministro RIBEIRO DA COSTA, relator, após discorrer sobre a autonomia municipal assegurada constitucionalmente, entendeu inconstitucionais alguns artigos daquela lei estadual, que permitiam o plebiscito e o ato de desmembramento pela Assembléia Legislativa. (consubstanciado no Decreto Legislativo nº 45, de 15 de julho de 1949), sem ter sido ouvido o Município de São Francisco de Paula (através de sua Câmara de Vereadores, conforme dispunha a lei estadual daquela época). A autonomia municipal de São Francisco de Paula foi ferida – disse o voto do relator, acolhido unanimemente – porque a arrecadação de tributos de sua competência ficaria reduzida, e a organização dos serviços públicos locais ficaria afetada. (RDA 28/238). Os demais aspectos jurídicos desse Acórdão de 1950 estão superados pela evolução jurisprudencial e doutrinária bem mais recente, na atual década de 1970: a Assembléia Estadual pode regram plebiscito, é o Estado quem organiza o Município, a consulta às câmaras de vereadores não é essencial, etc.

5. Considerações finais.

5.1. Normas legais aplicáveis.

A Lei estadual nº 4.054/60 não prevê à saciedade a hipótese de um distrito se desmembrar de um município, e se incorporar a outro; os casos previstos são de desmembramento para a formação de **novo** município. Mas, no art. 32, e parágrafos, essa norma assim dispõe:

“Art. 32 – A incorporação, subdivisão e desmembramento de municípios far-se-á mediante pedido e manifestação plebiscitária favorável das populações interessadas e só poderá verificar-se nas épocas previstas para a criação de municípios”.

Impõe-se um comentário: a Lei Complementar federal nº 28, de 18 de novembro de 1975, deu nova redação ao art. 6º da Lei Complementar nº 1/67, **fixando a época de criação de novos municípios**:

“Art. 6º – A criação e **qualquer alteração territorial de município** somente poderão ser feitas no período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data da eleição municipal”.

Continuando, assim dispõem os parágrafos daquele art. 32 acima mencionado:

“§ 1º – No caso de subdivisão serão observadas todas as disposições da presente lei, relativas à criação de municípios. Nas hipóteses de incorporação e desmembramento, essas disposições serão observadas naquilo em que forem aplicáveis.

§ 2º – Os pedidos de incorporação e os de desmembramento, **que não importarem em criação de municípios, atenderão apenas às exigências de que trata o artigo 15, incisos I, II, III e V, e parágrafos 1º e 2º**”.

O Art. 15 acima referido diz assim:

“Art. 15 – O pedido de criação de município deverá conter prova, realizada nos termos desta Lei, de que a área emancipanda satisfaz às condições essenciais indicadas nos incisos I, II e III do art. 3º, e mais:”

Impõe-se outro comentário: os incisos I, II e III do art. 3º aí referidos são os requisitos legais de população, de receita anual, e de possibilidade de desenvolvimento, os quais foram revogados e substituídos pelo art. 2º da Lei Complementar nº 1. Mas, para o caso do desmembra-

mento e incorporação de parte de município, eles não têm aplicação. Os incisos adiante (que são do art. 15), sim:

I – Mapa rudimentar da zona emancipanda, com especificação da área, população, divisas municipais, estradas, rios e acidentes topográficos mais importantes;

II – Memorial descritivo de estabelecimentos mercantis e industriais, unidades de ensino e hospitalares, e associações recreativas e desportivas, devidamente organizadas;

III – Descrição sistemática das divisas da zona emancipanda;

IV – (...)

V – Relação dos bens imóveis municipais situados na área emancipanda, devidamente comprovada por certidão do registro respectivo”.

Então, dispensados os requisitos do art. 2º da Lei Complementar nº 1 (porque – repita-se – NÃO É caso de criação de novo município), o pedido da população interessada deverá ser instruído com a prova dos incisos I, II, III e V do art. 15.

Há de se cuidar, ainda, dos parágrafos desse art. 15:

“§ 1º – As assinaturas ou firmas constantes dos pedidos de credenciais e de emancipação, e dos documentos ou papéis que os instruírem, deverão ser reconhecidos em notas públicas, ficando isentos de emolumentos e de selos estaduais todos os atos relativos ao processo.

§ 2º – O mapa rudimentar de que trata o inciso I deste artigo será assinado por profissional habilitado na forma da Lei. A existência das entidades mencionadas no inciso II poderá ser comprovada inclusive por certidão da Junta Comercial, da Prefeitura Municipal e dos registros públicos”.

RCGE, Porto Alegre, 8(22): 177-190, 1978

5.2. Legitimidade para pedir plebiscito.

O Prefeito Municipal de Selbach tem diligenciado a reivindicação da área contestada à Secretaria do Interior, a esta Consultoria-Geral do Estado, e à colenda Assembléia Legislativa.

Todavia, em face da lei estadual nº 4.054/60, a legitimidade para pedir plebiscito é da população interessada, constituindo-se em comissão representativa junto aos poderes estaduais, cuja constituição e nominata de seus integrantes terá de ser comunicada à Assembléia Legislativa (consoante o § 1º do art. 10 da Lei estadual nº 4.054/60).

Os participantes dessa comissão representativa têm de ser eleitores, e o documento probante deve cumprir as formalidades legais:

“A Comissão de que trata o parágrafo anterior (é a Comissão Representativa) será acompanhada de documento comprobatório do número de eleitores que constituíram a comissão (aqui, comissão emancipacionista). Este documento conterà a assinatura dos eleitores em folhas de papel, em que haja, impresso ou datilografado, cabeçalho claramente enunciativo da finalidade do pedido. Ao lado de cada assinatura, o eleitor indicará o número do respectivo título eleitoral, e o Juiz de Direito competente mandará certificar se os signatários possuem a qualidade de eleitor da área indicada”. (§ 2º, art. 10, Lei est. nº 4.054/60).

5.3. Tempestividade do pedido de plebiscito.

A Lei Complementar nº 1/67 enuncia que a criação de municípios (e seus problemas conexos, como a fusão e a extinção de território municipal) depende de lei estadual, conjugada com os requisitos da própria Lei Complementar nº 1, e de consulta plebiscitária às populações interessadas. (art. 1º):

No caso, a norma complementar federal afasta a norma ordinária estadual, quando ambas se refiram ao mesmo assunto; assim, o art. 13 a Lei estadual nº 4.054/60, que enuncia o prazo para encaminhamento do pedido de plebiscito (“até 30 de abril dos anos de milésimo 3 e 8”) ficou revogado

RCGE, Porto Alegre, 8(22): 177-190, 1978

pelo art. 6º, da Lei Complementar nº 1 (com a redação nova dada pela Lei Complementar nº 28):

“Art. 6º – A criação e qualquer alteração territorial de município somente poderão ser feitas no período compreendido entre dezoito e seis meses anteriores à data -a eleição municipal.”

5.4 Pressupostos legais para a consulta plebiscitária.

Sanado o problema da legitimidade de pedir plebiscito (que é de iniciativa da população interessada), cumpridas as formalidades legais (retro expostas no item 5.1 deste parecer), e encaminhado o pedido tempestivamente, a outra fase processual se desenrola na Assembléia Legislativa, que examinará a regularidade do pedido através da comissão competente; estando em ordem o pedido, a comissão competente da Assembléia dará parecer, que instruirá o projeto-de-lei, fixando a área da consulta plebiscitária (mas, antes de fixá-la terá de ouvir o órgão técnico estadual, a Diretoria de Terras e Colonização, ou órgão técnico que a tenha sucedido, nessa atribuição).

Fixada a área, a Assembléia Legislativa determina a realização da consulta plebiscitária, cuja forma de realização será (ou está) regulada por resoluções expedidas pelo Egrégio Tribunal Regional Eleitoral (conforme o parágrafo único do art. 3º da Lei Complementar nº 1/67).

Cumprido sinalar que o parecer da Diretoria de Terras e Colonização do Estado é ato essencial do agir da Assembléia, consoante já se manifestou o Egrégio T.J.S.P., em Acórdão da lavra de HELY LOPES MEIRELLES:

“Cabe mandado de segurança contra resolução da Assembléia Legislativa, que determina a realização de plebiscito em desconformidade com as exigências legais para o desmembramento de território municipal.

Resolução legislativa é ato administrativo, sempre sujeito ao controle de legalidade do Judiciário.

Parecer de órgão técnico é, a princípio, ato opinativo, mas a lei pode erigi-lo em ato vinculante do procedimento administrativo.

O ato administrativo que indica o motivo de sua realização fica vinculado à existência e validade desse motivo.

Nula é a resolução legislativa expedida em desconformidade com a lei e com o motivo indicado em seu texto.

A lei é cogente para todos, inclusive para o Poder que a faz.

O município tem direito subjetivo, líquido e certo, à integridade de seu território, o qual só pode ser desmembrado em conformidade com o disposto na lei estadual pertinente.” (Rev. dos Tribunais nº 357, p. 168).

5.5. Lesão a direito do Município de Colorado.

O Município de Colorado fica na iminência de perder parte de seu território, o que lhe diminuiria o poder de decretar e arrecadar tributos de sua competência, e lhe faria perder serviços públicos locais que, porventura, tenha realizado na área territorial contestada; ambos os aspectos dizem respeito à administração própria de seu peculiar interesse, constitucionalmente assegurado ao Município.

A primeira indagação – e que terá de ser investigada pela Colenda Assembléia Legislativa do Estado – é se o desmembramento da área contestada não importará em perda dos requisitos exigidos pela Lei Complementar nº 1, para a própria existência do Município de Colorado.

Se lhe acarretar essa perda, a consulta plebiscitária não pode ser deferida, pela regra do § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 1, aplicável “no que couber”, ou seja, na omissão da lei estadual.

Outro aspecto que o Egrégio Poder Legislativo estadual poderá inquirir, e verificar nos assentamentos de votação, é se em 1962, na consulta plebiscitária para criar o Município de Colorado, houve vitória do “sim” para

que essa área se incorporasse ao novo Município, desprendendo-se de Selbach (naquela época, distrito do Município de Tapera).

Se for preterido algum iter legal que conduza à consulta plebiscitária, o Município de Colorado terá legitimidade para atacar o ato da Assembléia Legislativa, ou por mandado de segurança, no Tribunal de Justiça do Estado, ou por pedido de representação ao Supremo Tribunal Federal, através do Procurador-Geral da República. Da mesma sorte, qualquer cidadão terá legitimidade para propor ação popular contra o ato que entenda lesivo ao Município de Colorado.

Mas, a comissão requerente da consulta plebiscitária não tem capacidade para ser parte em juízo, por não ter personalidade jurídica, nem personalidade judicial, ao contrário dos Municípios diretamente interessados, Colorado e Selbach, e da própria Assembléia Legislativa, como Poder do Estado-membro.

6. Conclusão.

Tendo-se em conta as considerações expostas, respondemos ser possível a consulta plebiscitária na área contestada entre os Municípios de Selbach e Colorado.

É o parecer. S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de junho de 1977.

TEMPO DE SERVIÇO

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3845

TEMPO DE SERVIÇO. Acréscimo de até 2/5 para fins de aposentadoria voluntária do servidor estadual.

Competência da CIMOR para apontar à Administração quais cargos ou funções e que locais de trabalho se enquadram nos dispositivos legais.

Hipóteses em que há presunção *juris et de jure* de periculosidade ou insalubridade autorizada pelo legislador, que excluem discricão ou juízo, quer de valor, quer técnico, e das em que se impõe de forma casuística verificar a existência de elementos nocivos à saúde do servidor.

Servidor em desvio de função à margem do favor legal.

O crescente número de petições visando aos benefícios da Lei estadual nº 2.455, de 6 de novembro de 1954, sugere um exame detido de sua incidência às diferentes hipóteses que pretendeu favorecer com o acréscimo de até 2/5 ou 1/6 ao tempo de serviço do funcionário público para os efeitos da inatividade voluntária.

2. Sucede que da exegese do referido diploma legal regulador da aplicação do art. 179 do ordenamento estatutário (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952) decorreram, ao longo dos anos, manifestações conflitantes do extinto Conselho do Serviço Público e desta Consultoria-Geral, especialmente em razão do cotejo de suas disposições com as das Cartas Federais de 1967 (artigos 100, § 2º, e 177, § 1º) e de 1969 (art. 103).

3. Realmente, sob o império da Constituição de 1967, por exemplo, ficou assente que o tempo ficto seria computável para os fins de aposentadoria, até 15 de março de 1968, ou seja, período anual de sobrevivência da legislação anterior à vigência daquela Carta Magna (**Apud** Pareceres números 7832 e 7956, publicados, respectivamente, no Diário Oficial de 12 de março e 10 de junho de 1969).

4. No entanto, após a promulgação da Emenda nº 1/69 à Constituição de 1967, em que expressamente se condicionou à Lei Complementar “de iniciativa exclusiva do Presidente da República” a redução do tempo de serviço para a inatividade, restou entendido que o tempo de serviço público prestado nas condições previstas na Lei nº 2.455/54 ainda era considerado para o mesmo efeito. Tal posição consolidou-se inclusive em acórdãos do Supremo Tribunal, que embasaram o PARECER nº 3118 deste Órgão Consultivo, aprovado pelo Governador do Estado em 31 de maio de 1976.

5. Deste modo, a sistemática administrativa até então prevalente sofreu radical transformação, passando a constituir novamente motivo para a redução de 2/5 e 1/6 o tempo de serviço prestado em determinados locais, ou em que tivesse o servidor contato com agentes químicos ou condições físicas adversas.

6. Diante desses fatos não é de estranhar o volume de solicitações de cômputo de tempo irreal para a aposentadoria, com fundamento na aludida Lei nº 2.455/54 e no precitado pronunciamento desta CGE, já que juridicamente válida tal contagem – convém frisar –, desde que levada em consideração a natureza do serviço prestado, uma vez que, de resto, até que se edite a lei complementar referida no art. 103, “é perfeitamente compatível com a Constituição Federal”, como sublinhou o Consultor-Geral no ofício de encaminhamento do PARECER nº 3118 ao Chefe do Poder Executivo Estadual.

7. Assim situada a questão, parece inquestionável que se impõe verificar caso a caso quem são os destinatários do benefício, a quem, em face da satisfação dos requisitos legais, se reserva o direito de acrescentar 1/6 ou 2/5 ao tempo de serviço efetivamente prestado.

8. Preliminarmente, contudo, cumpre asseverar que não basta que o serviço guarde adequação com os pressupostos legais. É preciso, inarredavelmente, que o conteúdo ocupacional de seu prestador se harmonize com a tarefa executada. Numa palavra: servidor público estadual em desvio de função não poderá receber os favores da Lei nº 2.455/54. Isso porque norma de caráter geral veda ao servidor o exercício de atribuições diferentes de seu cargo, consoante expressa o art. 277, da Lei nº 1.751/52.

9. Por conseguinte, em linha de princípio, poderão habilitar-se ao acréscimo de 1/6 ou 2/5, servidores das áreas de saúde pública, agricultura, pecuária e outros, desde que satisfaçam os requisitos da Lei nº 2.455/54, e que – como se disse –, não se achem em desvio de função. E mais: para que ocorra sua intitulação aos benefícios legais, devem ser apurados sempre o modo e condições como concretamente se desenvolveu a prestação do serviço, já que, em virtude tão só das atribuições do cargo, é impossível, **a priori**, incluir ou excluir determinado funcionário de tais vantagens (**Apud** PARECER nº 2644/74-CGE).

10. Mas, a quem compete validamente essa constatação?

O § 1º do art. 2º da citada lei prescreve que o Serviço de Biometria Médica – cujas atribuições assimilou a Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e Readaptação (CIMOR) –, deve indicar ao Departamento do Serviço Público, ou seja, à Administração, “quais os cargos ou funções e que locais de trabalho, especificamente, se enquadram nos termos desta Lei”.

11. Ora, a interpretação do texto legal não pode admitir controvérsias, quando se trata de locais, **v.g.**, que exigem a permanência em laboratório (art. 1º, 1, letra “c”, 1ª parte, da Lei nº 2.455/54), situação em que, em razão da clareza e precisão do dispositivo e independentemente de qualquer manifestação exegética, se legitima para o servidor o acréscimo do tempo fictício ali considerado. Isso porque, dita manifestação, “não tendo a força mágica de transformar tal laboratório de química em almoxarifado, não tem igualmente o poder de obstar o nascimento do direito do funcionário que nessas condições desempenhar suas atividades” (Parecer nº 7228/67, do ex-Conselho do Serviço Público).

12. Efetivamente, se a lei diz “permanência em recinto de laboratórios” não cabe fazer investigação técnica no local e, pois, conforme entendeu o PARECER nº 303/67-GAJ, na hipótese da letra “c” do art. 1º, I, da predita lei, presumiu o legislador **juris et de jure** a existência de insalubridade ou periculosidade, único suporte fáctico da regra jurídica. Portanto, fato gerador do direito do funcionário a acrescentar 2/5 ao seu tempo de serviço há de ser apenas a permanência no recinto dos laboratórios ali taxativamente enunciados.

O mesmo se pode concluir com respeito à nocividade das emanções de amônio, antimônio ou cloro, (art. 1º, I, c) presumida pela lei **juris et de jure**, competindo à CIMOR dizer somente se no local onde trabalha o funcionário há ou não o desprendimento dessas emanções.

13. No entanto, a relevância da tarefa do mencionado órgão é salientada no antedito PARECER nº 307/67 do antigo Gabinete de Assessoramento Jurídico deste Consultivo, quando se ocupa de “outros elementos nocivos à saúde”, expressões contidas no final da prescrição legal analisada. Aqui, cabe à CIMOR “afirmar ou negar a nocividade das emanções”... “ou quando se trata de apurar se o serviço acarreta ou não risco de vida ou de saúde, pela possibilidade de aquisição de moléstia profissional ou pelo perigo de vida do ambiente” (In Parecer citado).

14. Entendido, pois, à vista do art. 2º, § 1º, da Lei nº 2.455/54, que compete à CIMOR indicar à Administração do Estado “quais os cargos ou funções e que locais de trabalho, especificamente, se enquadram nos termos desta Lei”, a orientação que se desenha adequada à solução dos pedidos de interessados em obter os favores nela liberalizados, há de ser aquela que conclui pela prévia audiência da supracitada Comissão.

15. Do ponto de vista formal, percebe-se dessarte que a CIMOR deve opinar sempre, ora explicitando quais as posições funcionais enquadráveis nas vantagens da lei, ora apontando outros ambientes de trabalho capazes de acarretar risco de vida e saúde aos servidores neles lotados.

Ressalve-se, contudo, que quando se subordina o direito ao benefício à atividade em determinados locais, descabe à CIMOR

manifestar-se sobre qualquer discricção ou juízo, de valor ou mesmo técnico. (Apud Parecer nº 7228/67-CSP antes citado).

16. Coerente com essa orientação, o art. 3º do Decreto RS nº 19.900, de 26 de setembro de 1969, prescreve que dita Comissão Especial

“... tem por finalidade estudar todos os processos relacionados com acréscimo de tempo de serviço, acidentes em serviço, doenças do trabalho ou readaptação, bem como emitir os respectivos laudos, devendo para tanto:

I – encarregar-se da instrução dos processos referentes a acréscimos de tempo de serviço, anexando aos mesmos todos os elementos técnicos necessários ao seu completo estudo.” (grifos nossos).

17. Nessa altura, convém indagar: que serviços e locais de trabalho poderão dar ensejo às vantagens legais?

Nas alíneas dos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 2.455/54 existem duas modalidades de situações:

a) em alguns casos, a lei expressou de forma específica, clara e inarredável, modalidades de prestação de serviço ou sua prática em determinados locais de forma a criar uma presunção absoluta de risco. Nestes casos, basta a verificação da hipótese da regra para sua incidência plena. Não precisa haver apuração pericial, a manifestação da CIMOR tem caráter meramente formal;

b) os casos que integram a segunda categoria de situação são aqueles em que a lei faz menção genérica aos fatos que integram o suporte fáctico. Nestes, a atuação da CIMOR é mais efetiva na análise do desempenho funcional ou na verificação do local. O laudo da Comissão de Infortunistica vai fornecer dados concretos para que a Administração aquilate a existência de risco de vida e saúde e faça incidir a regra legal adequada.

18. Por outro lado, já se viu que a intervenção da CIMOR não deve ir

além da instrução prévia, formal, caso a caso, dos processos em que tal estudo é necessário.

Da manipulação desses expedientes, com todos os elementos médico-especializados, resultarão laudos que servirão de base para a solução administrativa dos pedidos de acréscimo ao tempo de serviço realmente executado pelo funcionário.

19. DE TODO O EXPOSTO e em conclusão, entendemos, salvo melhor juízo:

a) ainda que se deva submeter ao crivo da CIMOR todos os processos pertinentes a acréscimo de tempo de serviço, em se cogitando de servidores posicionados na letra A do item nº 17 deste parecer, a manifestação dessa Comissão Especial, em face da presunção **juris et de jure** conferida pelo legislador, é meramente formal;

b) nas situações da letra B do item nº 17 antes referido, ou seja, quando determinou a lei fosse apurada de modo casuístico a incidência de elementos nocivos à saúde do servidor, aí sim cabe o exame acurado da CIMOR, a fim de que possa a Administração deferir, ou não, o acréscimo de tempo de serviço prodigalizado pela legislação em estudo;

c) finalmente, excluídos estão dos benefícios da Lei nº 2.455/54 os servidores que prestam serviço em desacordo com o conteúdo ocupacional de seu cargo (desvio de função), face ao que dispõe o artigo 277 da Lei nº 1.751/52.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1978.

DOMÍNIO DAS LAGOAS

MÁRIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3626

LAGOA.

Caso em que se classifica como "bem público de uso comum do povo".

O Senhor Secretário da Agricultura, em despacho, solicita desta Casa o esclarecimento sobre se a Lagoa do Peixe, situada no Município de MOSTARDAS, é pública ou privada. A questão pertine com o plano de determinada firma em ali empreender uma estação de aquacultura, piscicultura, bem como a sua proteção e preservação ecológicas.

Integram o expediente diversas certidões comprobatórias dos domínios ribeirinhos e a declaração dos respectivos titulares no sentido de acertarem com a empresa a associação ao empreendimento mediante participação percentual nos lucros.

É o relatório.

2. Determinadas circunstâncias fazem uma lagoa pertencer ao domínio público.

Algumas há, de cunho constitucional, que não interessam ao caso, como se pode ver desde logo: seja a lagoa situada internamente em terras de propriedade pública; banhe mais de um estado; constitua limite ou se estenda em outro país (Constituição Federal, art. 4º, inciso II).

As circunstâncias que importam, estão consubstanciadas em um estado de fato natural: ser a lagoa navegável ou fluviável, conforme se ocupa a letra b, do art. 2º, do Código de Águas (Decreto-Lei nº 24.643, de 1º de julho de 1934), "in verbis":

RCGE, Porto Alegre, 8(22): 197-200, 1978

197

“Art. 2º – São águas públicas de uso comum:

- a)
- b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou fluviáveis”.

3. Para essa regra, informada nos fatos, a lei põe uma exceção, quando os reconhece, lagos e lagoas, como particulares, nas hipóteses de se situarem “em um só prédio particular e por ele exclusivamente cercados” (§ 3º do mesmo artigo 2º).

Para esta exceção, à sua vez, apõe uma condição: “quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum” (§ 3º, “in fine”).

4. Na presente espécie, se examina caso onde se deparam os seguintes caracteres:

- a) a lagoa é navegável;
- b) está compreendida em confronto com diversos proprietários ribeirinhos, e, assim, não encravada “em um só prédio”;
- c) alimenta-se de águas oceânicas.

Já MAXIMILIANO assentava, no conceito de navegável, a simples possibilidade de curso para “jangadas, pranchas e balsas de madeira” (“in” **Comentários à Constituição**, p. 293, 3ª edição, Livraria do Globo, 1929). No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES (“in” **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 515, 5ª edição, Revista dos Tribunais).

Por tal estado de fato, verifica-se não existirem as condições que fariam particular a “Lagoa do Peixe”, mostrando, ao revés, a fatualidade característica de recurso hídrico público.

5. É pública, de que natureza?

Diz PONTES DE MIRANDA:

“Quer com a redação de 1967, quer com a redação de 1969, o lago que não está em terras de propriedade do Estado-membro, não é de propriedade do Estado-membro.

Se algum lago, ou lagoa, qualquer que seja o tamanho, já era reconhecido como parte integrante de algum terreno, de que alguém era proprietário, ou se era reconhecido como de propriedade de alguém, está pré-excluído, para o Estado-membro, o pressuposto de estar “em terreno de seu domínio” (isto é, de domínio do Estado-membro). O Estado-membro de modo nenhum é dono de lago que não está em terreno seu. O que poderia acontecer é que ele o adquirisse, em virtude de negócio jurídico.” (**In Comentários à Constituição de 1967**, com a Emenda nº 1/69, tomo I, pág. 542)

Visto como não é particular e não pertence ao domínio (como propriedade, “jus in re”) do Estado-membro, a lagoa, em questão, se configura como “bem público de uso comum”.

6. Com efeito, afirma CLÓVIS BEVILAQUA:

“As águas são públicas ou particulares, e as primeiras são dominicais ou de uso comum”. (CLÓVIS BEVILAQUA, **Direito das Coisas**, pág. 210, Editora Rio).

O domínio em relação ao poder público tem mais de um sentido: o domínio como “jus in re” (bens dominicais), o domínio como poder que o Estado exerce sobre prédios dos seus serviços, sobre as vias públicas ou sobre uma lagoa.

Veja-se a divisão tripartida do Código Civil, em seu art. 66, do seguinte teor:

“Art. 66 – Os bens públicos são:

I – Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II – Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III – Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.”

A exclusão dos itens II e III é manifesta, acrescentando-se as lagoas às hipóteses enumeradas (em “*numerus apertus*”) no item I deste artigo.

7. EM CONCLUSÃO, tais elementos levam a configurar a ‘Lagoa do Peixe’ como pública, com a natureza de “bem público de uso comum do povo”.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 15 de julho de 1977.

PENSÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO

MARISA GRASSI
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3554

BRIGADA MILITAR.

Pensão prevista no art. 105 da Lei nº 1.753/52.

Indispensável o nexo causal entre o serviço prestado pelo policial-militar e o infarto do miocárdio que lhe causou a morte.

M.L.E.G., viúva do Coronel PM A.S.G., requereu, em novembro de 1976, ao Senhor Governador do Estado, pensão correspondente aos vencimentos integrais do posto imediatamente superior, com base no art. 103 da Lei nº 6.195, de 15 de janeiro de 1971 (Estatuto da Brigada Militar), mais as diferenças, a partir de agosto de 1966, acrescidas de juros e correção monetária, alegando que a morte do Coronel PM foi proveniente de uma das doenças características como “Doença do Trabalho” e iniciada em seu próprio Gabinete, onde prestava serviço em condições especiais.

Informa que seu marido foi transferido para a reserva a 5 de maio de 1952 e que foi convocado para o serviço ativo em 26 de julho de 1964, a contar de 23 de abril do mesmo ano, para prestar serviço na Brigada Militar. Foi colocado, a partir da última data, à disposição da Secretaria da Segurança Pública, com a finalidade de prestar serviços de natureza especial junto ao Gabinete.

Em datas de 25 de abril e 23 de maio de 1966, o Coronel PM foi solicitado a comparecer ao Quartel General da Brigada Militar para integrar o Conselho Especial de Justiça na audiência de Qualificação de Indiciados (Memorandos nºs 480 AJG-SJ e 668 AJG-SJ).

No dia 19 de agosto de 1966 foi acometido de mal súbito, no local de trabalho, ocasião em que foi conduzido imediatamente para a sua

residência e no dia seguinte internado no Hospital Ernesto Dornelles, vindo a falecer a 22 de agosto, às 13h 30min, tendo como causa da morte "Infarto do Miocárdio"

O expediente é enviado pelo Senhor Subchefe da Casa Civil para Assuntos Administrativos ao Comando da Brigada Militar. Aos autos é anexado um atestado médico fornecido pela clínica do Dr. APOLLO CORREA GOMES; com data de 29 de dezembro de 1976, informando que o Coronel PM A.G. realizava exames periodicamente; que o último aconteceu no mês de julho de 1966 e que as pesquisas foram normais.

Conclui o atestado:

"Na segunda quinzena do mês de agosto de 1966 foi ele hospitalizado no Hospital Ernesto Dornelles, tendo sido por nós visto dois dias antes, ocasião em que pudemos verificar o seu estado de forte tensão emocional, com evidência psicossomática de estado depressivo de monta, para o qual foi prescrito repouso emocional e psicoterapia de apoio".

A Assessoria Jurídica da Diretoria de Pessoal da Brigada Militar pronunciou-se (fls. 96-102-CGE) pelo deferimento do pedido. Retornando o processo à Casa Civil, é enviado à Consultoria-Geral do Estado, pelo Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos e Legislativos, para exame e parecer.

É o relatório.

2. A Lei nº 1.753, de 27 de fevereiro de 1952 (Estatuto da Brigada Militar), em vigor por ocasião do óbito do policial-militar, dispunha sobre as hipóteses em que os herdeiros fariam jus à pensão correspondente aos vencimentos integrais:

"Art. 105 – Os militares mortos em campanha ou em ato de serviço policial, ou em consequência de ferimentos ou moléstias decorrentes, ou ainda em consequência de acidentes em qualquer serviço, deixarão a seus herdeiros pensão correspondente aos vencimentos integrais."

Embora o artigo não mencione expressamente, é primário, em Infortunistica, a exigência de nexos causal entre o evento e o serviço. Assim, para que se caracterize um acidente de trabalho, é necessário que entre o estado mórbido e o serviço haja dependência de efeito para causa. É o que se verifica na legislação aplicável aos funcionários civis estaduais, Decreto nº 19.900, de 26 de setembro de 1969, que conceitua "Acidente de Trabalho" na esfera administrativa, reproduzindo praticamente as disposições relativas ao assunto na área do trabalho privado. Com efeito, dispõe o diploma:

"Art. 8º – Acidente do Trabalho é aquele que resulta do exercício de atividade a serviço do Estado, provocando uma das seguintes ocorrências:

a) lesão corporal;

b) perturbação funcional;

c) molestia que cause perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho;

d) morte mediante ou em consequência de qualquer das situações mencionadas nos itens anteriores."

3. A lei estadual equipara, para os efeitos dos benefícios, a doença do trabalho ao acidente.

Sobre a matéria, ensina OSWALDO OPITZ, ao comentar sobre acidente na área trabalhista:

"Merece exame aqui, a distinção entre doença e acidente, embora a lei em seu artigo 2º os equipare, para os efeitos dos benefícios. Há relação de causa e efeito entre o acidente e a doença, como entre a lesão corporal ou perturbação funcional. Apesar da unidade conceitual, há diferença entre ambos, como se observa na prática. Ninguém confunde um acidente com a doença, mas há casos em que se torna impossível encontrar a linha divisória.

Distingue-se sob dois aspectos: etiológico e cronológico. Caracteriza-se, em regra, o acidente pela subitaneidade e a violência, na expressão da Lei de 1919. Ao passo que, na doença, isso não ocorre, pois é um processo que tem certa duração, embora se desencadeie num momento certo, provocando a lesão corporal ou a perturbação funcional e até mesmo a morte. Pode-se acrescentar, ainda, mais um elemento diferenciador, qual seja a sua causa que no acidente tipo, é externa, quando, quase sempre, na doença, ela se apresenta internamente devido ao processo silencioso peculiar a toda moléstia orgânica do homem."

E mais adiante:

"O mediatismo entre a causa e o efeito, na doença, não se verifica no acidente-tipo. Neste, normalmente, a causa e o efeito são simultâneos. Diz-se normalmente, porque pode haver a violência-causa sem o correspondente efeito imediato, que poderá se retardar, sem que se rompa a relação causa-efeito, que caracteriza o acidente do trabalho. A perícia médica é que dirá da existência ou não dessa relação". (Opitz, Oswaldo, "Estatização do Seguro de Acidente do Trabalho", Vol. I, Bórsoi, Rio, 1968).

4. O acidente pode ser a causa da morte, da lesão corporal, mas pode também não ser. É o que dispõe o Decreto Federal nº 57.226, de 16 de novembro de 1965, que também conceitua o Acidente em Serviço do militar da ativa, disposição inserta na lei estadual antes citada e na Lei de Acidentes do Trabalho ora em vigor, Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976. Prescreve o art. 2º do Decreto nº 57.226:

"Considera-se acidente em serviço para os fins previstos em lei, ainda quando não seja ele a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do militar, desde que entre o acidente e a morte ou incapacidade haja relação de causa e efeito".

5. A indispensabilidade de nexos causal é reforçada na lei estadual ao tratar da incapacidade do policial-militar, no Código de Vencimentos da Brigada Militar, Lei nº 6.196, de 15 de janeiro de 1971. Diz o art. 80:

"O Policial-Militar incapacitado terá seus proventos referidos ao soldo integral do posto ou graduação em que foi reformado na forma da legislação em vigor, bem como às gratificações incorporáveis a que fizer jus nos seguintes casos:

1. ferimento recebido em campanha, na manutenção da ordem pública ou por enfermidade contraída nestas situações ou que nelas tenham sua causa geradora";

6. Da mesma forma no Código de Vencimentos e Vantagens revogado, Decreto-Lei nº 848, no art. 109, em vigor por ocasião do falecimento do esposo da requerente, e, portanto, aplicável ao caso:

"Os militares mortos em campanha, ou em consequência de ferimentos ou moléstias nela adquiridos, bem como, os militares mortos em consequência de acidente em ato de serviço ou de moléstia dele decorrente, deixam aos seus herdeiros uma pensão equivalente aos vencimentos integrais do seu posto ou do posto imediatamente superior a que sejam promovidos "post-mortem".

7. Observamos, pois, que a lei não dispensa a causa, embora não exija que seja a única, para que haja acidente do trabalho. Uma causa sempre deve existir, que resulte em morte, perda ou redução da capacidade para o trabalho. Não há acidente de serviço, se essa causa não se determina, ou, caso seja determinável, não esteja ligada ao exercício do trabalho.

8. Pelas características clínicas, as afecções cárdio-vasculares não se caracterizam como doença do trabalho, nem estão inseridas na relação das atividades assim denominadas em Ato do Senhor Ministro da Previdência e Assistência Social. Por sua vez, a Lei Federal nº 5.316, de 14 de setembro de 1967 (de Acidentes do Trabalho), recentemente revogada, ao ampliar a noção de doença do trabalho e incluir a resultante das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho for realizado, não alcança as alterações vasculares. Antes de mais nada, a caracterização da doença atípica como do trabalho é difícil face aos obstáculos quanto à obtenção de prova suficiente da relação de causa e efeito, entre a doença e as condições do ambiente de serviço. Além disso, há o fator tempo na configuração, pois

em poucos dias de serviço em um ambiente hostil, não se manifestará uma doença grave que se possa incluir entre as do trabalho pelas condições especiais ou excepcionais do serviço. Na verdade, a jurisprudência tem admitido como doença do trabalho atípica, a tuberculose pulmonar. Portanto, condições excepcionais geradoras de doença do trabalho são aquelas que ocorrem em determinados ambientes tornando o indivíduo predisposto ao mal.

9. Apesar do que foi afirmado, os tribunais, na procura de soluções cada vez mais humanas, têm entendido que, em situações específicas, analisando caso a caso, esse tipo de doença (afecções cárdio-vasculares) pode caracterizar um acidente de trabalho.

Discorrendo sobre a possibilidade dessa moléstia desencadear um resultado que pode ser apontado como acidente em serviço, diz OSWALDO OPITZ na obra citada:

“Assim, na dinâmica das doenças cárdio-vasculares – em particular no enfarto do miocárdio e no derrame cerebral – há fatores determinantes e fatores desencadeantes das mais variadas etiologias que não vem ao caso discriminá-las. De modo geral podem ser distinguidas, entre outras, como de natureza física, emocional, metabólica, tóxica, infecciosa, ou mesmo cirúrgica.

Os fatores determinantes são em essência os que levam às alterações vasculares; os fatores desencadeantes são os que surgem e agravam os processos originados pelos determinantes, rompendo debilidades locais.

Muitas vezes o fator determinante e o fator desencadeante podem ser o mesmo, o que potencializa a ação para dar origem à ocorrência. Noutras, o fator desencadeante pode não ser alcançado ou simplesmente não existir.

Na realidade, porém, deve ser admitida a influência dos fatores determinantes se exercendo por um período longo enquanto que o desencadeante é próximo à ocorrência, incomum,

intenso, de curta duração, como no caso de ruptura de vasos provocando hemorragia cerebral, ocorrido durante o trabalho e devido ao esforço dispendido pelo operário, pouco antes de ser acometido do mal súbito (Revista Jurídica, vol. 59/93).

Em tese, todo o indivíduo pode morrer de acidente cárdio-vascular, mesmo na ausência de qualquer sintomatologia específica anterior, mas, via de regra, pré-existe sempre um quadro clínico relacionado ou não, **sem que se afaste a incidência legal**, embora dependente de prova da relação de causa e efeito, como ocorre se o esforço violento e prolongado, a que habitualmente se encontrava o operário, contribui para a dilatação aórtica, sujeitando-o ao desenlace mortal, mesmo que se ignore a afecção cárdica em estado latente”. (Revista dos Tribunais, vol. 245/494).

E prossegue:

“Na prática há de ter-se em conta, para distinguir “evolução natural” de “acidente” (art. 2º, § 1º, letra “b”) os fatos clínicos pré-existentes, isto é, sintomas de doença cárdicas persistentes ou aparecendo, periodicamente. E por igual se seu surto, no caso de acidente do trabalho, decorrer de esforço ou emoções violentos”:

Conclui o autor:

“A orientação, portanto, deve ser no sentido de que, para acidente do trabalho, a lesão cardiovascular, diagnosticada, ou morte, se agrave de imprevisto, inesperadamente, como consequência de esforço não desenvolvido ou de emoção não sofrida habitualmente pelo acidentado. Por isso, finalizando, se pode dizer, que não devem ser considerados como provocados por “acidente do trabalho”, os danos que pré-existem e se agravem sistemática e especificamente na exclusiva dependência de distúrbios orgânicos”. (Revista dos Tribunais, vol. 250/517).

10. No caso em análise, o expediente não traz subsídios suficientes que permitam concluir que o serviço realizado pelo policial-militar, no

momento em que foi acometido de mal súbito, tivesse desencadeado o quadro clínico que deu origem à morte, ou, pelo menos, concorrido de alguma forma para o evento. O próprio quadro descrito no laudo médico de fl. 95-CGE não contribui para a configuração de um acidente em serviço. Afastado, como já se viu, o infarto do miocárdio das chamadas doenças profissionais, resta a possibilidade de enquadrá-lo como acidente, se relacionado às condições de serviço. É insuficiente, de outra parte, que o fato tenha ocorrido no local de trabalho, como orienta o DASP:

“Para caracterizar o acidente em serviço, não basta que haja ocorrido no horário de serviço, mas há que relacionar-se com ele”. (Formulação nº 206, da CLP/DASP - D.O. de 3-1-72, pág. 3).

Indispensáveis, pois, para o deferimento da pretensão da requerente, no mínimo, elementos que comprovem as condições de saúde de seu marido quando foi convocado para o serviço ativo e a indicação de circunstâncias desencadeantes relacionadas com o trabalho, no momento em que foi acometido de mal súbito.

11. Por derradeiro, após o exame do controvertido fato, cabe ressaltar que o direito da postulante encontra-se prescrito, eis que decorridos mais de 10 anos do falecimento do policial-militar. Nesse sentido, a jurisprudência vem firmando a posição de que a prescrição quinquenal atinge não só as prestações, mas o fundo de direito. (Re. 68.119, julgado em 9-10-69, Rel. o Ministro LUIZ GALOTTI, TTS 52/673; RE. nº 70.384, julgado a 13-11-70. Rel. o Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA. RTJ, 56/667).

12. Ainda que assim não se entendesse, a postulação estaria parcialmente prescrita, no prazo quinquenal, com base no Decreto Federal nº 20.910, de 1932. Por outro lado, descabe o pedido de correção monetária e juros moratórios. A orientação jurisprudencial é de que a primeira só é devida quando houver previsão legal. Quanto aos juros, também são indevidos, já que o Estado não foi constituído em mora, o que só ocorreria através de procedimento judicial.

EM CONCLUSÃO, o requerimento deve ser indeferido face à ausência de prova da relação de causa-efeito entre o serviço prestado pelo policial-militar e o infarto do miocárdio que lhe causou a morte.

Porto Alegre, 5 de maio de 1977

TERRENOS ACRESCIDOS

CELSO MARTINS COSTA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3609

TERRENOS ACRESCIDOS.

Simple limitação não dá ao proprietário confinante direito de preferência à concessão de aforamento.

MOTO METALÚRGICA S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO e PILLA GUARITA – ENGENHARIA LTDA., compradores dos terrenos descritos na escritura de Promessa de Compra e Venda constante do Traslado de fls. 10/17, aditada pela escritura objeto do Traslado de fls. 18/20, requerem lhes seja deferido pelo Estado o domínio útil do terreno acrescido, pertencente ao Estado, enunciado no item 4 do petítório, às fls. 5, e igualmente descrito no Memorial Descritivo de fls. 41. As requerentes, embora não tenham juntado ao processo, exibiram ao signatário escritura de compra e venda dos terrenos, ainda não levada a registro imobiliário.

Informam as peticionárias que o terreno pretendido – sic: “situa-se exatamente nos fundos dos terrenos indicados no inciso nº 1 (do Petítório), estando, por sua topografia, encravado no de propriedade das requerentes, sem saída possível, ou testadas livres, pois, limita-se ao Oeste, com a BR-101, prolongamento da Av. Castelo Branco” (fls. 5).

Esclarecem, também, que estão elas, as peticionárias, na posse da cobiçada área, – sic: “ocupando-a para suas atividades comerciais e industriais”.

Às fls. 8 e 9 foram juntados instrumentos procuratórios dos quais se vê que as requerentes constituíram, como procuradores, os advogados RONALDO GLASHESTER e PAULO MILMANN.

Às fls. 21 consta um Memorial Descritivo do terreno, totalmente

desprovido de autenticidade e de validade, eis que não assinado. Às fls. 22 e 23, juntaram-se plantas da situação do imóvel acrescido, em relação àqueles vendidos às petionárias.

Por solicitação do Tesouro do Estado, da Secretaria da Fazenda Estadual (fls. 24), foi ouvida a Prefeitura Municipal.

Esta, por ofício de fls. 26, do Senhor Secretário Municipal de Obras e Viação, forneceu plantas que foram anexadas às fls. 27 e 28, das quais consta que, de acordo com o Plano Diretor, o imóvel será atingido pelo prolongamento da Av. Voluntários da Pátria.

Foram ouvidos, ainda, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem – DAER (fls. 31), e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER (fls. 33).

O primeiro – DAER – eximiu-se de qualquer informação, sob a assertiva de que, a propósito, deveria ser ouvido o segundo (DNER). Este, à fl. 33, informou que os terrenos das petionárias – sic: “não entestam com a faixa de domínio” da auto-estrada Porto Alegre-Osório.

Às fls. 36/39, anexaram-se certidões do Registro de Imóveis da 1ª zona desta cidade, referentes às aquisições, por partê de WALTER GERDAU, dos terrenos alienados às petionárias. Às fls. 40 novas plantas da situação da gleba e às fls. 42/44, Memorial Descritivo do mesmo.

Às fls. 45/46, consta pronunciamento da Diretoria do Patrimônio, da Secretaria da Fazenda, suscitando dúvida sobre a legalidade da titularidade do domínio das petionárias, nestes termos – sic:

“A dúvida que emerge assenta-se nas determinativas exaradas pelas leis anteriores à transferência do domínio das faixas marginais dos rios navegáveis que correm no território do Estado, pela União (Decreto nº 22.658, de 20 de abril de 1933), nas quais, referidas faixas eram reservadas não podendo os particulares delas utilizarem sem a competente autorização” (fls. 45).

Encampando semelhante dúvida, a Assessoria do Gabinete da

Secretaria da Fazenda emitiu o pronunciamento de fls. 47/48, solicitando audiência desta Consultoria-Geral, textualmente – sic:

“A dúvida suscitada, portanto, se justifica. Uma vez arredada, oportunizar-se-á o exame quanto à viabilidade ou não do atendimento do pedido. Ao que se informa, a legalidade do domínio de outros terrenos nas adjacências padece do mesmo mal de raiz: quanto à sua procedência como é certificado, “nada consta”. Em assim sendo, a audiência do Órgão Consultivo do Estado, salvo melhor entendimento, se faz necessária” (fls. 47/48).

É o relatório.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2. A matéria do processo, como ressalta do relatório, é mais complexa do que, à primeira vista, seria possível supor-se.

Na verdade, os problemas que se põem à análise não se restringem à pretensão das empresas postulantes, mas envolvem, também, o exame das dúvidas suscitadas pela Secretaria da Fazenda, a respeito da legalidade do domínio das requerentes e de outras pessoas, em situação jurídica similar, sobre terrenos adjacentes aos de que se trata neste processo.

Tratarei das questões jurídicas contidas no expediente, partindo dos pontos mais simples e singelos para alcançar os mais complexos.

Cumpra, pois, examinar, antes de tudo, a legitimação das requerentes para postular a pretensão articulada no petitório, em face da sua condição de simples compradores, ainda não titulares de domínio.

Assistir-lhes-á, por acaso, pretensão específica à concessão do domínio útil desejado?

DOMÍNIO ÚTIL – LEGITIMAÇÃO DOS POSTULANTES

3. A **legitimatío** é forma especial de capacidade de agir, relativamente a determinado ato.

De tal sorte, o exame da legislação para a prática de um ato especial, ou melhor dito, para o exercício de certa pretensão envolve, necessária e paradoxalmente, a análise da inoccorrência de incapacidade (especial), ou, em outras palavras, da ausência de ilegitimidade.

No caso concreto, trata-se de pretensão ao domínio útil de terrenos acrescidos, pertencentes ao Estado.

Por disposição expressa do artigo 45 do Regulamento da Diretoria Técnica do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul, aprovado pelo Decreto nº 174, de 10 de novembro de 1940, a concessão de aforamentos de terrenos reservados cabe, por preferência, aos "proprietários de terrenos confinantes fronteiros (...) nas respectivas testadas e frentes".

Em virtude de regra extensiva, constante do artigo 72 do mesmo Regulamento, os princípios atinentes aos terrenos reservados abrangem, também, os acrescidos.

Eis o que, a propósito, dispõe o citado artigo 72 – sic:

"Art. 72 – A concessão dos terrenos acrescidos, natural ou artificialmente, será regida pelo disposto nos artigos anteriores, com as modificações previstas na presente secção".

Essa paridade de situações entre os reservados e os acrescidos recomenda, para logo, o exame da preferência dos confinantes de acrescidos ao respectivo aforamento.

4. A análise do direito de preferência dos proprietários lindeiros aos reservados já foi realizada, com precisão e acuidade, no Parecer nº 3518, da lavra do Consultor Jurídico ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER, Coordenador desta Unidade, de cujo texto peço vênia para extrair o seguinte tópico – sic:

"Mas ainda que, para argumentar, se admitisse tratar-se de concessão de uso, a SUL QUÍMICA LTDA. não encheria a totalidade dos requisitos previstos no dispositivo invocado. Tendo-se em vista o princípio hermenêutico segundo o qual texto

legislativo normalmente não contém palavras desnecessárias, os adjuntos grifados no dispositivo transcrito – **fronteiros e de frente** – demandam exegese restritiva no sentido de entender-se que a regra se refere apenas a terrenos cuja frente enteste com terreno reservado.

Tal interpretação haure substância no fato de imóveis em tais condições terem, em muitos casos, acesso apenas pelas águas".

Desse entendimento, que acolho integralmente e, **data venia**, incorporo ao presente parecer, deflui ser a preferência cogitada, apenas, do proprietário lindeiro, cujas terras façam linha divisória-frontal com a faixa marginal reservada.

A razão lógica e a própria destinação teleológica daquele direito de preferência está, precisamente, no fato de garantir ao **dominus** confinante o ingresso à sua propriedade pelas lindes fronteiras e, por conseqüência, marginais.

De tal sorte, esse direito preferencial assume uma **ratio** muito específica e particularmente restrita.

5. O problema que se põe a exame, agora, é saber se, por força da regra do citado artigo 72, também, será lícito atribuir preferência ao proprietário lindeiro de áreas acrescidas e se, na hipótese afirmativa, tal preferência se reveste de idêntica restritividade.

Se, realmente, a **ratio legis** daquela preferência é assegurar o acesso fluvial aos proprietários marginais – e apenas isso –, parece fora de dúvida que, relativamente aos acrescidos, devem presidir os mesmos motivos.

De tal maneira, sempre que os terrenos de acessão permanecerem, como um todo, ligados às faixas reservadas, ocorrerá a preferência especialíssima.

Entretanto, quando aqueles acréscimos puderem ser destacados

dos reservados, como unidades físicas autônomas, parece-me que, nesses casos, não se verificará a preferência de que trata o mencionado artigo 45 do Regulamento.

Tendo em vista, pois, a natureza especialíssima e restrita da preferência, as áreas de aforamento de terrenos reservados, parece manifesto que o benefício, na hipótese de concessão de acrescido, só poderá favorecer os lindeiros quando tais acrescidos, formando conjunto com os reservados, estiverem na mesma situação de confrontação exigida pelo citado artigo 45 do Regulamento, isto é, quando a linha divisória com o imóvel de propriedade do eventual preferente seja frontal.

6. No caso do processo, tais requisitos do direito de preferência não existem.

Realmente, os acrescidos de que se trata não formam conjunto com os reservados a que acederam, e, além disso, os terrenos confinantes, vendidos às postulantes, nem se extremam pela linha de frente com os lotes pretendidos.

Parece-me, pois, que não existe, na espécie, qualquer preferência a ser respeitada pelo Estado, em área de aforamento.

De tal sorte, as postulantes, embora não detenham, ainda, o domínio pleno do terreno que lhes foi vendido por WALTER GERDAU, podem legitimamente postular, como terceiros, a eventual concessão dos discutidos acrescidos, sem qualquer comprometimento, porém, da discricionariedade que, no caso, cabe ao Estado.

CONDIÇÕES FORMAIS DA POSTULAÇÃO À CONCESSÃO DO AFORAMENTO

7. Os pedidos de aforamento de terrenos reservados e, por via analógica, dos terrenos acrescidos, devem formalmente preencher as exigências dos artigos 13 e 14 do Regulamento aprovado pelo referido Decreto nº 174.

No que tudo indica, os postulantes, substancialmente, satisfizeram aqueles requisitos.

SITUAÇÃO DOS ACRESCIDOS EM RELAÇÃO AOS IMÓVEIS VENDIDOS ÀS POSTULANTES

8. As postulantes alegam, para confortar a sua pretensão, que os acrescidos pretendidos são imóveis encravados.

Admitindo essa circunstância, impõe-se considerar, porém, que o futuro prolongamento da Av. Voluntários da Pátria mencionará os cobiçados terrenos, valorizando-os muitíssimo e elidindo, por completo, o encravamento.

Mesmo quando isso não ocorresse, a situação de encravados dos acrescidos passaria a ser ônus para os postulantes, eis que constituiria autêntica limitação à sua propriedade, por via da passagem forçada que estariam eles obrigados a admitir.

Não se deve, portanto, levar em consideração, no desate do problema, a alegação dos postulantes de que os acrescidos são terrenos encravados.

A POSSE DAS POSTULANTES – EFEITOS

9. Esclarecem, ainda, as postulantes que já estão – sic “de posse da referida área, ocupando-a para suas atividades comerciais e industriais” (fl. 5), circunstância que, segundo afirmam, as anima a pleitear o aforamento.

Evidentemente, essa posse, simplesmente tolerada pelo Estado, não dá às postulantes direito ao aforamento.

De resto, a utilização dos acrescidos, sem permissão do Estado, constitui, até, procedimento abusivo das postulantes, que nem ainda são donas dos terrenos que compraram.

Se construíram nas terras acrescidas, podem, inclusive, perder as construções para o Estado.

É que tais edificações teriam sido construídas, indevidamente,

sobre terra alheia. Por virtude do fenômeno jurídico da acessão, aquelas construções se incorporaram à propriedade do solo sobre o qual foram identificadas.

Nem se diga que a posse das postulantes era de boa-fé. Não desconheciam elas, como não desconhecem, que os acrescidos são do domínio público estadual, tanto que, já na própria escritura preliminar de compra e venda, anexada ao processo, reconheceram que o vendedor deveria regularizar a ocupação dos acrescidos.

Tanto isso é exato, que chegaram a condicionar o pagamento do saldo do preço do negócio àquela regularização.

De tal sorte, as postulantes não têm direito à posse dos questionados terrenos reservados, nem podem, relativamente àqueles imóveis, pretender o exercício de **jus possessionis**. Essa situação de precariedade envolve, inclusive, as próprias edificações eventualmente levantadas sobre as terras acrescidas, a teor do disposto no artigo 547 do Código Civil.

Em suma, os postulantes não têm direito algum ao que pleiteiam.

Entretanto, a simples postulação não lhes é vedada e o ESTADO poderá atendê-la segundo a sua conveniência própria.

10 Além do aforamento, em virtude do qual se operaria, em caráter perpétuo (art. 48 do Regulamento), a transferência do domínio útil às postulantes, ou da venda do próprio domínio pleno, outras soluções menos radicais poderiam ser adotadas, resguardando-se, através delas, as conveniências do Estado e os interesses das postulantes.

Refiro-me à permissão de uso e à concessão real de uso.

A primeira, mero ato discricionário e unilateral para legitimar, nas condições constantes de seu texto, a posse direta dos postulantes.

A segunda, concessão real de uso, gratuita ou onerosa, pela qual se instituiria, em favor das concessionárias, direito real de uso, limitado e

resolúvel, a teor do disposto no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1976.

Em face das circunstâncias próprias do caso, penso que a solução legal mais aconselhável será precisamente a última, ou seja, a concessão às postulantes, em caráter oneroso e por prazo determinado, do direito real de uso dos terrenos pretendidos.

Em qualquer caso, porém, é de levar-se em consideração a projeção da Av. Voluntários da Pátria, que, por seccionamento, multiplicará os imóveis a serem concedidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

11. Por último, entendo que a resposta ou as respostas à indagação ampla da Secretaria da Fazenda a respeito da legitimidade dos títulos de domínio de outros imóveis, adjacentes aos descritos neste processo, inclusive aqueles objeto de Torrens, não comporta exame neste processo.

A matéria é ampla e complexa e a sua solução dependerá do exame de cada caso em concreto.

Sem embargo, no que diz respeito – sic “ao **modus** administrativo que regerá o direito de preferência” (p. 46), reporto-me ao que foi exposto neste parecer sob o título “DOMÍNIO ÚTIL – LEGITIMAÇÃO DAS POSTULANTES”.

É o meu parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 27 de junho de 1977.

EMPREGADO PÚBLICO E VANTAGENS ESTATUÁRIAS

JOSÉ QUADROS PIRES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 3666

SERVIDOR MUNICIPAL.

Extensão de vantagem estatutária a empregado público.

Matéria do peculiar interesse do Município.

Princípio da autonomia municipal.

O Senhor Prefeito Municipal de VENÂNCIO AIRES deseja saber se é constitucional a Lei Municipal nº 845, de 17 de dezembro de 1975, que concede avanços trienais aos servidores regidos pela CLT. Por se tratar de vantagem estranha ao Direito do Trabalho, entende que não pode ser aplicada aos empregados públicos.

É o relatório.

2. A Constituição Federal assegura expressamente a autonomia municipal, pela qual o Município tem liberdade no trato de assuntos do seu peculiar interesse (art. 15).
3. Dentre esses, naturalmente, figura o que diz respeito ao funcionalismo.

De muitas, citamos, apenas para ilustrar, as lições de HELY LOPES MEIRELLES e JOAQUIM CASTRO AGUIAR:

“A autonomia do Município brasileiro está assegurada na Constituição da República, para todos os assuntos de seu peculiar interesse (art. 15) e se expressa sob o tríplice aspecto **político** (composição eletiva do governo e edição das normas locais), **administrativo** (organização e execução dos serviços públicos

locais) e **financeiro** (decretação, arrecadação e aplicação dos tributos municipais)". ("Direito Administrativo Brasileiro", 4ª ed., p. 741).

"No regime jurídico vigente, como no Estatuto de 1946, o Município goza de liberdade para dispor sobre as condições do exercício das funções públicas municipais, devendo obediência apenas aos princípios e normas ditados pela Constituição da República ou dela decorrentes. Essa faculdade é corolário da autonomia municipal, constitucionalmente assegurada pela gestão própria dos assuntos do seu peculiar interesse (art. 15).

Por força da autonomia que lhe foi conferida e nos limites dela, o Município possui a faculdade de gerir os assuntos do seu interesse, de prover a sua administração, de organizar os seus serviços, imprimindo direção própria aos seus próprios negócios. Em decorrência desse princípio constitucional, compete ao Município organizar livremente o seu funcionalismo, por se tratar de matéria do seu peculiar interesse. Desta feita, à exceção do que é decorrência da própria Constituição, porque está expressa nela ou porque dela virtualmente decorre, compete privativamente ao Município legislar sobre o seu funcionalismo, ditar-lhe o regime jurídico, sem interferência da União ou dos Estados". ("Regime Jurídico dos Funcionários Municipais", 1ª ed., 1977, p. 11).

4. O Município (como também a União e o Estado) pode ter no seu quadro de pessoal, três tipos de servidor:

- a) o regido por estatuto (funcionário público);
- b) o regido pela CLT (empregado ou trabalhador público) e
- c) o regido por lei especial (servidor especial de que trata o artigo 106 da Constituição Federal).

5. Embora tais categorias de servidores possuam regras próprias sobre remuneração, o Município pode, por se tratar de matéria do seu peculiar interesse, estender determinada vantagem típica de uma determinada categoria, à outra. Basta, para tanto, provimento legal.

6. Não há na Constituição nenhuma norma que proíba a concessão de vantagens previstas na CLT aos funcionários públicos e vice-versa.

7. O que o Município não pode, por lhe faltar competência, é legislar sobre Direito do Trabalho. Entretanto, nada impede possa editar leis que outorguem vantagens próprias de empregados ou trabalhadores públicos a funcionários ou destes àqueles.

8. FACE AO EXPOSTO, conclui-se:

1 – O município pode, naquilo que for do seu peculiar interesse (e a remuneração dos seus servidores o é), editar leis que atendam sua necessidade e pretensão.

2 – Conseqüentemente, e em virtude de inexistir na Carta Magna disposição que proíba a extensão de vantagens pecuniárias próprias dos funcionários aos empregados públicos, a Lei Municipal nº 845 não é inconstitucional.

3 – Entretanto, é da maior conveniência para a Administração não estender vantagens estatutárias aos empregados regidos pela CLT e vice-versa, eis que da clareza dos regimes resulta a simplificação das obrigações decorrentes da relação de emprego ou do vínculo estatutário, consoante já se manifestou esta Consultoria-Geral, através do Processo nº 2429/75, **in verbis**:

"É de ser evitada a duplicidade de regime num mesmo setor administrativo, máxime com referência a um mesmo destinatário que tanto colheria vantagens consolidadas, como vantagens estatutárias".

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de setembro de 1977.

ÍNDICE

ALLGAYER, Antônio Estêvão. Justiça e prestação jurisdicional . . .	65
ALLGAYER, Antônio Estêvão. Remuneração de vereador – Parecer 383I/CGE	149
ASSESSOR – Função de assessoramento e regime especial de trabalho, por Jorge Arthur Morsch – Parecer 3856/CGE	161
ATALIBA, Geraldo. Tributação e Estado de Direito	39
BENS PÚBLICOS – Doação de terreno municipal para construção de igreja, por Jorge Alberto Diehl Pires – Parecer 3882/CGE	171
BENS PÚBLICOS – Domínio das lagoas, por Mário Nunes Soares – Parecer 3626/CGE	197
CABRAL, Armando Henrique Dias. Plebiscito – Parecer 3617/CGE	177
CIBERNÉTICA – Processo Civil e, por Iran de Lima	103
CIÊNCIAS SOCIAIS – Termos fundamentais das, por Aurel David	79
CONSTRUÇÃO – na faixa “non aedificandi”, por Orlando Carlos Gandolfo	121
COUTO E SILVA, Almiro do. Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço – Parecer 388I/CGE	157
DAVID, Aurel. Termos fundamentais das Ciências Sociais	79
DESAPROPRIAÇÃO – indireta, por José Maria Rosa Tesheiner – Parecer 3725/CGE	139

DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA, por José Afonso da Silva ..	11
ECOLOGIA – Responsabilidade civil pelo dano ecológico, por Sérgio Ferraz	49
ESTADO DE DIREITO – Tributação e, por Geraldo Ataliba	39
FAIXA “NON AEDIFICANDI” – Construção na, por Orlando Carlos Gandolfo	121
FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil pelo dano ecológico	49
FUNCIONÁRIO – LICENÇA-PRÊMIO – Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3881/CGE	157
FUNCIONÁRIO – REGIME ESPECIAL DE TRABALHO – Função de assessoramento e regime especial de trabalho, por Jorge Arthur Morsch – parecer 3856/CGE	161
GANDOLFO, Orlando Carlos. Construção na faixa “non aedificandi”	121
GRASSI, Marisa. Pensão por acidente do trabalho – Parecer 3554/CGE	201
JUSTIÇA – e prestação jurisdicional, por Antônio Estêvão Allgayer	65
JUSTO LEGAL – Justiça e prestação jurisdicional, por Antônio Estêvão Allgayer	65
JUSTO REAL – Justiça e prestação jurisdicional, por Antônio Estêvão Allgayer	65
LIMA, Iran de. Processo Civil e Cibernética	103

MANDADO DE SEGURANÇA – Cabimento da liminar após denegação da segurança, por Michel Temer	27
MARTINS COSTA, Celso. Terrenos acrescidos – Parecer 3609/CGE	209
MONTEIRO, José Joaquim. Tempo de serviço – Parecer 3845/CGE	191
MORSCH, Jorge Arthur. Função de assessoramento e regime especial de trabalho – Parecer 3856/CGE	161
PENSÃO – por acidente do trabalho, por Marisa Grassi – Parecer 3554/CGE	201
PIRES, Jorge Alberto Diehl. Doação de terreno municipal para construção de igreja – Parecer 3882/CGE	171
PIRES, José Quadro. Empregado público e vantagens estatutárias – Parecer 3666/CGE	219
PLEBISCITO, por Armando Henrique Dias Cabral – Parecer 3617/CGE	177
PROCESSO CIVIL – e Cibernética, por Iran de Lima	103
RESPONSABILIDADE CIVIL – pelo dano ecológico, por Sérgio Ferraz	49
SERVIDOR-CLT – Empregado público e vantagens estatutárias, por José Quadros Pires – Parecer 3666/CGE	219
SESTA, Mário. Liquidação de sociedade anônima de que o Estado seja acionista majoritário – Parecer 3589/CGE	143
SILVA, José Afonso da. Desapropriações urbanísticas	11
SOARES, Mário Nunes. Domínio das lagoas – Parecer 3626/CGE ..	197

SOCIEDADE ANÔNIMA – Liquidação da sociedade anônima de que o Estado seja acionista majoritário, por Mário Bernardo Sesta – Parecer 3589/CGE	143
TEMER, Michel. Cabimento da liminar após denegação da segurança	27
TEMPO DE SERVIÇO – Conversão de licença-prêmio em, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3881/CGE	157
TEMPO DE SERVIÇO, por José Joaquim Monteiro – Parecer 3845/CGE	191
TERRENO – DOAÇÃO – Doação de terreno municipal para construção de igreja, por Jorge Alberto Diehl Pires – Parecer 3882/CGE	171
TERRENOS MARGINAIS – Terrenos acrescidos, por Celso Martins Costa – Parecer 3609/CGE	209
TESHEINER, José Maria Rosa. Desapropriação indireta – Parecer 3725/CGE	139
TRIBUTO – Tributação e Estado de Direito, por Geraldo Ataliba .	39
VEREADOR – Remuneração de, por Antônio Estêvão Allgayer – Parecer 3831/CGE	149

