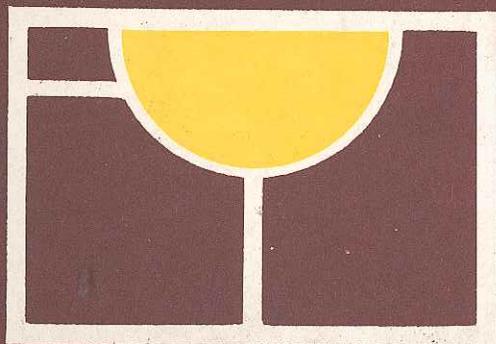


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



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 21	p. 1 a 229	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. 23cm. quadrimestral.



Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da CGE.

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

Sinval Guazzelli — Governador do Estado
José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Geral do Estado
Jorge Arthur Marsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mário Bernardo Sesto

Antônio Estêvão Allgayer

Rosa Maria Peixoto Bastos

Maria Izobel de Aroujo Fonyat

Lauro Corrêa Oliveira

Raquel Antônio Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

FRANZ GÖTTLINGER e JOCHENSCHNEIDER	Automação da Justiça	11
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO	Revenda de bens expropriados com fins urbanísticos	45
ALCIDES DE MENDONÇA LIMA	O princípio da proibidade no Código de Processo Civil	55
JOSÉ AFONSO DA SILVA	A posição do município e a ordenação do solo	101
MICHEL TEMER	Executivo "Forte": o equívoco no plano jurídico	113

PARECERES

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER	Veto a projeto-de-lei orçamen- tária	123
VALDACYR SANTO SCOMAZZON	Acumulação de cargos de Juiz Adjunto e Professor	127
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Competência estadual para le- gislar sobre tombamento	141
MÁRIO BERNARDO SESTA	Alienabilidade de bens imóveis loteados	151
ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER	Constituição de condomínio em terreno enfitêutico	177
NEY SÁ	Empresa pública e sociedade de economia mista	187
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Contagem de tempo ficto para aposentadoria	201
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	Habilitação profissional do de- fensor dativo	207
MÁRIO NUNES SOARES	Concessão de direito real de uso	215
FRANCISCO GONÇALVES DIAS	Constitucionalidade do pedá- gio	221

DOCTRINA

AUTOMAÇÃO DA JUSTIÇA

Franz Göttlinger, Chancelaria do Estado da Baviera
Jochen Schneider, Universidade de Munique

Primeira Parte

1. Introdução

Até o momento atual não existem idéias muito claras sobre a automação da justiça. Frente a tal constatação, não surpreende deparar-se com problemas em cada projeto que atinge as áreas técnico-organizacionais e sobretudo as que concernem à parte jurídica propriamente dita. Discuti-los seria ultrapassar os limites que fixamos para este trabalho. Move-nos apenas o intuito de estimular a superação de tais problemas, bem como incentivar o aperfeiçoamento da automação da justiça e a coleta de material para isso.

1.1 Situação da Justiça

No que tange à automação, registra-se inocultável atraso no âmbito da justiça. Isto se deduz de simples cotejo com a administração pública em geral. Tal situação advém de causas, entre as quais podem ser enumeradas as seguintes:

– O volume das tarefas individuais é de regra muito elevado (v.g., o registro de imóveis, os procedimentos admonitórios (*), etc.).

– Os encargos da justiça apresentam-se bastante diferenciados quanto ao conteúdo e quanto ao aspecto organizacional. Em virtude da multiplicidade de tarefas que lhe são cometidas, tem sido difícil encontrar-

(*) Procedimento admonitório (**Mahnverfahren**), no sistema processual alemão, configura instituto que algo tem de comum com o nosso Processo Executivo (Livro II do CPC) e o nosso Processo Cautelar (Livro III do CPC) e é particularmente endereçado à obrigação de pagar, dar ou fazer.

Tradução de "Justizautomation" (ÖVD: Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung (5-6): 143-3, 133-95), autorizada pelos autores e direção da revista. Tradução de Antônio Estêvão Allgayer.

-se ponto de apoio estratégico para desdobramento racional das partes integrantes do todo, através do emprego da EDV (*Elektronische Datenverarbeitung* = elaboração eletrônica de dados).

Precisamente na justiça a forma do procedimento é da mais alta relevância. As mudanças nessa área são consideradas jurídica e socialmente significativas. A função e a personalidade do Juiz com a sua independência assegurada em lei têm sido, por isso, o aspecto mais saliente da organização judicial. O temor da simples ameaça de um "juiz-autômato" é possivelmente o principal motivo da rejeição do emprego da EDV na justiça.

- Têm faltado iniciativas de automação no plano operativo, como base para testes e treinamento ou de elaboração de sistemas de informação. Ora, o custo da organização aparece sob outra luz quando se considera a utilidade de instalações que podem ser empregadas para a automação do registro de imóveis.

- Eventualmente a motivação para o processo automático tem sido feita em escala mais modesta, o que indica ser o problema fundamental o do interesse dos órgãos dirigentes pela EDV (veja secção 2).

Em se tratando de tecnologia muito nova, o conhecimento do seu emprego ainda não faz parte do padrão da educação sistemática, de sorte que a sua difusão demanda tempo.

No primeiro plano se tem situado, freqüentemente, a técnica, de sorte que os problemas de aplicação não se têm apresentado com muita clareza.

As demais áreas da administração pública assinalam-se hoje por vasto emprego da automação. Para a justiça, é postulado intangível que a personalidade independente do Juiz, assim como o servidor judicial, não pode ser (nem deve ser) substituída pela automação. No entanto, a justiça desempenha copiosas tarefas que se prestam à automação. É objetivo das

iniciativas feitas nesse sentido dar suporte, através das máquinas, à atividade judicial e à administração da justiça, de modo a conservar, e, se possível, aumentar a eficiência dos tribunais, para alcançar-se desenvolvimento mais racional de suas tarefas. A necessidade de uma racionalização da prestação jurisdicional é indiscutível. Por isso, o debate, iniciado há tempo, sobre o "emprego dos sistemas cibernéticos" (**Simitis, Fiedler, Haft, Podlech**) na coleta de informação, terá como resultado a sua utilização também nos trabalhos de nível executório.

Para isto ser operacionalizado, é de mister se estabeleça relacionamento integrativo com outras áreas administrativas, não devendo os limites entre as repartições obstaculizar trabalho sensato de conjunto (veja secção 2.3).

Que a justiça reconbecesse e levasse tal fato em conta – por exemplo, no Projeto Registro de Imóveis – incluindo nas decisões que acompanhassem o projeto implicações dessa ordem, não parecia tão evidente de início. A justiça posicionou-se frente às demais áreas administrativas como ente autárquico de autonomia relativa. Por isso mesmo, tal abertura é digna de nota. Atualmente, os Estados (*Länder*) da República Federal Alemã e o governo federal trabalham unidos em grêmios que, juntos, se ocupam com projetos menores de EDV da justiça e os operam de modo concreto (veja secção 3). Paralelamente, diálogos bem animados têm-se desenvolvido entre a direção da EDV da justiça e a prática jurisdicional. Isto tem suscitado mais clareza sobre as exigências do trabalho cotidiano, as quais têm sido levadas em consideração nos projetos menores e maiores, no plano da execução. Tal fato é de molde a pôr fim ao atraso na automação, que colocava a justiça em nível de desigualdade frente às demais áreas da administração.

1.2 Características Gerais da Automação nos Setores Públicos

Quando, há poucos anos, a administração pública, aderindo ao desenvolvimento dos sistemas de informação em massa no setor privado, iniciou a criação de bancos de dados em diferentes áreas (setor habitacional, sistemas de comunicação e informação, estatística), esperava-se que tais bancos de dados alcançassem uma integração de dados (gerência e

organização comuns), indispensável para diversas situações. Antecipava-se amplo emprego da EDV em tarefas globais da execução administrativa. Através da administração central de dados em bancos de dados, tornou-se atingível a meta de uma unidade de elaboração e de uma unidade de armazenamento. Até então os dados eram coligidos de vários pontos e elaborados mais de uma vez. Presentemente, esses dados se tornam acessíveis e utilizáveis em outras localidades. Também um desenvolvimento comum de programas pode ser concretizado, graças ao enriquecimento dos bancos de dados por "bancos de programação", resultando em métodos e processos que podem extrair o máximo de proveito dessa base comum de dados. Um aperfeiçoamento de aptidões de comunicação, aliado à instalação de EDV, abre novas perspectivas de uso.

Esse desenvolvimento envolve a tendência de culminar na instalação de sistemas conjugados de âmbito nacional. Espera-se também que os trabalhos para a automação, até agora efetuados, empreendidos inicialmente de forma isolada e em diferentes lugares (soluções ilhadas), possam ser melhor articulados.

Para o funcionamento e a utilização comum de bancos de dados e programas devem ser editadas regras de cooperação e coordenação nas diferentes regiões. Isto é válido para os sistemas que ultrapassam o âmbito das repartições e das regiões, bem como para projetos conjuntos da Federação e dos Estados, dos Estados e dos Municípios.

As diretrizes organizacionais e a fundamentação jurídica para essa cooperação e coordenação, notadamente nas relações entre administração estadual e municipal, foram estabelecidas pelas respectivas unidades federativas (**Bundesländer**), através das assim chamadas leis de organização geral de processamento de dados (**EDV - Organisations-Gesetzen**). Os diferentes Estados escolheram para tanto soluções diversas (modelos). Distinguem-se pelo caráter, v.g., segundo o grau de centralização do trabalho cooperativo municipal e estadual e a forma das institucionalizações. As tarefas centrais são assumidas por instituições específicas. (centrais de dados, autoridades estaduais). Além disso, organizam-se comissões de coordenação. Os corpos legislativos possuem o direito de informação e de utilização do equipamento. Com esta penetração da EDV, em vasta escala, a difusão do conhecimento sobre o emprego

do computador tornou-se uma obrigação que as instalações recém-criadas fizeram inarredável. Acresce que não se trata apenas do treinamento dos que trabalham de modo bastante direto com o computador, mas em especial de fornecer informações para aqueles que optaram por sua utilização. Também os novos organismos de publicidade lançaram, nesse terreno, importantes indagações acerca da difusão e discussão da nova tecnologia.

Para que a urgência de tal informação adquira o devido realce, é preciso que haja certo interesse, o qual aumenta na medida em que o emprego da automação progride. De outra parte, a qualidade do emprego do computador depende de noções claras e motivação de quem por ele se decide.

No que tange à justiça, verifica-se hoje a presença desse estímulo defluente do emprego da automação, assim como as possibilidades de informação. Precisamente quando não é a técnica que deve determinar a sua utilização, o que pode ser o caso da automação da justiça, devem ser transmitidos conhecimentos que permitam se façam as exigências necessárias a uma decisão pelo seu emprego.

Há uma tendência no sentido de se criarem sistemas informativos de âmbito nacional. Através da associação de bancos de dados podem ser oferecidas às diferentes localidades informações sobre elaboração de dados à distância, como auxiliares de planejamento e decisão, por exemplo, em Hessen, mediante a HEPAS (Sistema Hesseniano de Planejamento e Análise). Pode também referir-se uma associação de âmbito federal (Sistema de Bancos de Informação).

Característica da automação administrativa é o fato de que se tenta equipar os bancos de dados com dispositivos que lhes permitam operar automaticamente tarefas executivas (de baixo para cima). Não se criam, de modo geral, os bancos de dados com essa sofisticação, mas gradualmente tais dispositivos se vão introduzindo a partir da automação já utilizada (por exemplo, entidades habitacionais e seguro de renda fixa).

Os objetivos da automação administrativa, fundamentalmente válidos também para a justiça, assim podem ser resumidos:

- racionalização das tarefas executivas, e, através dela, envolvimento pessoal efetivo (= elaboração operacional-quantitativa de dados).

- administração informativa. Bancos de dados para a atualidade e rapidez da coleta de dados e previsão para a

- obtenção de auxílios de planejamento e decisão (= elaboração informativo-qualitativa de dados).

Tais metas não haverão de ser estabelecidas para uso próprio, mas devem estar em função do desenvolvimento da administração, de sorte a constituírem-se um serviço acessível aos cidadãos. As palavras-chave que marcam esse desenvolvimento sob os aspectos técnico e organizacional são:

sob o aspecto técnico

Depósito grande
Sistemas de bancos de dados
Linguagem e ação rápida
Elaboração de dados à distância
Associação
Sistemas interativos

Sob o aspecto do usuário

Perfeição dos dados
Atualidade
Correspondência aos fins
Facilidade de manuseio
Acesso fácil.

2. Problemas do uso da EDV na Justiça.

2.1 Utilidade da Automação - Juridicidade da Automação

As múltiplas e extremamente diversificadas tarefas, em parte de significação social elevada, tornam o juízo da utilidade da automação das diferentes áreas operativas muito difícil e exigente de acurado exame.

Ademais, a aplicação da EDV a áreas específicas enseja, a princípio, o surgimento de ilhas de automação. Isto impede se efetivem relações integrativas, que são relegadas para o futuro.

Para responder-se à questão da utilidade da automação, é preciso, antes de tudo, fazer-se o discríme das áreas da tarefa.

Em decisões de litígios propriamente ditos, como no julgamento terminativo de causas cíveis (§§ 300 e seguintes da Lei do Processo Civil), no julgamento de causas criminais (§ 260 da Lei do Processo Penal), uma transposição de procedimento decisório para máquinas dificilmente se conciliaria com os princípios jurídicos tradicionais. Nem se pretende chegar a esse ponto. Contudo, essa questão está a exigir pesquisa científica mais aprofundada. A prestação jurisdicional pode ser auxiliada pela montagem de um sistema de documentação jurídica eficiente, contribuindo, quiçá, para a aceleração do procedimento ou aliviando o juiz do ônus da pesquisa. Isso faz com que a EDV eventualmente possa contribuir, de modo indireto, no aprimoramento das condições básicas para decisões "melhores" (veja secção 4).

Mas, quando a conduta para efetivação rápida de conhecimentos judiciais já está esquematizada, transparecem as possibilidades de a EDV também servir para testar de algum modo o acerto das decisões, visto que aos atingidos por elas é dada a possibilidade de, através de meios auxiliares do direito, transferir o caso para o procedimento processual normal. Não há evidência, contudo, de que tais meios de aceleração do processo sejam eficientes quanto às causas penais (§ 407 e seguintes da Lei do Processo Penal). Ocorre que nessa área a prestação jurisdicional é fortemente casuística.

Com o emprego da EDV no juízo contencioso importa examinar-se cuidadosamente se e em que extensão podem ser utilizados procedimentos automáticos para efetivação das decisões.

Isto é indisfarçavelmente claro quando se trata de procedimentos pelos quais uma decisão judicial depende de interpretação. Trata-se aí,

fundamentalmente, de atos que, por sua natureza, permitem decisões pré-determinadas, nas quais o emprego da EDV por isso mesmo é praticável em ampla escala.

No procedimento do assim chamado juízo voluntário, o uso do procedimento automático de regra deveria ser factível irrestritamente. Trata-se geralmente de tarefas em que as atividades jurisdicionais objetivam o estabelecimento da segurança jurídica e da paz jurídica (por exemplo, o registro de direitos em livros oficiais, determinação de direitos hereditários, designação e administração da tutela).

Também nas tarefas da administração da justiça o emprego da elaboração eletrônica de dados não apresenta problemas, salvo os que se relacionam com os problemas gerais da automação administrativa.

Em todos os projetos da EDV deve ser examinado se os fundamentos de direito presentes permitem que se desenvolvam procedimentos automáticos. De verificar-se, pois, se todos os critérios importantes estão regulados em lei ou na ordem jurídica. Não sendo este o caso, e estabelecendo-se, através do procedimento da EDV, critérios adicionais, não incluídos em norma jurídica expressa, importa se proceda a uma alteração do direito positivo vigente ou então se admita uma autorização, permitindo que tais critérios sejam providenciados na forma de programa determinado por agência autorizada. Em casos especiais também pode a regulamentação ser emitida através de decreto. Mesmo com fundamentos jurídicos suficientes, pode ser necessária nova redação dos preceitos legais, adaptada às regras da automação (por exemplo, a introdução obrigatória de formulários e a supressão da exigência de assinatura).

Ocorrendo alteração nos textos de lei, as exigências da edição de normas de automação devem ser atentamente consideradas. De outra parte, impende se examine se o direito aplicado aos casos particulares não tangencia a esfera de decisão do juiz ou do jurista através da constrição do espaço de sua liberdade decisória.

Tal exame, talvez acompanhado de intervenção no direito vigente, torna a realização do procedimento da EDV dispendioso e gera insegurança, devido à sua complexidade.

Nesta contextura deve ser questionado se a automação de uma tarefa é compensatória; se, por exemplo, traz melhorias efetivas, como um procedimento mais acelerado e mais acessível aos cidadãos. No passado, julgavam-se freqüentemente com demasiada euforia a propriedade e a eficiência de uma transposição automática em EDV. Com isto se atinge a exigência de um método de análise de sistemas que leva em conta o problema dos efeitos jurídicos e da política judiciária. Indagações acerca da possibilidade da formalização do desenvolvimento do trabalho, da possibilidade organizativa do emprego dos dispositivos da EDV e as conseqüências no setor pessoal desempenham aqui papel importante. Deve ser também aqui observado que projetos de grande abrangência demandam investimentos maiores e de maior duração para o desenvolvimento de projetos (eventualmente também para a compreensão primeira de dados) antes de se manifestar o resultado da racionalização.

2.2 "Ato Jurisdicional Automático"

Enquanto as objeções que no passado se apunham ao ato administrativo automatizado foram, em grande parte, superadas ou minimizadas, na automação dos atos da justiça, denominados, segundo Rattel, "atos jurisdicionais", poder-se-iam apresentar sérios problemas.

Configura-se problemática a automação toda vez que atinge a independência do julgador da causa (juiz ou julgador). O ato administrativo é impregnado de anonimato, forte programação e mesmo rotina, que não deixa aparecer a automação como tarefa incondicional do domínio sobre o desenrolar e o resultado da atividade. Na justiça, ao contrário, o pré-deslocamento de decisões, que sempre caminha paralelo com a automação, poderá tornar-se problemático. Com a fixação de formas e aspectos importantes para a organização dos bancos de dados, com o abastecimento de planejamentos e programas gera-se um processo que marca substancialmente as decisões, de tal sorte que pode surgir uma concentração fáctica e até mesmo uma dominação fáctica pela EDV. Para exemplificar, pode ser observado que o procedimento automático de infrações da ordem pública foi desmembrado da justiça e acusa tendência crescente rumo à objetivação dos fatos.

Por outro lado, a automação de atos da justiça poderia constituir passo importante para a segurança da justiça. Um procedimento (totalmente) automático parece que garantiria avaliação igual e tratamento igual dos casos **sub judice**. Abstraindo-se do conceito muito problemático de igualdade, aqui adotado por base, poderia, no entanto, o deslocamento do procedimento decisório para análise de sistemas, programação e configuração documentária da prova envolver generalização e nivelamento que afetasse o julgador e o pesquisador do direito. Mesmo programas que eventualmente se apresentem como exceção a quem lida com o processo, relativamente aos critérios pelos quais as exceções devem ser julgadas, permanecem formais e rígidos. Poderá, por certo, cogitar-se de procedimentos – em geral mais dispendiosos – nos quais o julgador se capacite de todas as alternativas da configuração do caso, sendo, todavia, apoiado, aconselhado e alertado pelo sistema da EDV.

A problemática do ato jurisdicional cifra-se no questionamento da medida em que a automação leva a relação pessoal do julgador e também do pesquisador do direito a agir de modo a preservar realmente intacta a independência e neutralidade (pré-formação da decisão).

De indagar-se, outrossim, se o próprio conteúdo decisório pode ser pelo menos enriquecido, quicá influenciado, pela automação. A constituição de um ato jurisdicional específico deve ser apreciada, em linhas gerais, a partir das conseqüências da EDV sobre o funcionamento e a composição do sistema judicial.

Entretanto, as considerações acima feitas não podem ser generalizadas, tanto mais que também na situação atual a decisão pode ser (pré)-marcada por numerosos e detalhados preceitos. No atual estágio dos conhecimentos devem ser encontradas, para os procedimentos singulares, soluções correspondentes a cada tipo de problema que se apresente.

2.3 Problemas Particulares da Automação da Justiça

O emprego da EDV sempre traz consigo uma centralização de dados técnicos. Por motivos de economia, pode resultar também numa centralização organizacional. É típico que o emprego de dados técnicos em tarefas se vincula também à seleção dos lugares em que o usuário ou

beneficiário receberá orientação e apoio. Basicamente é lícito admitir-se que, pela estrutura supra-regional e complexa do sistema judicial, no correr da automação, surgirão também fenômenos de integração lógico-organizacional, talvez tribunais centrais admonitórios. Isoladamente, verifica-se em geral um deslocamento dos planejamentos locais e regionais, bem como forte vinculação ao desenvolvimento tecnológico (sistemas de bancos de dados, capacidade de direção).

Até o presente a discussão tem-se circunscrito aos limites constitucionais de sistemas federativos, com vistas ao relacionamento entre os poderes executivo e legislativo, bem como à problemática geral da divisão de poderes e às relações nas áreas pública e privada.

O papel especial, que precisamente a automação da justiça deveria desempenhar, pouca atenção tem merecido.

Isto se deve talvez ao fato de que a iniciativa da introdução do computador nessa área deve ser procedida com extrema segurança. Contudo, uma discussão, como sucede relativamente ao Projeto JURIS (veja secção 4.1.), que em geral ocorre a respeito da centralização e integração, é particularmente necessária em se tratando de automação judicial. É de pensar-se com isto nos conceitos (orientados pela EDV?) do registro central federal, na instalação de tribunais admonitórios, na centralização organizacional e na emancipação no correr da introdução da EDV. Ademais, convém examinar se o relacionamento justiça-setores públicos regionais de contabilidade, por exemplo para a justiça de Hesse – KGR e HZD –, pode ser concebido de modo a permitir uma única aceitação de dados técnicos (problemática é talvez a dignidade do cargo, a responsabilidade, a detenção). Destarte, a velha problemática das relações entre Estados-Membros e União Federal deverá ser novamente objeto de estudo especial para a justiça, tendo-se em vista os efeitos padronizadores e centralizadores da EDV. É de questionar-se até que ponto a capacidade de cálculo e de programação pode ser posta à disposição do serviço, sem solapar-se ou destruir-se a competência dos responsáveis pela administração pública. Assim deverá, por exemplo, na automação do registro imobiliário, ser enfrentada a questão de até que ponto esse registro ainda deve ser dirigido pelos titulares respectivos, se determinadas partes

funcionam automaticamente e outras são fortemente pré-estruturadas, abstraindo-se do problema do domínio pessoal de quem o manipula. Problemático é sobretudo o grau de diferenciação, que no programa é implementado, ou pode sê-lo, por soluções gerais padronizadas

Fundamental é o exame da função e qualidade de programas ou planejamentos de programas, notadamente no que tange à sua propriedade como norma.

Finalmente deve ser mencionado o complexo proteção-de-dados – seguro-sobre-dados. Também a justiça deverá questionar-se até que ponto as novas possibilidades técnico-organizacionais (veja 1.2) acarretam novos perigos ou agravam tais perigos. Novas possibilidades de consulta através da automação do registro judicial poderiam tornar-se extremamente problemáticas, no que tange à transparência de relações pessoais sobre a possibilidade de uma composição semelhante a um quadro de mosaicos, transmitindo unilateralmente uma antecipação de informações e tornando indispensáveis redobradas cautelas de segurança.

O problema da segurança na EDV tem sido encarado quanto à automação da justiça com maior cuidado do que quanto às outras áreas (fé pública do registro imobiliário, conseqüências de lacunas e faltas do sistema para a segurança do direito ou negócio).

Estas indagações podem ser visualizadas em conexão com as exigências de mudanças do direito (veja, por exemplo, secção 4.2.3). Seria de exigir-se, preliminarmente, que a configuração técnica exsurja das exigências jurídicas e não vice-versa.

Em contraposição a isso, encontra-se a exigência da justiça automatizada, que talvez force o seu caminho pela realização de sistemas integrados. A longo prazo também a organização judiciária se adaptará às estruturas condicionadas à EDV, o que ocorrerá tão logo estas se imponham como fato irrecusável. Isto pode concretizar-se tanto pelo desenvolvimento de algo parecido com o "case-law" (lei criada por caso de precedência), através da preferência de uso de frases-chave dos tribunais superiores, como pela eventual centralização da função do cadastro e tribunais admonitórios.

3. Organização da EDV na Justiça

Peculiaridades da organização da EDV e da elaboração de projetos na justiça originam-se da distribuição da competência. A organização externa dos tribunais é questão que afeta aos Estados, excetuado o Tribunal Federal Constitucional e os tribunais federais (art. 92 e seguintes da Lei Fundamental). A estrutura interna da justiça e as diferentes formas de procedimento estão reguladas quase exclusivamente pelo direito federal (normas constitucionais, Lei de Processo Civil, Lei de Processo Penal, normas de direito administrativo). Como a administração da justiça, à qual é confiada a elaboração das previsões para o funcionamento ordenado da justiça, é matéria estadual, o princípio federal atua no trato com os problemas da EDV na justiça. Fundamentalmente cabe a cada Estado particular decidir se a introdução da elaboração eletrônica de dados será empregada na execução das leis. O que evidentemente deve ser assegurado é que o procedimento mecânico funcione nos moldes da lei. A circunstância de que a maior parte das tarefas judiciais é uniformemente regulada pela lei federal está a sugerir que também o desenvolvimento de projetos de EDV sejam elaborados em comum.

Como instrumentos podem ser mencionados:

– Comissão federal/estadual para elaboração de dados na justiça, criada pela "conferência" do Ministro da Justiça e pelo Senado Judicial em 1969; dirige e supervisiona diversos projetos maiores (veja secção 4).

– Comissão executiva, formada de uma ou mais administrações judiciais dos Estados.

– Grupos de projetos, instituídos pelas comissões executivas para a realização dos diferentes projetos.

Trata-se, como os projetos comuns, de iniciativas que devem durar muitos anos, que, em parte, levantam problemas de monta sob os aspectos jurídico e organizacional, e com relação aos dados técnicos, para cuja solução se faz necessário o trabalho cooperativo de todas as administrações da justiça.

Ao lado das realizações desempenhadas pela comissão federal-estadual, existem iniciativas dos Estados que efetivam projetos de EDV pequenos e médios no âmbito operacional (veja secção 5). Tais iniciativas se distinguem, de regra, pelo fato de permitirem desempenho mais rápido do que os macroprojetos comuns e também por acarretarem nenhuma ou pouca alteração no direito. O resultado desses trabalhos também é posto à disposição de outros Estados.

Ademais, nos próprios Estados verificam-se um grau diferenciado de elaboração e uma tessitura institucional entre justiça e lugares da EDV centralizada.

Segunda Parte (conclusão)

4. Automação da Justiça (Projetos da União e dos Estados)

4.1 Documentação Jurídica

Nos Estados Unidos a EDV tem sido amplamente utilizada pela justiça no que respeita à documentação jurídica. Na Alemanha as tentativas de utilização da EDV na documentação jurídica notabilizaram-se pelos trabalhos de **Fiedler, Simitis e Haft**.

O emprego de computadores nesse campo tem por escopo a superação da "crise de informação", causada pelo "assalto" de informações (leis, decisões judiciais, doutrina). O emprego do computador envolve a promessa de tornar as informações acessíveis com rapidez e endereçadas a seus fins, de tal modo que se possa considerá-las completas. Há, todavia, problemas quantitativos e qualitativos a resolver.

Efetivamente, o problema da quantidade e do custo de inclusão, no processo mecânico, da documentação anterior à atual, continua sem solução. Para a documentação posterior existe o procedimento racional da troca de coleta de dados, e mesmo provisão de documentos que podem ser lidos por máquinas. O armazenamento acarreta, outrossim, problemas de

quantidade e de custo. Também aspectos de direito autoral podem impossibilitar ou tornar onerosa a computação de textos completos de doutrina.

De outra parte, a documentação de textos jurídicos não é apenas um problema da administração e da recuperação de dados (**information retrieval**), mas também de exploração desses dados. A exploração manual-intelectual é dispendiosa e subjetiva, porém susceptível de ultrapassar a mera enunciação fonética dos textos e explorá-los de acordo com o seu sentido. Exploração mecânica supõe compreensão plena do texto, é mais objetiva, pelo menos mais uniforme e menos dispendiosa. Não se desprende, todavia, do plano sintático-gramatical.

A solução poderia exsurgir da conjugação de ambos os procedimentos.

Depois que a firma **Juradat** de Berlim começou a funcionar, praticamente só existem, na República Federal Alemã, projetos estatais ou pelo menos subvencionados por organismos públicos.

Mercê de seu significado, um sistema de documentação mantido e dirigido por empresa estritamente privada pode expor-se ao risco do insucesso. De qualquer modo, trata-se de projeto de grande envergadura, que coloca a justiça frente a tarefas gigantescas.

Enquanto a automação inicia tarefas de análise já conhecidas e úteis - embora onerosas - no âmbito da administração da justiça e na pesquisa do direito, a documentação jurídica representa complexo que atinge vitalmente não apenas a compreensão metodológica dos juristas, mas também a conduta prática imprevisível dos juízes. Diferentemente das concepções manuais-intelectuais (**MIS-Konzeptionen**), o **sistema de informação jurídica** planejada (**JURIS**) atinge, efetivamente, em primeiro lugar, "só" uma documentação de decisões, leis e eventualmente literatura científica.

Contrariamente ao que sucede nos Estados Unidos da América, onde numerosos projetos surgiram e depois "morreram", na Alemanha

existem apenas alguns projetos e sobretudo uma concepção que leva a incorporar estes no sistema operativo global de um sistema de informática especializada.

O que reveste de particular interesse esses planejamentos é o estabelecimento de metas endereçadas à criação de sistema abrangente. Contudo, só no decorrer de projetos de testagem, de desenvolvimento e de projetos-piloto podem ser feitas previsões empiricamente seguras acerca da conduta do usuário e dos efeitos do procedimento. No contexto da automação da justiça apresentam-se os seguintes questionamentos de particular relevância:

- Até que ponto pode e deve o sistema de informação jurídica (JURIS) ser um projeto abrangente da **justiça**, substituindo as atuais práticas de abastecimento de informações? São aplicáveis princípios de um "mercado de informações"? Ou o monopólio da administração pública é o mais seguro baluarte contra manipulações? Existem soluções organizacionais no sentido da participação, nas diferentes fases do processo de documentação, de elementos públicos e particulares (tribunais, editoras, revistas, autores, administração da justiça, centros particulares de contabilidade)?

- Em que base econômica pode trabalhar um sistema como o JURIS? As instalações necessárias dificilmente exauririam sua capacidade se não houvesse tarefas paralelas de elaboração intensiva a atender. Requer-se, para tanto, um conceito de implantação de sistema de documentação jurídica na automação administrativa geral e, eventualmente, da judicial.

- Até que ponto se apresentam significativos e econômicos desenvolvimentos próprios e específicos de procedimentos de exploração e de linguagem rápida?

- Em correlação com tais indagações, surge o questionamento sobre as possibilidades de ampliação do JURIS, sobre excertos com "dados sociais" de outros sistemas, dados para modelos simulados e jogos de planejamento, como para a participação de grandes círculos de beneficiários também de outras áreas (indústria, parlamentos, associações).

- Como pode um sistema "JURIS" ser dividido organicamente? Que novas informações devem ser elaboradas? Onde inseri-las? Esta problemática se torna evidente quando também ao cidadão deve oportunizar-se acesso efetivo a tais equipamentos e quando devem ser instalados centros de documentação e consulta. Sabendo-se que até mesmo o aconselhamento jurídico é tema delicado, evitou-se até o presente dar cobertura a um e outro pólo convergente de problemas. Ainda mais desafiante do que a indagação sobre dados sociais se alça a pergunta sobre o liame entre o acesso popular ao sistema, ou seja, o seu uso pelos cidadãos em geral, e o serviço de consulta jurídica através do JURIS.

Para a discussão sobre JURIS e a sua concepção remetemos o leitor para as publicações competentes (*).

Em suma, no que respeita à análise preparada em conjunto e acompanhada da restante pesquisa judicial, já se verifica um resultado da EDV de enormes conseqüências para a área da justiça. Isto se constata em iniciativas que, a longo prazo, também se refletirão em mudanças na compreensão dos métodos. Entretanto, é lícito admitir-se que se processará também a "concretagem" de sistemas de documentação forçada e de orientação retrógrada. Uma difusão e aceitação, por parte do usuário, de novos conhecimentos e métodos de novas informações, propiciando, quiçá, mudança de mentalidade, somente será viável em sistemas que vão muito além dos atuais sistemas de documentação, sobretudo quanto a conteúdos e capacidade de reação ou flexibilidade.

4.2. Registro de Imóveis

(Na versão para a Hungria seguiu-se extenso capítulo, que retrata também o procedimento atual para matrícula e informação).

4.2.1 Fixação de Metas. Razões da Automação.

O registro imobiliário deverá - juntamente com o cadastramento dos bens de raiz - tornar-se um banco de dados sobre terras, exaustivo e

(*) Veja Menne, Hasselkuss, Kaminski, Schneider.

abrangente. Mercê do caráter constitucional da matrícula das terras e da fé pública que lhe é atribuída, a automação do registro de imóveis não deve ser visualizada meramente do ângulo da racionalização, mas também sob o aspecto da preservação e aprimoramento das funções específicas do registro. A partir deste pressuposto serão compreendidos os fins a que responde a automação do registro imobiliário. Tais fins se relacionam com o desenvolvimento da idéia de registro dos últimos 27 anos.

De um modo geral, os negócios imobiliários tiveram desmedido incremento (*):

- Reconstrução conseqüente do "boom" da construção civil.
- Desdobramento da propriedade de terras através do novo instituto jurídico da habitação própria.
- Construção de estradas.
- Transferência de grandes instalações de abastecimento.
- Limpeza de terras cultivadas.

Desse crescimento resultou notória sobrecarga dos officios de registro imobiliário e correspondente escassez de espaço físico para o trabalho. A introdução do procedimento em folhas soltas simplificou o trabalho, tornando-o mais racional, porquanto possibilitou o emprego de máquinas de escrever comuns e também facilitou a elaboração automática de textos. A princípio, equipamentos modernos de elaboração de dados (através de inscrição, informação e atividades complementares, que importam numa relevante contribuição) ensejaram a possibilidade para integração, assim como para a aquisição de mecanismos auxiliares de planejamento. Na prática só se têm constatado resultados de realce na medida em que, ao lado de um objetivo principal da atividade administrativa - "pessoas" (moradores) - também outro elemento, como seja, "área",

(*) Na Baviera quadruplicaram no período compreendido entre 1950 e 1974.

deve ser automatizado, para chegar-se a dados (densos) de planejamento (estruturas normativas, relações de propriedade), que os sistemas convencionais não conseguem fornecer.

Com isso pode a conclusão dos trabalhos de elaboração dos mesmos dados para diversas áreas específicas redundar em informações permanentes, quando utilizadas para cadastramento dos bens de raiz e da propriedade imóvel. Encontramos modelos na Suécia. Interessante observar também os trabalhos que nesse campo existem na Áustria.

A automação do registro imobiliário encontra-se vinculada à idéia fundamental do registro sem papel. Contrariamente ao sistema em vigor, pelo qual os direitos sobre bens imóveis têm sido registrados em livros, no futuro, o original do livro de registro será representado por informações armazenadas no grande depósito externo de um centro de contabilidade. Futuramente o registro imobiliário será conduzido com ajuda da elaboração remota de dados. Junto aos officios de registro imobiliário serão instalados centros de dados, equipamentos de leitura de dados com teclados, bem como os necessários aparelhos de impressão e edição, conectados com um "maxi"-calculador. A elaboração e o armazenamento dos dados serão processados nesse equipamento de EDV do centro de contabilidade. Destarte, vários officios de registro de imóveis serão ordenados por um único centro de contabilidade.

4.2.2 Procedimento

As principais funções do registro imobiliário, notadamente as que dizem com os efeitos das inscrições e desdobramento de conteúdo, serão desempenhadas da seguinte maneira:

Inscrições no registro de imóveis

Com a realização das inscrições no registro imobiliário deverá ser transformado em realidade o postulado básico segundo o qual a coleta de dados deve fazer-se proximamente ao lugar de sua origem. Vale dizer que o agente do registro imobiliário deverá efetuar, para o futuro, ele mesmo, sem intermediação, as inscrições em referência. Nesse propósito desenvolveu-se um método pelo qual as inscrições são realizadas com o auxílio de uma espécie de "máscara óptica" ou visor (equiparável a

formulários que podem ser colhidos e preenchidos no painel de um dispositivo de leitura de dados). Considerado o grau de desenvolvimento atual de planejamento e com base num teste abrangente e prático, com 31 desses visores poderão ser abarcados todos os casos de inscrição no registro imobiliário que se caracterizam por grande variedade de formas e combinação de diferentes tipos de inscrição. Graças à previsibilidade de numerosas modalidades de textos livres, estabelecida nesses painéis eletrônicos, pôde conjurar-se o perigo de padronização exclusivista. Evitou-se, assim, também, o imobilismo dos suportes fáticos do direito das coisas, assim como o prejuízo da liberdade de decisão do profissional do direito materialmente independente.

Explicitação (Informação)

A explicitação do registro de imóveis se processa de duas maneiras:

- Exame visual através do equipamento da leitura de dados.
- Manifestação do conteúdo do registro de imóveis através da impressora rápida (**Schnelldrucker**).

Ambas as modalidades são igualmente válidas. A forma externa do registro imobiliário não sofrerá modificações substanciais relativamente a seu aspecto atual. Todavia, apresentar-se-á sensivelmente melhorada em algumas particularidades. Prevê-se, também, que os notários, aos quais incumbe dar fé às expressões de vontade e propostas de inscrição, possam obter conexão técnica direta com o sistema de registro imobiliário.

Integração

Elemento do projeto de significativa importância é a sua integração com outras áreas funcionais da administração pública. A meta final é um banco de dados das terras, de abrangência maior do que a local, e de caráter exclusivamente regional. Nesse banco de dados serão reunidos e atualizados os dados originários de circunscrições administrativas das diferentes regiões. No entanto, cada esfera administrativa filiada ao sistema,

nos moldes das respectivas prescrições legais, terá acesso à totalidade dos dados. Deste modo evitar-se-á a multiplicidade de direções e de atualização concernente a dados idênticos.

O cadastramento dos bens de raiz e o registro de imóveis constituem os componentes do banco de dados da propriedade territorial. Outras agências de administração de terras, por exemplo, a administração financeira, os centros de planejamento, os postos de administração da propriedade territorial, cooperam nas operações de conjunto. Outrossim, prevê-se trabalho cooperativo com os programas habitacionais. Graças à ajuda de identificação pessoal planejada (de identificação grupal para pessoas jurídicas) que deve ser levada em conta na matrícula dos proprietários e titulares de direito no registro de imóveis, será fundamentalmente factível essa ligação com o sistema de registro demográfico automático, bem como a sua atualização através do escambo de dados.

A realização da integração demanda preliminarmente uma organização geral de dados. Através da interligação de dados operada por um sistema racional dinamiza-se a idéia básica do armazenamento único e da simultânea e necessária limitação de mudanças.

O trabalho encontra-se hoje na fase do planejamento de detalhes e, em parte, da programação da testagem. Relewa notar que os trabalhos referentes ao banco de dados das terras estão sendo fomentados pelo governo federal.

4. 2. 3 Questões Jurídicas

No início dos trabalhos com o registro imobiliário, que remonta ao ano de 1969, surgia de vez em vez a pergunta: Não deveria a realização de tão momentoso empreendimento ser precedida de reforma geral do direito das coisas, em especial no que concerne aos bens imóveis? Os estudos nesse sentido ficaram, contudo, superados pela constatação de que o sistema jurídico atual corresponde satisfatoriamente às exigências das relações de direito e aos reclamos da administração. Alterações profundas na sistemática do direito por certo teriam, em razão de prolongado processo de elaboração, a desvantagem de protelar sensivelmente a efetivação do projeto. Ademais, a discussão, atualmente em ponto crítico,

acerca de questões relacionadas com a propriedade da terra e do solo, desaconselha se empreendam alterações de fato e de direito maiores, antes que a calma se restabeleça. Por isso mesmo, as modificações do direito material, indispensáveis ao alcance de tais metas, limitar-se-ão a pequenas adaptações. Todavia, com relação ao direito formal concernente ao registro imobiliário, a realidade é outra. Aqui, terão de ser postos os alicerces de novo sistema de registro e praticada a integração com o cadastramento dos bens de raiz.

Um grupo de trabalho da EDV - Registro de Imóveis, atuando junto ao Ministro da Justiça, vem se ocupando da resposta a essa questão.

4.3 Procedimento Admonitório

À semelhança das pesquisas sobre o sistema de registro de imóveis, realizadas por diversos Estados, foram iniciados, primeiramente nos Estados de Baden-Württemberg e Hamburgo (Hamburgo retirou-se mais tarde), estudos objetivando a automação do procedimento admonitório. Após uma análise do *ser* (1971), foi proposto, em agosto de 1973, um conceito do *dever ser*.

O conceito do *dever ser* prevê o estabelecimento de "juízos admonitórios centrais", operando-se a concentração da competência de foro municipal, e podendo dispor da realização automática do procedimento admonitório.

A automação tem por objetivo, antes de tudo, aliviar a carga do trabalho de redação, controle e administração.

As iniciativas podem ser assim enumeradas:

- Coleta de dados, combinada com a realização
- a) do exame (da licitude, legitimidade, etc.);
- b) do cálculo de custas, e
- c) da provisão das ordens de pagamento (futuramente decisões admonitórias).

Para a coleta racional são previstos novos procedimentos de consulta a equipamentos de visores eletrônicos, enquanto os dados, no procedimento de troca, não puderem ser fornecidos simplesmente por transmissores mecânicos de dados (fita magnética).

Típico do procedimento admonitório é o fato de que a iniciativa humana, em casos especiais, será indispensável. Pelo projeto é conferida forte ênfase à EDV aplicada a trabalhos de redação e informação. E, contudo, trata-se da formulação automática de decisões jurídicas.

Na medida em que se verificarem alterações relativamente ao procedimento atual, deverão estas ser postas em consonância com os preceitos da Lei do Processo Civil. O projeto encontra-se na fase do planejamento de detalhes, e, em parte, da programação.

Contrariamente ao que sucede com referência ao registro imobiliário, quase não há dificuldades na redução à EDV, porquanto não precisam ser registrados fatos antigos. Espera-se lograr notável celeridade do procedimento admonitório com a sua operação mecânica.

A função dessa automação se caracteriza pela elaboração operacional de dados. O procedimento admonitório tem sido até o presente uma questão de "decisões de formulário", e, pois, um tipo de decisão em que praticamente não ocorrem valorações de conteúdo. Não passa de tarefa rotineira, consistente em operações formais.

A prova material é pressuposto obrigatório apenas no processo desenvolvido no juízo contencioso. Entretanto, a automação do procedimento admonitório constitui uma das primeiras automações de decisões (quase) judiciais. Isto se torna factível porque se trata de procedimento que sempre tem sido esquemático e de decisão com base em postulação unilateral, reduzida a escrito pelo credor. A solução do procedimento admonitório pode ser considerada como contribuição à melhoria da prestação jurisdicional e mesmo da segurança jurídica.

4.4 Custas Judiciais e Sistema de Caixa

Duas áreas da administração judicial estreitamente ligadas entre si constituem o objeto deste exame:

- o cálculo das custas judiciais (taxas e outros emolumentos)
- o recolhimento e arrecadação destas custas.

As custas judiciais estão uniformemente reguladas por leis federais.

Conquanto o cômputo das custas configure efeito colateral do procedimento em si, a pesquisa do objeto de taxação, e, sobretudo, a pesquisa dos valores da demanda e do negócio, não raro se apresentam complicadas e trabalhosas.

O motivo disso encontramos no fato de que, nos preceitos legais referentes a custas e no acervo rico em espécies de julgamento existente, bem como na doutrina, prevalece, com forte ênfase, a idéia fundamental da casuística na prestação jurisdicional. Decisões globais, em contraposição a essa idéia, dificilmente seriam admitidas.

Com o recolhimento das custas nos cofres do tribunal é necessário o registro de cada débito de custas, a escrituração dos pagamentos efetuados e, em determinados casos, a comunicação dos pagamentos feitos ao tribunal. Para os casos de não-pagamento devem ser efetuadas notificações e providências de cobrança; para o parcelamento das importâncias devidas deve existir controle dos prazos de pagamento.

Os trabalhos da operação foram confiados a uma comissão executiva, à qual está vinculada a organização judicial dos Estados de Nordrhein-Westfalen e Niedersachsen.

Como primeira etapa espera-se realizar, inicialmente, a automação do setor de custas judiciais, com fundamento na legislação pertinente em vigor. Para um futuro mais remoto, certamente aumentará a tendência de se transformar o regime de custas de modo tal que se possa estabelecer dedução mais simples dos casos de incidência das custas em cada procedimento. Acrescente-se que o processo de recolhimento correspondente às atividades de tesouraria dos tribunais, com o tempo, será passível de transposição para a EDV.

Estudos recentes revelaram que, frente às disposições legais ora vigorantes, com demasiada frequência vários fatos de incidência de custas são regulados por um único parágrafo, fazendo-se, ainda, referência a outros preceitos, o que se constitui em obstáculo para a automação.

Foi preciso, em decorrência dessa constatação, estabelecer-se uma configuração do regime de custas apropriado ao procedimento automático. Urge se proceda de tal modo que os preceitos hoje contidos em parágrafos separados sejam reunidos, na forma de uma tabela, no assim denominado "registro de custas". Ademais, cada fato de incidência será anotado sob número especial.

Em virtude desta nova concepção, o oficial, a quem incumbe o recolhimento, limitar-se-á a preencher, no futuro, um comprovante de arrecadação, nele registrando o número correspondente às custas, o valor, e, ainda, os dados referentes à pessoa do devedor. Com base nestes dados de ingresso, a importância a ser recolhida será calculada através de programa específico e será extraída a conta das custas, juntamente com as indicações correlatas. As custas correspondentes a um procedimento global são transcritas numa nota única.

Os trabalhos pertinentes a esta primeira etapa têm progredido relativamente bem. Em Nordrhein-Westfalen vêm sendo realizados, além disso, testes práticos.

Particularmente significativas nesse projeto são as possibilidades de integração de procedimentos de causas e de cálculo das respectivas custas. Tal possibilidade verifica sempre que o procedimento da causa é também automático. Nestes casos o cálculo de débitos e o recolhimento das custas se processará, em princípio, como efeito colateral automatizado, com apenas pequeno acréscimo de dados. Os efeitos de racionalização com isso virão a ser consideravelmente aumentados.

4.5 Registro Penal Central

Nos moldes da criação de bancos de dados especiais, que deverão funcionar em nível federal (como, por exemplo, o assim chamado departa-

mento de trânsito rodoviário junto ao Ministério dos Transportes) processasse também a criação do registro penal central e do registro central profissional.

Com a lei de 18 de março de 1971 (Código Civil, 1, p. 243) criou-se o embasamento jurídico do registro (em vigor desde 1º de janeiro de 1972). O registro penal contém os dados de condenação por atos para os quais é cominada pena. As respectivas autoridades comunicam para esse fim as suas decisões.

Uma vez introduzido e instalado, o registro penal central, com o auxílio da EDV, não só aliviará o ônus de pessoal, mas representará uma centralização do registro penal, que até o presente se tem efetuado pelas promotorias públicas estaduais, de forma descentralizada.

Informações para o registro penal serão depositadas em dispositivos de leitura através de máquinas. A longo prazo poder-se-á cogitar mesmo de consulta direta à distância. Teria isto a vantagem de oportunizar acesso direto às pessoas autorizadas ao manuseio dos dados (tribunais, autoridades judiciárias penais, autoridades administrativas, autoridades policiais).

A modificação dos demais registros existentes não se configura tão dispendiosa quanto a do registro imobiliário. Como, todavia, mês a mês, se lhe acrescentam copiosas incrições novas, somente pode ser cogitada modificação paulatina, graduada regionalmente, sem que haja, pois, uma transposição ex-abrupto. Como os documentos são "oticamente" legíveis (não só "maquinalmente"), podem ainda ser utilizados de acordo com a maneira atual (com duplicata), durante a sua tramitação pelas administrações estaduais.

No que se refere a consultas, questiona-se o fato de ser ou não ser suficiente formular, se for o caso, perguntas rápidas através do telégrafo, devendo trabalhar-se, de regra, com documentos justificativos. Outra função do registro central, além da condução e elaboração das consultas, é o fornecimento de atestados de antecedentes.

4.6 Registro Central Profissional

A lei de 13 de junho de 1974 (Código Civil, I, p. 1281), entre outras providências, assentou os fundamentos legais do registro central profissional.

Inseriu-se nova secção (XI) na parte referente ao ordenamento profissional (§§ 149 e seguintes). No registro central profissional deverão ser inscritas todas as decisões em que uma autoridade indefere requerimentos por motivo de falta de requisitos pessoais do postulante ou por inconveniência, ou revoga atos de admissão, ou proíbe o exercício de profissão. De modo idêntico, nele se inscrevem desistências e imposições legais de multa.

O registro tem por finalidade conferir apoio às autoridades no que concerne à obtenção de informações atualizadas, no que diz respeito ao combate à perturbação da ordem, e, ainda, ao exame dos pedidos de admissão.

Também o cidadão atingido terá acesso, mediante requerimento, às informações sobre o conteúdo do registro, naquilo que lhe diz respeito. Particularidades da realização e do estabelecimento do registro serão reguladas por decreto judicial.

4.7 Estatística

Há muito se vêm realizando levantamentos estatísticos com o auxílio da EDV, em colaboração com as repartições estaduais de estatística de processos civis, de processos penais e procedimentos fiscais.

Para esse fim, os tribunais preenchem, relativamente a cada procedimento particular, um cartão, no qual diferentes critérios – geralmente a marcação em cruz – são indicados (por exemplo, duração do procedimento). Nas repartições estaduais de estatística procede-se, a seguir, a elaboração em EDV. A súmula da mesma periodicamente é dada à publicidade em termos regionais.

5. Automação da Justiça (Projetos Estaduais)

Ao lado dos projetos de EDV que se realizam em âmbito federal, existem atividades que objetivam a utilização de grandes equipamentos eletrônicos de cálculo na área da justiça. No momento, é sobretudo na Baviera que tais iniciativas estão em evidência. Também aqui se trata de iniciativa oriunda da esfera da justiça contenciosa e voluntária e da organização judiciária. Em parte a sua realização ainda se circunscreve a círculos fechados, em parte os projetos se encontram na etapa do planejamento ou programação. A execução mecânica, de acordo com a lei que rege a organização da elaboração eletrônica de dados do Estado Livre da Baviera, processa-se através de equipamentos de EDV do governo estadual bávaro para elaboração de dados, que também atua através de orientação. Mais adiante as iniciativas particulares serão descritas em forma de resumo.

5.1 Apoio da EDV nos Juízos de Falência

Vem se constatando, ultimamente, um aumento dos procedimentos de falência, em que numerosos, até mesmo milhares de credores, constituem partes atuantes. Com vistas à desoneração da sobrecarga dos tribunais de falência, desenvolveu-se procedimento de apoio mecânico, pelo qual diferentes atos podem ser levados a termo de modo eficaz e rápido.

Tal procedimento se encontra à disposição de todos os foros municipais da Baviera desde 1º de outubro de 1974.

5.2 Procedimento de Pensão Alimentar

Trata-se aqui de procedimento que permite simplificar a adequação, a circunstâncias especiais, dos princípios básicos da manutenção de filhos concebidos fora do matrimônio (§ 642 da Lei do Processo Civil). Sob os auspícios do Ministério da Justiça Estadual da Baviera, vem sendo, nesse sentido, desenvolvido procedimento que contribuirá para o tratamento mecânico dos casos-padrão através de automação em elevada escala. Também aqui se configura procedimento de juízo contencioso, o qual encontra assento legal na Lei do Processo Civil, na parte referente às

execuções, reguladas pelo Livro 8º. O cálculo da pensão alimentar mais elevada se processa, contudo, de modo formal: os pressupostos da decretação da sentença obedecem a critérios simples e claramente definidos. Tem-se, com isso, um procedimento fortemente esquematizado, não uma legítima decisão contenciosa, mas a concretização de um reconhecimento ou condenação ao pagamento relativo a caso concreto. Tal pagamento deflui do conteúdo de norma abstrata, que comanda o fato **sub iudice** e do cumprimento desse conteúdo abstrato com base no assim chamado decreto de pensão alimentar.

Ao que se percebe, para a automação desse procedimento não se fazem necessárias alterações urgentes na legislação em vigor. Um ajustamento dos preceitos pertinentes da Lei do Processo Civil à automação (por exemplo, concentração centralizadora da elaboração de dados para determinados foros municipais, imposição de formulários, supressão da exigência de assinatura) viria certamente aliviar o emprego da EDV (atualmente tal iniciativa configura projeto federal/estadual).

5.3 Relação de Sócios

Trata-se de matéria concernente à jurisdição voluntária. Os foros municipais mantêm, em seus cartórios de registro, diversos livros, que servem para a inscrição e a publicação do rol das pessoas jurídicas de direito privado e de sociedades comerciais. Do mesmo modo se procede relativamente às sociedades em geral. Para elas existe o registro das sociedades. As sociedades adquiriram, nos últimos anos, grande relevância na vida econômica. Elas atuam em muitas áreas, por exemplo, no setor bancário. Com a nova edição da lei das sociedades, promulgada em 9 de outubro de 1973, sua força e seu significado econômico provavelmente aumentarão ainda mais.

Ao lado do registro de sociedades, os escritórios de registro mantêm a "relação de sócios", constituindo o assentamento dos membros integrantes de dada sociedade. O quadro social de uma sociedade adquire força jurídica através de sua inscrição na "relação de sócios". O custo das inscrições novas e das alterações nos escritórios é considerável, devido à grande massa de dados existente. Por esse motivo a Justiça da Baviera vem

examinando a conveniência de se transpor antes de mais nada para a EDV a relação de sócios em referência. Já se conhece iniciativa de procedimento com esse objetivo. De acordo com ela, a elaboração deverá futuramente processar-se de modo tal que as proposições e a inscrição na relação de sócios das diferentes sociedades sejam feitas em formulários próprios, que possam ser de imediato utilizados para a coleta de dados. Ao assessor jurídico junto ao escritório de registro incumbe o exame da legitimidade da proposição. Após liberação, inicia-se o exame dos dados. A transposição para o equipamento de dados e o assentamento da relação de sócios seguem de forma programática.

O procedimento inclui atividades complementares, por exemplo, o cálculo das custas, o termo de comunicação, etc.

Presentemente se examina quais as alterações legais de competência federal necessárias para que o procedimento seja viável e eficaz.

5.4 Cumprimento de Penas Pecuniárias

Este projeto diz respeito ao cumprimento de penas pecuniárias e à cobrança de multas, se a competência do respectivo procedimento é das autoridades incumbidas de impor sanções penais. Sua finalidade é propiciar medidas apropriadas ao recolhimento das importâncias pagas pelos condenados a penas de dinheiro.

Tais medidas são, por exemplo, a ordem de pagamento, a notificação por contribuições em atraso, a realização de providências tais como mandados de execução em bens móveis, de arresto por obrigações não cumpridas, e demais medidas legais. Enfim, também consistem na citação para comparecimento em juízo e, eventualmente, condução sob vara para cumprimento de penas privativas da liberdade, se a pena pecuniária não pôde ser cumprida.

Sendo muito elevado o montante de penas pecuniárias a serem satisfeitas, o emprego do apoio operativo da EDV oferece a possibilidade de significativa melhoria nos resultados do trabalho das autoridades encarregadas da execução. É por demais conhecido o volume dos paga-

mentos em prestações e dos pagamentos parcelados, cuja elaboração manual, em uso até o presente, implica em custo administrativo elevadíssimo.

A execução das penas pecuniárias representa, por isso, iniciativa-piloto do procedimento penal em que se utiliza a elaboração eletrônica de dados.

Uma operação de EDV requer se considerem, antes de tudo, os seguintes elementos de trabalho:

- Notificação para o pagamento;
- Termo de concessão de parcelamento;
- Controle dos pagamentos parciais;
- Aviso para pagamentos em atraso; e
- Preparação de medidas de execução através de comunicação à autoridade competente e edição de projetos de medidas coercitivas.

Papel relevante exerce aqui também o cálculo das despesas no procedimento executivo. Isto significa que o cálculo das custas escapa das mãos do servidor que o faria e se processa como efeito colateral da programação automática.

Ademais, podem as próprias operações de pagamento ser incluídas no procedimento automático.

Não serão necessárias alterações legais para a transposição de execuções pecuniárias em EDV. As instruções necessárias para as autoridades envolvidas no procedimento podem ser dadas na forma de ordens administrativas.

A iniciativa do procedimento de automação desse campo tem precedência. Por determinação do Ministério da Justiça da Baviera, teve início a realização do projeto.

5.5 Provas de Habilitação

Na área da justiça é relevante a formação de recursos humanos para os diferentes setores de atividade. Além da tarefa de prover a demanda de pessoal habilitado para os seus serviços próprios, à justiça incumbe introduzir toda a geração nova de profissionais do direito na prática jurídica, em complementação aos estudos universitários. Esta realidade há de ser levada em conta na organização e execução dos respectivos exames dos candidatos. A Justiça da Baviera pretende, ao longo de um desenvolvimento continuado, examinar as possibilidades de adaptação de todas as provas à automação e, após, transpor para a EDV os elementos do procedimento susceptíveis dessa transposição. Como projeto-piloto foi transposto para a EDV a prova de admissão para os escalões médios do serviço judicial. A experiência foi exitosa. Como segundo exame, a prova de admissão para o serviço de vigilância nos setores executivos foi efetuada através de elaboração eletrônica e tal procedimento foi introduzido em definitivo.

Há de levar-se em conta, contudo, que o apoio do computador ficará restrito apenas à parte administrativa do procedimento das provas. Serão, por exemplo, processados pela automação os seguintes atos:

- Distribuição dos participantes da prova nos locais da prova;
- Instruções para a prova escrita;
- Avaliação das ocorrências no decurso da prova escrita;
- Distribuição dos participantes de acordo com os prazos de duração e locais da prova oral;
- Instruções prévias e avisos para a prova oral, e
- Expedição do certificado e cálculo da classificação.

Para introduzir-se o procedimento mecânico foram necessárias pequenas mudanças nas normas referentes à formação técnico-profissional

e às provas de admissão. Como a Justiça da Baviera desenvolve suas atividades de EDV, com base na lei da EDV, em estreita colaboração com a Secretaria Estadual para Elaboração de Dados, regulou-se, em sintonia com esse fato, também a colaboração com esse órgão público.

As provas se efetuam atualmente sem maiores preocupações de integração com outros setores administrativos. Contudo, compreende-se que, com a automação das tarefas relacionadas com a administração de pessoal e de órgãos de planejamento, existem aqui possibilidades para iniciativas de integração.

6. Observações Finais

É lícito sustentar-se que a automação da justiça é tributária da automação das demais áreas da administração pública (por exemplo, integração do registro de imóveis com o cadastramento dos bens de raiz). De outra parte, porém, releva assinalar que a justiça efetua a análise e a realização de seus projetos de forma assaz independente, o que não impede que o faça cooperativamente com outros setores públicos. Denota-se, aliás, elevado índice de cooperação e coordenação, que não prejudica em nada as características de singularidade da justiça. Deve merecer exame especial, nessa área, a legitimação legislativa da automação, entre outros problemas de ordem geral.

Seria oportuno dar-se particular ênfase à automação da justiça dentro de um quadro teórico inserido em moldura mais ampla da informática administrativa e jurídica. Nele figurariam, quiçá, aspectos de grande interesse, exurgidos de uma análise comparativa do procedimento decisório da administração em geral, da administração da justiça e dos tribunais, relativamente à organização, estruturação e significação do abastecimento de informações.

Tal configuração teórica interessa, outrossim, às questões relativas à autonomia da justiça. A pesquisa judicial poderá fornecer resultados significativos para tanto.

REVENDA DE BENS EXPROPRIADOS COM FINS URBANÍSTICOS

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Católica de São Paulo

1. A desapropriação se faz para satisfazer interesses públicos. Em princípio, realiza-se a favor de pessoas de direito público, pois são elas que têm a seu cargo a cura destes interesses.

Não há, entretanto, que absolutizar tal regra. Nem o autorizaria o texto constitucional ou a legislação ordinária. Pelo diploma superior requer-se, para a desapropriação, ocorrência de "necessidade pública, utilidade pública ou interesse social". Nada se diz quanto ao sujeito beneficiário da expropriação.

É claro que, muitas vezes, a satisfação do interesse público ou social consistirá justamente na integração do bem em patrimônio privado, porém diverso daquele a que pertencia antes da expropriação:

2. Ao contrário do que habitualmente se supõe, isto pode ocorrer e ocorre com freqüência maior do que poderia, à primeira, aparentar.

Basta procure o homem desligar-se de afirmações sedicidas, habitualmente repetidas sem maior reflexão, ou tente desvincular-se das trilhas muito percorridas, em cujos sulcos o pensamento desliza liberado de qualquer esforço, para se perceber os desacertos a que conduziria supor legítimas apenas as desapropriações efetuadas para a integração do bem no patrimônio público.

O ser esta a hipótese mais comum não lhe confere, só por só, o cunho de exclusiva. Nada há de insueto ou injurídico na realização de autêntico interesse público ou social mediante integração em patrimônio privado de bens expropriados a outro particular.

3. Por sem dúvida é utilidade pública a criação de centros de população e seu abastecimento regular de meios de subsistência (art. 5º,

letra "a", do Decreto-Lei 3.365). Ninguém o negaria, como provavelmente ninguém contestaria constitucionalidade à hipótese. De outro lado, é evidente que, salvo em Estado Socialista, os imóveis e habitações destes centros de população, tal como os meios para sua regular subsistência, deverão findar por integrar-se no patrimônio dos particulares, ao invés de constituírem propriedade estatal ou coletivizada em mãos do Poder Público.

Assim também, é interesse público o loteamento de terrenos para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética (art. 5º, letra "i", do Decreto-Lei 3.365). De igual modo, salvo em Estado Socialista, nenhum sentido haveria em ficarem retidos nas mãos do Poder Público. Não lhe calharia, em nosso regime político-social, converter-se em industrial ou comerciante incumbido de conferir pessoalmente melhor utilidade econômica àquele imóvel retalhado.

4. É interesse social o aproveitamento de bens improdutivos ou utilizados descompassadamente com as necessidades de consumo dos centros a que devam suprir (art. 2º, item 1, da Lei 4.132). Nem por isso, ao desapropriá-los, o Estado deverá transmudar-se, exceto em regime socialista, no agente econômico explorador das reais possibilidades produtivas daqueles bens.

Também é interesse social a instalação ou intensificação de culturas nas áreas em que não se obedeça plano de zoneamento agrícola (art. 2º, item II, da Lei 4.132). Daí não se segue, salvo em regime socialista, que, após desapropriar áreas nestas condições, deva o Estado transverter-se em empresário rural.

E, ainda, de interesse social a construção de casas populares (art. 2º, item V, da Lei 4.132), mas disto não decorre que o Poder Público tenha que conservar consigo os imóveis que desapropriou para tal fim e as edificações que neles fez. Não haveria meios de o Estado morar nelas e se houvesse – por absurdo – não seria esta a maneira de satisfazer a necessidade popular de moradia, que esforçou a expropriação.

5. Não há, portanto, embargo constitucional ou legal a que se desapropriem bens que deverão ser alocados em patrimônio privado a fim de realizar o interesse público.

Hipóteses de tal feição ocorrem tanto em casos de utilidade pública quanto de interesse social, consoante se averbou.

6. O transcendental é distinguir duas coisas profundamente distintas que, todavia, em análise perfunctória, podem ser confundidas.

Só se desapropria para satisfazer interesse público. Este há de ser o fim, a finalidade da desapropriação. O meio para satisfazer este objeto legítimos pode ser – e é muitas vezes – a colocação do bem em patrimônio privado.

Inversamente nunca se pode desapropriar para satisfazer interesse privado. Este não pode ser jamais o fim a finalidade da desapropriação, ainda que compareça o meio: integração do bem no domínio estatal.

Cabe, pois, fazer acepção destas duas situações.

A integração do bem no patrimônio público ou privado só pode ser meio para realizar finalidade de utilidade pública ou de interesse social.

Em caso algum a mera aquisição do bem, seja em prol do patrimônio privado, seja em favor do patrimônio público, poderá ser finalidade legítima da desapropriação. Por isso, um ato expropriatório procedido simplesmente com o fito de absorver o bem para a esfera pública é tão viciado quanto aquele que fosse feito apenas para incorporar o bem em patrimônio particular. O defeito jurídico de um e de outro é o mesmo, a saber: transformar o meio em fim.

Repita-se: a aquisição do bem por via expropriatória não é senão um meio, um instrumento que necessita estar adequado à finalidade de satisfazer utilidade pública e interesse social.

Logo: a pertença do bem é meio, a utilidade a ser atendida é o fim. Estas causas não são intercambiáveis.

O exigido pelo texto constitucional e pelas leis é que a absorção do bem expropriado seja feita para satisfazer **finalidade pública**. Chega-se a ela por via da colocação do bem em destinação desta ordem. O fato de um imóvel terminar em mãos do Estado ou do particular **nem garante nem exclui** a realização dos interesses jurídicos tutelados.

8. Desde que se perceba a distinção entre o que é **meio** e o que é **fim** na desapropriação, muitos outros problemas se aclaram e muitas decisões da jurisprudência se explicam cabalmente.

Tendo presente que a integração de bem, obtido por desapropriação, em dado patrimônio é apenas um **meio** e que a satisfação de um dos interesses previstos na lei é que é o **fim**, compreende-se porque, realmente, certos atos são defeituosos e outros não o são.

A jurisprudência admite ação de retrocessão – mesmo que apenas na forma de indenização ao ex-proprietário – quando o bem, integrado em patrimônio público, não recebeu destinação, isto é, finalidade pública. Em outras palavras: a mera pertença pública não está sendo **meio** de satisfazer **fim** público.

Fôra finalidade da desapropriação a integração dele na esfera pública e seria absurdo admitir-se retrocessão – quer em forma de reivindicatória, quer em forma de mera indenização. Inversamente, a jurisprudência inadmite retrocessão quando ao bem se deu destino diverso do indicado, aplicando-se todavia a fim de interesse público. Isto porque a **finalidade** do instituto foi atendida; a dizer: sua instalação na esfera estatal cumpre a função de **meio** idôneo para satisfazer o **fim** que legitima o instituto.

9. De outro lado, a jurisprudência tem aceito que a passagem do bem expropriado a algumas entidades particulares, como a Fundação Getúlio Vargas (RDA vol. 77/238) ou a dado Hospital que atendia gratuitamente crianças desamparadas (RDP 2/213), é extreme de vícios. Por quê? Em ambos os casos se trata de pessoas privadas e sem caráter de concessionárias. Disse o relator de um dos acórdãos citados (RDA 77/238), o Ministro CANDIDO MOTA FILHO:

“O art. 141, § 16 da Constituição (dispositivo correspondente ao atual 153, § 22), ao referir-se à desapropriação, não exige que o destinatário da coisa desapropriada seja de direito público, mas que o bem seja desapropriado para utilização de direito público...” (RDA 77/240).

10. Demais disso, o Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.41, dispõe em seu art. 3º:

“Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas do poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

Qual a razão de lhes assistir até mesmo o poder de promover desapropriação com a conseqüente incorporação dos bens aos respectivos patrimônios? É o fato de que o objeto a ser adquirido ficará afeto à finalidade pública. Pouco importa que sejam particulares os promotores de expropriação. Sua qualidade de concessionários ou delegados de função pública justifica a autorização para **promoverem** desapropriação, mas o que fundamenta a absorção do bem é o **destino público em que serão aplicados**.

11. Em síntese: a apropriação do bem ao cabo de ato expropriatório é simples meio pelo qual se satisfaz objetivo público. A lei protege o fim e admite o meio tão só na medida em que é instrumento dele. Outrossim, a lei não nega o meio, nem o põe em causa, quando corretamente armado em ordem a atingir o fim tutelado. Por isso, o vedado é desapropriar para interesse particular. Não é interdito conferir o bem a particular para **satisfazer interesse público**.

12. Então, não se vê mácula alguma em desapropriações para constituir distrito industrial, que é uma forma de urbanizar, sendo certo que a conseqüência inelutável destes atos seja o final trespasse dos bens expropriados aos particulares do ramo. Nenhuma jaça endoa desapropriação feita para renovar ou reconstruir setor urbano, conquanto o destino último de bens inclusos nesta área seja o de reingresso em patrimônios privados.

13. Nem se imagine que a revenda dos bens expropriados aos particulares – que lhes darão a destinação de utilidade pública ou de interesse social previstos – faça surdir vício o defeito jurídico, ante a possibilidade de lucro nestes trespasses.

É incontestável descaber ao Poder Público a função de explorador imobiliário. O lucro, a mercancia, não podem jamais ser a razão da constituição de distritos industriais ou da remodelação de setores urbanos. Ninguém, em sã consciência, abonaria tese que inculcasse ao Estado este estranho papel.

Ainda aqui não há confundir coisas diversas. Uma coisa é o Poder Público buscar satisfação de utilidade pública mediante urbanização (é reurbanizar é espécie deste gênero) e outra arvorar-se em especulador ou empreendedor imobiliário instigado pelo possível lucro.

A constituição de distrito industrial, o refazimento da teia urbana, a alteração da quantidade, qualidade ou destinação dos imóveis sítos em área remodelada, são manifestações legítimas quando procedidas em vista de salvaguardar ou incrementar a qualidade da vida urbana. O desfofo é pretextar este objetivo para especular com os bens expropriados.

14. A possibilidade de desvio de poder, isto é, utilização de uma competência existente para alcançar fins alheios a ela não é boa razão para aniquilar-se a competência em si mesma. A adoção desta técnica interpretativa – supor inexistente uma competência ante a possibilidade de mau uso dela – conduziria à negação do próprio Estado ou, quando menos, de boa parte de suas atribuições e poderes.

Desvio de poder não se presume; prova-se.

15. É certo que a revenda de área desapropriada, loteada e preparada para recepção de indústrias ou remanejada e reconstruída para conveniente utilização urbana, não pode ser feita pelo mesmo valor pago, a título de indenização, ao expropriado.

Seja pela subsequente desvalorização da moeda, seja pelo ulterior incremento real da significação econômica do bem (inclusive, embora não

só) por força do loteamento, seja pelas benfeitorias efetuadas – que supõem despesas diretas e indiretas – o fato é que existirá, ao cabo do trespassar das várias unidades em que se tenha parcelado a área, um “plus” absorvível pelo Poder Público ou entidade da administração indireta titulada para tanto.

Isto, entretanto, nada possui de injurídico sob qualquer aspecto. É mera **consequência**, por assim dizer inevitável, de uma forma legítima de realização de um bem público, de uma utilidade coletiva. A proceder de modo diverso, doando os terrenos às indústrias ou as novas unidades urbanas aos antigos ocupantes, por exemplo, estaria instaurado modelo muito menos equânime socialmente, pois o excesso de valor gerado na operação da utilidade pública seria absorvido por uma **parcela** de particulares beneficiários.

16. Se um sobrevalor é gerado em consequência de poderes e de atuação governamental, não há como ignorá-lo. É fenômeno econômico. Sua existência ou a geração dele não enodoa nem contamina quem, **ao produzir interesse público**, não se pode impedir de ver criado um subproduto que surge por força de leis econômicas – e não de decisão administrativa.

O poder Público **decide a criação da utilidade pública** e atua em função dela realizando, inclusive, despesas, tanto com a desapropriação quanto com as obras de infra-estrutura requeridas para a instalação do distrito industrial ou com as obras de remodelação do tecido urbano e reconstrução de edificações. O sobrevalor gerado não é decidido pela administração, até porque é efeito inelutável decorrente de leis econômicas naturais.

17. Todo o problema se resume, então, no destino a ser dado a um subproduto da ação administrativa. E note-se: o fenômeno não é específico das desapropriações por interesse social. Ocorre do mesmo modo na desapropriação por interesse público, vez que uma e outra contemplam, consoante se indicou, hipóteses em que a criação de interesse público reside na integração do bem em patrimônio particular, subsequente à desapropriação.

Entre incorporar este "plus" à esfera privada de uns poucos ou incluí-lo no patrimônio de entidade volvida à satisfação de interesses coletivos, parece, sobrejurídico, muito mais razoável o segundo caminho. Aliás, também merece considerado o fato de que a maior parcela desta diferença de valor é composta por **despesas** governamentais devidas seja à desapropriação seja às obras de loteamento, infra-estrutura, construção de novas unidades urbanas e aplicação de diversos equipamentos urbanos.

18. Se, todavia, entidade pública atua com desvio de poder, com deturpação de finalidade, e vai à caça de recursos como qualquer empresário privado, colocando em plano subalterno seus deveres, então o ato é viciado.

A revenda dos bens loteados para distrito industrial ou das unidades surgidas em decorrência de plano de reurbanização e a incorporação deles no patrimônio dos adquirentes não é comportamento indevido nem configura desvio de poder. É simplesmente exercício de um poder. O mau uso dele, o valer-se desta capa para buscar outros fins, alheios à criação da utilidade pública, é que pode configurar desvio de poder.

Seria absurdo, entretanto, presumi-lo. Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e não de ilegitimidade. Onde, onde houver abuso, cumpre ao Judiciário fulminá-lo. Não lhe quadra, entretanto, fulminar o uso. Torna-se a repetir: o mau emprego de um poder público é razão mais que suficiente para ser coartada a ação ilegítima, mas não é, de modo algum, razão bastante para aniquilar um poder legal.

19. Em suma: se o uso de uma competência pode ser perigoso, cumpre ao legislador decidir se deve ou não conferi-la ao Estado. Ao intérprete, todavia, é defeso tomar como princípio exegético a tese de que não são de se reconhecer poderes cujo uso possa ser efetuado danosamente, ou seja, para além de sua finalidade e ao largo das reais fronteiras onde se pode validamente instalar.

20. Em conclusão: não configura desvio de poder nem é inconstitucional desapropriação que objetiva, a final, integrar em patrimônio privado bens expropriados de terceiros, desde que realizada para satisfazer

finalidade pública cuja efetivação, segundo as leis expropriatórias pertinentes, se concretize mediante esta via. A desapropriação para urbanização, seja com vistas a constituir distrito industrial, seja com o objeto de remodelar a área urbana, compõe hipótese confortada no art. 5º, letra "i", do Decreto-Lei 3.365, de 21.06.41, que regula a desapropriação por utilidade pública.

21. O retorno destes bens a patrimônios privados, mediante revenda, é consequência natural e lógica desta modalidade expropriatória. Não haveria, ademais, que cogitar de direito de preferência ou de retrocessão, inclusive porque os bens revertidos ao mercado já não são mais os mesmos dantes expropriados. A transformação sofrida, por obra do Poder Público, gera objetos novos, inconfundíveis com os precedentes bens sobre os quais incidiu a expropriação. O desaparecimento destes, substituídos pelos que surgiram por obra da Administração, afasta a hipótese do dever de oferecê-los aos ex-proprietários para que sejam readquiridos.

O PRINCÍPIO DA PROIBIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA
Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Pelotas.

“Sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell’obbligo di osservare le “regole del giuoco”: queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contraditori in giudizio, secondo il principio dell’uguaglianza delle loro posizioni rispettive”.

ENRICO T. LIEBMAN
 (“MÁNUALE”, t. I, p. 163, n. 82, 1ª ed.).

I - INTRODUÇÃO

1. - A origem do Direito, nos mais primitivos grupos sociais, prende-se aos preceitos religiosos e, portanto, aos morais. Confundiam-se, assim as regras morais e jurídicas. Inexistiam disposições escritas impondo o comportamento dos indivíduos, para a prática e para a omissão de atos na convivência com seus semelhantes.

Dentro da concepção clássica de que “o homem é um animal”, houve necessidade de situá-lo em plano mais elevado na escala biológica mediante acréscimo na definição para o distinguir dos outros animais: ser dotado de razão. Estabeleceu-se, assim, uma diferença específica, considerando-se, particularmente, o lado moral. Em virtude desse atributo, inerente ao gênero humano, JULES BARNI afirmou: “Par la raison, l’homme est capable de s’élever à l’idée du **bien**, du **bien moral**, du devoir, par conséquent, ou de **l’obligation**; il devient ainsi un être **moral**”.

Apesar de algumas objeções, não se pode negar a validade ainda da idéia de **BENTHAM** quanto aos círculos concêntricos formados pela

* Trabalho escrito para “Studi in onere de ENRICO TULLIO LIEBMAN”, a convite da Faculdade de Direito da Universidade de Milão, ao ensejo do seu 45º aniversário de magistério.

moral e pelo direito, resultando a seguinte conclusão: toda regra de direito está situada dentro da área da moral, que é a maior; mas as regras da moral não se acham contidas dentro da área do direito, que é a menor. Por conseguinte, não se pode imaginar uma ordem jurídica, como criação do homem, que não tenha fundamento na moral. Mas há preceitos morais que não se revelam em normas jurídicas, concretizadas em disposições legais, não sendo, assim, impostas coercitivamente pelo Estado, para valerem, apenas, conforme a consciência de cada um. A grande diversidade, portanto, entre as normas morais e as normas jurídicas, é que aquelas não se revestem de coercibilidade externa e as últimas são impostas aos componentes da sociedade e, se violadas, podem ser aplicadas, coativamente, pelas vias jurisdicionais.

2. – Para o devido equilíbrio social, porém, as normas jurídicas, na sua quase totalidade, são respeitadas espontaneamente pelos indivíduos, no interesse recíproco de todos, sem necessidade de seu cumprimento ser exigido sistematicamente. Se assim não fosse, ocorreria aquela patética situação delineada por EDUARDO COUTURE:

“El dia en que fuera necesario demandar a todos los padres para mantener sus hijos, o demandar a todo contribuyente a pagar sus impuestos, o demandar a todos trabajadores para que fueran a trabajar, la máquina del Estado saltaría hecha pedazos”.

Se, porém, houver infringência do direito material, o Estado, que passou a vedar a defesa privada desde eras longínquas (apenas ainda admitida em casos excepcionais expressamente estipulados em lei), oferece ao lesado um instrumento para a devida reparação da ilegalidade sofrida, com o restabelecimento do império da norma desrespeitada, em nome da paz social e da própria autoridade estatal. Este instrumento é o processo, cuja finalidade suprema é a de fazer justiça, compondo a lide conforme o direito, na acepção de CARNELUTTI.

Ora, se o processo visa, exatamente, à incidência da norma primária e se é da essência dessa um resultado ético, impossível conceber-se a preservação do seu preceito se necessária a invocação coativa, sem postulados informativos também éticos. O processo não é um meio isolado, mas, junto com o direito material, forma o complexo da ordem jurídica, em

sua unidade e em seus fins. Como integrante deste conjunto, todo ele sob a égide da moral, o processo não pode permitir que os elementos que nele atuem, de qualquer modo, ajam fora dos limites da probidade, quer por atos comissivos, como omissivos.

3. – Os interesses privados são também o alvo das sentenças judiciais, nas quais colima toda a atividade normal do processo. Mas a idéia moderna da publicização do processo, com os poderes do juiz dilatados para bem desempenhar suas funções com a necessária autoridade e imparcialidade, o torna infenso a atitudes desonestas pelos que nele participam, sob pena de desvirtuar-se sua finalidade primacial: o primado do direito e o da justiça. O silogismo é muito fácil de ser armado: o direito material se funda na moral; o direito processual visa, precipuamente, a restabelecer o direito material, quando violado; logo os meios de que se serve para atingir aquele objetivo não podem utilizar-se de situações ímprobas, maculando o próprio resultado pretendido. Se assim fosse, em última análise, por via do julgamento do juiz, o Estado estaria impedido de dar uma solução justa e legal – e, portanto, moral – para o conflito de interesses revelado na lide. Daí a necessidade de os Códigos de Processo – ou leis extravagantes similares – conterem regras que, no seu entrelaçamento, tracem o comportamento do próprio magistrado, dos órgãos do Ministério Público, das partes, dos intervenientes, dos auxiliares da justiça e dos terceiros em geral, tudo em consonância com os ditames teleológicos do processo.

4. – Estas regras de sentido ético formam o “princípio da probidade”, como ínsito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse “princípio” é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado “dever da lealdade”, que mais se evidencia no “dever da verdade”, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla. Entretanto, aquele “princípio” não se cinge somente aos litigantes e aos intervenientes mas sim, igualmente, estende-se aos demais elementos que figuram no desenvolvimento do processo – desde os juizes até as testemunhas e os peritos. Exatamente porque, sendo o processo equiparado a um jogo entre as partes, essas é que podem ter maior interesse em falsear a verdade, agir com chicana, deturpar fatos, ou fundar-se capciosamente em texto de lei, em proveito próprio, para obter a vitória a qualquer preço. Com isso, estarão iludindo o juiz, que formará falsa convicção e, conseqüentemente, proferirá sentença que se

afaste da realidade do caso e da solução que seria a verdadeira. Quanto aos demais elementos, o interesse não será direto, embora possam favorecer qualquer das partes ou dos intervenientes, em detrimento do adversário, seja conseguindo vantagens ilícitas, seja sem qualquer benefício material, mas, num ou noutro caso, conspurcando o veredicto judicial, pelo desvio de escopo.

5. - Tradicionalmente, o comportamento ético já era exigido dos juízes, pois sempre se permitiu a "exceção de suspeição" (englobando, aliás, os atuais casos expressos de impedimento com os propriamente de suspeição), para vedar o seu exercício em determinadas causas; ou das testemunhas, excluindo as que pudessem depor com parcialidade ou sem isenção de ânimo, caindo sob a pecha da suspeição; ou dos agentes do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, se ocorresse uma das situações acima, embora sejam casos mais raros.

6. - Mas, apenas depois que o processo foi considerado como um instituto de direito público, pelo interesse também do Estado na solução dos conflitos das partes, é que as leis começaram a inserir dispositivos regulando a atividade dos litigantes, sob o pálio do "princípio da probidade". Matéria de difícil conceituação e formulação legal, porque, de certo modo, poderia implicar em exigir da parte tal conduta que, em decorrência, pudesse criar vantagem para o adversário e, conseqüentemente, lesividade para si própria, o que seria, sem dúvida, violar a natureza humana.

Não se trata, porém, de exigir que a parte ofereça ao adversário armas para que esse triunfe, mas, sim, obstar que, **maliciosamente**, use de meios que fraudem a função jurisdicional. Isso, evidentemente, é possível e necessário, em nome da própria ordem social, da qual o Poder Judiciário é um dos esteios e guardiães, quando reequilibra as situações jurídicas, sobretudo restaurando infringência legal e, corolariamente, atentado aos direitos subjetivos do lesado.

II - A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO: DO REG. nº 737, de 1850, ao CÓDIGO de 1973.

7. - A exemplo da diretriz que predominava nos sistemas processuais mais adiantados da época, o regime brasileiro - desde o Regulamento nº 737, de 1850 até os Códigos de Processo Civil e Comercial legislados pelos Estados-membros (durante a vigência da Constituição Federal de 1891, a primeira da República, que adotara a dualidade processual - da União e dos Estados, como nos Estados Unidos, Argentina, México e outras federações), escassamente continha normas a respeito. Havia, apenas, o intuito de obstar os atos de má-fé em suas linhas gerais, sem maiores especificações. Entretanto, os efeitos foram mingüados, como advertiu OSCAR DA CUNHA: "Se, até certo ponto, em alguns Códigos, introduzidos foram princípios sancionadores da protelação e infração da verdade, na prática, ao que eu saiba, resultaram inúteis na sua aplicação".

8. - Sob a influência da doutrina privatística do processo, entendia-se que não era possível traçar normas legais a respeito da atividade das partes, ou, então, que, sem preceito expresso, não cabia qualquer sanção. Parece que prevalecia a incidência da tradicional regra de Direito Penal: **sem lei, não há pena**. A repressão exigiu sem dúvida, uma pena, uma sanção, ao litigante ímprobo, por faltar à verdade, servindo-se do embuste ou da mentira. Mas, como tudo tinha de ser apreciado por um intenso critério subjetivo, na realidade a punição deixava de funcionar, pela falta de certeza de que houvesse o ânimo de não ser leal.

9. - O Código de Processo Civil de 1939, em vigor desde 1º de março de 1940 - e que se manteve por 33 anos e 10 meses -, deu um passo à frente, embora tenuemente. Realmente, de modo expresso, somente se preocupava com o "dever de dizer a verdade ou o dever da veracidade", que, como já afirmamos noutra oportunidade, "é mais restrito do que o dever da lealdade ou probidade, que abrange todas as violações de caráter ético ou moral". O seu art. 3º tratava do abuso do direito de demandar; e o art. 63 e §§ responsabilizavam, com sanções financeiras, "a parte vencida que tiver alterado intencionalmente a verdade"; "quando, não obstante

- Lei nº 5.365, 11.1.1973, já com várias alterações em leis subseqüentes, sendo as principais a de nº 5.925, de 1.X.1973; nº 6.014, de 27.12.73, e nº 7.071, de 3.7.1974.

vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário no curso da lide em qualquer incidente ou ato do processo"; ou, "quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação". A punição poderia recair no procurador, "se a temeridade ou malícia for imputável" ao mesmo. De um modo geral, essas eram as prescrições básicas do regime daquele ora revogado diploma.

10. – Entretanto, o Código de 1973, em vigor desde 1º.1.1974, deu outra conotação à matéria. Refere-se a vários casos de "improbidade", não só mantendo o "dever da verdade", mas outros criando. Da mesma forma, estendeu, de modo mais concreto, o "princípio da probidade" a todos mais que intervêm no processo: juiz, Ministério Público; auxiliares da justiça e testemunhas. Alargou-se, portanto, a esfera de incidência daquele princípio, que não se circunscreve mais exclusivamente às partes.

11. – Se, na verdade, como de longa data se sustenta, o comportamento que se exige das partes em suas relações regidas pelo direito material deve ser o mesmo dentro do processo, por ser esse instituto igual a qualquer outro da ordem jurídica em geral, é evidente que o Código tinha de coibir, tanto quanto possível, atitudes ímprobas de todos quantos atuem nos feitos de qualquer natureza – de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária. É claro que o mais importante é a ocorrência na jurisdição contenciosa (nos processos, propriamente ditos), pois, aí, é que há conflitos de interesses, para cujo êxito as partes podem ser tentadas a usar de todos os meios – dignos, ou não – para conseguirem seu objetivo final. Já na jurisdição voluntária (nos procedimentos) com "interessados" e, não, com partes, já é mais difícil de acontecer, pela ausência de lide e, portanto, de vitória ou de sucumbência. Mesmo assim, poderá haver falsas afirmações ou comunicações ao juiz, as quais não devem ficar imunes a sanções. Desde que o juiz tenha de intervir, tanto para solver um conflito de interesses (contenciosa), como para exercer administração pública de interesses privados (voluntária), não pode e não deve ser iludido. Evita-se que sua sentença ou seu provimento não venham a expressar a realidade jurídica do caso, formando-se uma pseudos convicção ou uma errada determinação, em face dos subsídios com que contou para seu pronunciamento, num ou noutro caso.

12. – Presentemente, o direito positivo de vários povos, sobretudo aqueles cujos ordenamentos sempre exerceram influência no processo brasileiro (austríaco, alemão, italiano e português), consagra disposições estabelecendo penas ao "improbis litigador", tomada a expressão em sentido lato. Mas, ainda que nada seja prescrito, a corrente "más numerosa sino también la más autorizada", como já admitia COUTURE, é a que assevera existir um dever de verdade – como síntese do "princípio da probidade" – com texto expreso e sem texto expreso, com sanções específicas e sem sanções específicas. O mesmo ocorre com o "princípio da probidade" com a gama, hoje extensa, de seu alcance: vale, ainda que não formulado no direito positivo. Entretanto, quanto maior o número de normas, e desde que não sejam consideradas como exaustivas, mas meramente elucidativas, melhor para o exercício da função jurisdicional – a principal, como contenciosa, ou a secundária, como a voluntária. Esta foi a orientação básica do legislador do Código de 1973, do Brasil: inserir várias normas de caráter repressivo e sancionador, principalmente para as partes e interessados, mas abrangendo, igualmente, todos quantos intervenham nos autos. Com isso, aperfeiçoou a aplicabilidade daquele princípio, como imperativo de alto sentido social, pelo que a vida forense representa como fonte do respeito, do prestígio, da autoridade e da confiança que o Poder Judiciário deve inculcar no espírito da coletividade.

13. – Por esta diretriz, o Código brasileiro de 1973 deixou de ser platônico neste tema, como foi acusada a própria Z. P. O. alemã pelo seu parágrafo 138. GOLDSCHMIDT, com ênfase, considerava "lex imperfecta" pela ausência de sanções. Em última análise, o diploma germânico, que se inspirou no austríaco (Z. P. O., § 178), acolheu verdadeiro preceito moral em ordenamento de direito positivo, pois o característico desse é prescrever penas aos infratores de seu texto. Todo o ato que tenha um fim ético, traçando às partes (ou aos interessados) uma atitude proba na busca da verdade judiciária, quer impondo como vedando um comportamento, já deve ser prescrito juntamente com a sanção correspondente.

14. – Embora as partes (ou os interessados) sejam as figuras mais visadas, exatamente pelos interesses diretos que têm na solução do processo (na acepção ampla), todos os demais elementos também têm de ser controlados, porque o resultado final se forma do conjunto das atividades de todos. Na verdade, poderá não bastar que as partes ajam

honradamente, sem nenhuma infringência legal, assim como seus procuradores, e, mesmo assim, por má atuação do juiz ou do membro do Ministério Público, ou de auxiliares da justiça, ou de testemunhas, a verdade colimada não seja atingida, prejudicando a própria prestação jurisdicional ofertada, causando, assim, ilegalidade ou injustiça. Se a presença de quem quer que seja foi necessária ou indispensável para o desenvolvimento do processo, não será possível dar-lhe livre trânsito, sem qualquer freio, não obstante que, do seu ato, haja perniciosa influência no julgamento. Daí porque o Código de 1973 procurou estender o "princípio da probidade", sem limitá-lo, apenas, às partes, como, aliás, já o fazia o diploma de 1939, mas de modo menos intenso.

III - AS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES VIGENTES

15. - O "princípio da probidade", pela amplitude e pela importância em relação às partes, geralmente e invocado apenas para regradar o comportamento delas, quer as originárias, como as que venham a intervir posteriormente à formação do processo, no plano daquelas, ou as que surjam secundariamente. Antes mesmo do assunto ser estudado a fundo, doutrinariamente, e ser transformado em norma legal, de maneira mais precisa, a partir do século XIX, a essência do "princípio" já se encontrava em disposições tradicionais e seculares relativas aos juízes. Entretanto, essas mesmas se apresentam, agora, mais dilatadas, configurando situações que, antes, eram ignoradas. O mesmo quanto aos órgãos do Ministério Público (ainda que não atuem como partes, pois, aí, estariam na posição própria delas) e os auxiliares da justiça. De qualquer forma, as normas relativas às partes são em maior número e a preocupação do legislador é mais acentuada neste ponto do que com referência aos outros elementos que participem de um processo (na acepção lata).

16. - Abstraindo das concepções estritamente doutrinárias ou teóricas, dada a aceitação generalizada de que o "princípio da probidade" é insito ao processo, conforme as modernas concepções que justificam a sua instituição, cingir-nos-emos a ressaltar, no texto do nosso Código de 1973, os dispositivos que concretizam o "princípio da probidade", refletindo a mentalidade brasileira contemporânea, no sentido de aperfeiçoar a busca da verdade judiciária. Quanto mais se reforçam os poderes do juiz, mais

devem ser cerceadas as atitudes de improbidade, de quem quer que seja, evitando que a atuação do magistrado pudesse tornar-se inócua, se, como o representante do Estado pudesse ser iludido, mal orientado ou burlado em sua missão de fazer justiça e de preservar a legalidade. A autoridade judiciária, portanto, encontraria óbices incompatíveis, como é óbvio, com a moderna posição a que foi erigida, em nome da própria ordem social, política e jurídica.

A - Quanto aos juízes

17. - A lei não podia ser rigorosa com as partes, ao exigir-lhes comportamento probo, e omitir-se junto aos demais participantes do processo. Se as mesmas são as maiores interessadas na solução do caso (tanto na jurisdição contenciosa, como na jurisdição voluntária, nessa com o *nomen juris* de "interessados"), nem por isso o Direito Processual poderia deixar que, ao contrário, sobre elas se refletissem atos de improbidade dos demais elementos que atuem nos autos. O primeiro a dar o exemplo tem de ser o juiz. Ainda que se tenha de presumir sua isenção de ânimo e seu zelo em favor do melhor resultado, conforme os ditames da justiça e das prescrições legais, o legislador tinha de considerar a condição humana do magistrado, sujeito, portanto, à inexorável falibilidade e, até, a influências malélicas.

18. - Por isso, acolheu o vetusto postulado "quod non est in actis non est in mundo", para a apreciação da prova. O art. 131 prescreve: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Já no Código de 1939 a orientação era igual. Da oração inicial poder-se-ia deduzir que fora adotado o sistema da "livre apreciação". Entretanto, isso somente é possível quanto ao exame das provas dos autos, isso é, o que neles se contém, salvo quando é exigido forma especial para certos atos. Tudo o que o juiz possa saber por fora não deverá servir para a sua convicção expressa na sentença. O art. 130 dá ao juiz poderes para, de ofício, também "determinar as provas necessárias à instrução do processo", ou seja, trazer para os autos subsídios que ele próprio considere essenciais ao julgamento, além dos que as partes possam requerer e cuja produção seja deferida. Isso cerceia o arbítrio, pois as partes e, se for o caso, os tribunais, em grau de

recurso, podem aferir, perfeitamente, os fundamentos da convicção do juiz. É garantia de controle da atuação do magistrado. Completando a primeira parte, a segunda do mesmo dispositivo exige a "motivação", o que é ratificado no art. 438, ao tratar dos "requisitos essenciais da sentença", ou seja no inciso II: "os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito". Não basta, assim, que as provas estejam nos autos, não sendo fruto, portanto, de captação externa. O modo como o juiz as apreciou, as avaliou, as considerou para formar sua convicção, deverá ser exteriorizado, como meio de evitar que fatores espúrios hajam maculado o julgamento. O juiz poderá ter errado; mas ao menos revelou "os motivos que lhe formaram a convicção". Nunca haverá, assim, a dúvida sobre seu comportamento. O erro conhecido é admissível pelas contingências humanas; mas nem mesmo o acerto, se forem desconhecidos os motivos em que se fundou, deve prevalecer, pelo perigo que a omissão pode representar quando houver falha no julgamento. O relevante é a revelação dos "motivos do convencimento" - quer quando acerte, quer quando erre, não importando o resultado. Com tal regra preventiva, o juiz, que não pode ser tachado de impedido ou de suspeito, por ausência dos casos legais, fica privado de, no fundo, agir mal na realidade, lesando qualquer parte ou qualquer interessado, conforme a natureza do feito. Embora o art. 131, combinado com o art. 458, II, se cinja, normalmente, à jurisdição contenciosa, é, contudo, aplicável à jurisdição voluntária, sempre para salvaguardar a lisura do julgamento. Apenas quando se trata de sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267), é permitida que seja dada "em forma concisa" (art. 459). Os reflexos, nesta hipótese, são relativos, não chegando a atingir o direito do vencido, e, pois, não havendo maior prejuízo, como se houvesse o julgamento do mérito (art. 269).

A falta de motivação é caso de nulidade de sentença, mesmo que não prescrita de modo expresso (arts. 243 a 250). Mas, como é considerada como um dos "requisitos essenciais", a cominação é ínsita, sob pena de tornar-se inócua a exigência legal, se dependesse de interpretações. Assim sendo, por via do recurso próprio ou, até, de ação rescisória (art. 485, inc. V: "violar literal disposição de lei"), a sentença imotivada poderá ser anulada ou tornada ineficaz, para outra ser proferida devidamente motivada ou fundamentada, ainda que a nova venha a ser igual à primeira. Mas com isso, se salvaguarda a prevalência da regra de tanto relevo, com acentuado sentido ético.

19. - Se bem que possa ser entendido como inócuo, o Código estabelece no art. 133, que "responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte". O parágrafo único fixa o momento em que se verifica a hipótese do inciso II: "só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias". Esta norma se completa, praticamente, com o art. 198, que permite que "qualquer das partes ou órgão do Ministério Público, poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei". Dificilmente todos esses dispositivos têm aplicação na dinâmica forense. A prova de ausência de "justo motivo" é muito difícil, em face da pleora dos serviços judiciários, que, por enquanto, no Brasil e em vários países, impedem que tudo corra normalmente, dentro dos pretórios. Por outro lado, ainda que não haja "justo motivo", sendo evidente a desídia, a negligência ou, até, a parcialidade do juiz, em não cumprir prazos ou realizar alguma providência, lesando uma parte ou um interessado, existe natural temor ou constrangimento de ser feita a acusação, receiando o procurador (que é quem toma a iniciativa, embora em nome do cliente) possíveis represálias, no próprio feito ou em outros a seu cargo. O fim visado é louvável. Entretanto, a norma não deve funcionar nunca, sobretudo porque todos reconhecem que, de um modo geral, os atrasos são resultantes do próprio funcionamento do Poder Judiciário, como entidade, por mal aparelhado, e, não, por causas de ordem pessoal dos magistrados, salvo exceções raras, que não afetam o conceito geral da magistratura, pelo menos a brasileira.

Por sinal que, no Liv. I, Tit. IV, Cap. IV, a Seção I trata "Dos poderes, dos deveres e da **responsabilidade** do juiz" (sem grifo no original). Esta nomenclatura já revela que o magistrado pode sofrer sanções se mal exercer suas funções. Embora lhe caiba, como um de seus poderes fundamentais, "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (art. 125, III), ao juiz, principalmente, compete comportar-se em nome desse próprio cânone. Apesar do termo estar no singular, como se referindo, apenas, ao titular do órgão de primeiro grau, o mesmo se aplica igualmente aos membros do tribunal, qualquer que seja o título adotado, sobretudo aos que podem agir individualmente, como os Presidentes e os

relatores de cada feito, e, não, somente, quando autem em conjunto com seus pares, nas câmaras ou turmas, isoladas, reunidas ou em grupos, ou em plenário. As "penalidades" estatuídas da seção II, Cap. III, Tit. V, do Liv. I, porém, incidem somente sobre os juízes, como órgãos de primeiro grau, pois as relativas aos membros dos tribunais são "na forma que dispuser o seu regimento interno" (art. 199).

A diferença entre o que ocorre com o juiz e as partes – que são os elementos principais num processo – é que aqueles são "policidados" pelas partes, mas as quais lhe são subordinadas, de certo modo podendo isso criar-lhes algum problema; enquanto que as partes são fiscalizadas pelo juiz, com toda a ascendência que lhe cabe sobre elas, usando dos poderes que a lei lhe concede, de modo expresso ou implicitamente.

20 – Quanto aos casos "de impedimentos e de suspeição", os mesmos apenas agora foram melhor estipulados do que anteriormente, pois é nítida a separação atual (arts. 134 e 135). Tanto o juiz pode abster-se ou declarar-se suspeito, como poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 137). A iniciativa das partes é por via da respectiva exceção (arts. 304 a 306; 312 a 314). Enquanto a suspeição obsta a ação rescisória, o impedimento é um dos casos desse remédio extremo (art. 485, II). As duas modalidades que privam o juiz de atuar ou continuar no feito se fundam, em última análise, no mínimo, num daqueles quatro motivos clássicos das Ordenações do Reino: ódio, amor, interesse ou temor. Em essência, nunca deixaram de ser inseridos os casos atuais, para o fim de ser o juiz afastado de um processo; apenas a técnica legislativa de agora é mais apurada. Mas o legislador sempre se preocupou com o fato de o juiz ser impedido ou suspeito, e não se haver declarado espontaneamente ou ter resistido à arguição da parte para alijá-lo do processo (na acepção ampla). Tanto assim que, acolhida a exceção (de impedimento ou de suspeição), o tribunal "condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal" (art. 314). Tal norma tem sido criticada, por injusta para o juiz, porque esse pode estar convencido de que não tem vínculo que obste o seu exercício, sem ter agido de má-fé para merecer a penalidade imposta. O fato de o tribunal haver decidido ao contrário não deveria ser motivo para qualquer sanção, salvo a prova manifesta de qualquer ato ímprobo do magistrado, para tentar permanecer no feito.

21. – Essas regras procuram resguardar a aplicação do chamado "princípio da imparcialidade", que, sem dúvida, é variante do "princípio de probidade", pelo seu extenso raio de alcance. Não se pode falar em atuação do juiz sem pensar-se em sua imparcialidade, que revela sua capacidade subjetiva, cuja falta – originando a imparcialidade – lesa extremamente a própria relação processual. Para cercar o juiz de condições que lhe assegurem agir com imparcialidade, é que o sistema constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824 até a vigente Constituição Federal de 1967, em ascendente aperfeiçoamento, resguarda os magistrados de garantias e proíbe os tribunais de exceção (arts. 113 e 114; 153, §§ 4º e 15).

B – Quanto aos Auxiliares da Justiça

22. – De certa maneira, a posição dos auxiliares é, teoricamente, sem reflexos na solução dos processos. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, na prática, os mesmos têm meios de influir no seu andamento, para favorecer uma parte e prejudicar a outra exatamente por um daqueles motivos já indicados quanto aos juízes – ódio, amor, interesse ou temor. Sobretudo o escrivão (ou similar, com outra terminologia, como "oficial judicial") que é o auxiliar mais importante, sem o qual o juízo não pode funcionar – tem papel saliente. Antigo adágio enunciava: "boa demanda ou má demanda, escrivão na nossa banda", ou seja, sempre procurar ter esse serventuário a seu lado (maximè do procurador, com quem as relações são constantes no foro), ao menos para não colocar entrave, ainda que não seja para beneficiar diretamente. Não se trata da corrupção fundada em recompensas materiais; bastará o simples ato de cortesia, de amizade ou de lisonja; facilitando um prazo, propiciando uma diligência, avisando alguma ocorrência sigilosa, etc. A situação está equiparada à dos juízes, tanto que o Código estatui no art. 138: "Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao serventuário de justiça; II – ao perito e assistente técnico; III – ao intérprete". Esse dispositivo se articula com o art. 139, que contém a relação "dos auxiliares da justiça". Estes servidores são fiscalizados pelos juízes, quando algum excedeu, sem motivo legítimo, os prazos que este Código estabelece" (arts. 193-194). O procedimento respectivo se rege pela Lei de Organização Judiciária, que é de competência dos Estados-membros. Assim sendo, o

Código, como diploma geral e aplicável em todas as unidades da federação, traça as normas de incidência uniforme, restando aos Estados apenas prescrever o que for necessário quanto ao procedimento de apuração da falta apontada pelo juiz, segundo as condições de ordem local.

23. – Não se pode deixar de reconhecer que o escopo destas regras é, sempre, o de visar à probidade no processo, tudo com o objetivo de manter a pureza da descoberta da verdade judiciária que qualquer julgamento deve conter, para o maior prestígio, autoridade e confiança de que o Poder Judiciário se deve revestir, para impor-se no meio social.

C – Quanto ao Ministério Público

24. – Embora os órgãos do Ministério Público possam agir como partes (art. 81), também atuam, imparcialmente, como “fiscal da lei” (arts. 82 e 83). Sua ausência, nos feitos em que o agente da instituição deva estar presente, gera a nulidade do processo (em acepção ampla), conforme os arts. 84 e 246. Entretanto, pela posição especial de seus membros, ainda que, aparentemente, fosse desnecessária a indicação de normas respectivas, porque sua atuação já estaria incluída entre as “partes” em geral, o Código entendeu melhor ressaltar os casos em que se exige comportamento ético dos agentes da entidade, inclusive prevendo a aplicabilidade de sanções.

25. – O art. 85 determina: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”. Pelo teor do dispositivo, ficam excluídos os casos em que o agente aja com erro, embora grosseiro, para não tolher sua atividade, desde que ocorreu boa-fé. A lei exclui a responsabilidade por culpa, exigindo “dolo ou fraude”, isso é, o artifício ou a malícia. Por um dos dois fatos, o agente do Ministério Público poderá ser “civilmente responsável”: a) – por atuar de modo temerário; b) – por omitir-se não agindo ou não intervindo, quando a lei lhe impõe. Como o juiz só oferece a prestação jurisdicional quando provocado (“nō procedat iudex ex officio”), isso ocorre quando a iniciativa é das partes, propriamente ditas, ou do Ministério Público, pois sua posição processual é igual à daquelas. Ora, a omissão do Ministério Público pode ocasionar, portanto, verdadeira.

denegação de justiça, lesando o interessado que necessitava da providência do agente da instituição, desde que a lesão ao direito se possa tornar irreversível.

26. – Mesmo em relação ao Ministério Público, não se deve confundir a responsabilidade civil com a responsabilidade processual: aquela se baseia nos arts. 16 e 85; a última nos arts. 19 e 29, que tratam das despesas judiciais.

27. – As disposições do Código quanto à “responsabilidade” e às “sanções” relativas das “partes” se aplicam ao órgão do Ministério Público, quando sua atividade se equipara à daquelas; mas há regras referentes especificamente aos agentes da entidade, para maior clareza do preceito e segurança de sua incidência.

As comuns às duas situações são, como exemplo, as dos arts. 16 a 18, que tratam “da responsabilidade das partes por dano processual”, assim rezando o citado art. 16, como norma básica: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. Articulando o mesmo com o mencionado art. 85, decorre também a responsabilidade do agente do Ministério Público, quando atua como “parte”.

Mas o Ministério Público não fica imune à obrigação de ressarcir as despesas do adversário, quando agiu como “parte”. É, pois, aplicável, no caso, o art. 20, que contém o princípio geral sobre responsabilidade por despesas e honorários do advogado do vencido com relação ao vencedor. Mas, no art. 29, há referência expressa ao Ministério Público, sem incluí-lo entre as “partes”: “As despesas dos atos que forem adiados ou tiverem de repetir-se ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem motivo justo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição”. É norma tendente a evitar o retardamento injusto dos processos, com evidente sentido ético, punindo a procrastinação de má-fé.

28. – Os casos de impedimento e de suspeição dos juízes, para preservar, igualmente, a imparcialidade do agente do Ministério Público, quer como “parte”, quer como “fiscal da lei”, são estendidos ao órgão respectivo; “art. 138: Aplicam-se também os motivos de impedimento e de

suspeição: I – ao órgão do Ministério Público, quando não for parte e sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135”. O dispositivo tem sido censurado, porque não menciona o inciso V do mesmo art. 135, que torna suspeito o juiz quando “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”. Mas a hipótese pode ocorrer, igualmente, quanto ao Ministério Público, desde que o agente seja interessado no julgamento da causa em favor da parte contrária. Apesar da omissão legal, se o fato for provado (“o interesse”), é evidente que, por imperativo ético, o agente deverá ser afastado da causa.

29. – Como os prazos são estabelecidos para a devida regularidade do processo no tempo, os mesmos deverão ser normalmente obedecidos, salvo os casos de força maior ou de justo motivo. Em regra, ninguém deve infringi-los, pois isso tumultua os feitos, gera prejuízos aos interessados diretos e desorganiza os serviços forenses. O cumprimento dos prazos pelas partes lhes ocasiona um ônus, pois, se não o fizerem, decorrerá a preclusão e, até, a coisa julgada formal ou material, conforme a hipótese concreta. Mas, quanto aos juízes e serventuários, os efeitos não atingem a situação das partes, salvo os eventuais prejuízos pelo retardamento, se bem que não quanto ao litígio em si mesmo, na jurisdição contenciosa, ou aos interesses, na jurisdição voluntária. O agente do Ministério Público (e a própria Fazenda Pública) também pode ficar sujeito a penalidades ou a sanções se não cumprir determinados prazos, sem contar, naturalmente, aqueles cuja inobservância gere preclusão ou coisa julgada. São os relativos ao próprio retardamento pela não devolução dos autos no prazo legal, cuja consequência é de duas origens: a) – ser riscado tudo quanto haja sido escrito nos autos ou desentranhar as alegações e documentos que hajam sido apresentados tardiamente (art. 195); b) – perda da vista dos autos fora de cartório e aplicação de multa, correspondente à metade do salário-mínimo vigente na sede do juízo; e o juiz ainda comunicará o fato ao Conselho Superior ou ao Corregedor Geral do Ministério Público, para a punição disciplinar do agente (art. 195 e § único, aplicáveis conforme a remissão no art. 197).

30. – Para as sanções previstas pelo indevido exercício das funções do agente do Ministério Público, o Código, como é evidente, não leva em conta se a atuação é como “parte” ou como “fiscal da lei”, pois o

que interessa é o fato em si mesmo, independentemente da posição legal assumida, que somente influi quanto ao objetivo da presença do órgão: defendendo interesses de certas pessoas ou entidades (art. 81) ou defendendo a ordem legal (art. 82). Mas, com referência à maneira com que é desempenhada a função, é o comportamento em si mesmo que gera efeitos sancionatórios: portar-se como qualquer litigante de má-fé (arts. 16 e 17); exceder injustamente prazos legais. Ambas as situações infringem o fim ético do processo, que deve ser instrumento apenas da realização da justiça e da aplicação das normas jurídicas pertinentes. Devem ser obstadas, com rigor, interferências de meios escusos, que venham a deturpar aquele escopo e, máxime, obstar a plena efetividade da prestação jurisdicional, concretizada, principalmente, na sentença de mérito, para o provimento judicial poder transformar-se em coisa julgada, com o símbolo da paz social.

D – Quanto a Situações Gerais

31. – Há normas que não se referem nem aos juízes, nem aos auxiliares da justiça, nem ao Ministério Público, nem às partes: têm um alcance indeterminado, geral, abrangendo terceiros que estão fora do processo. Entretanto, por circunstâncias, de nítido caráter ético, o Código prevê vedações, preservando alguma consequência que pudesse deslustrar a integridade da própria justiça, como entidade.

32. – Duas disposições podem ser indicadas quanto a este ponto: a) – o que torna alguns atos sob segredo de justiça, como exceção ao princípio da publicidade (art. 155); b) – o que proíbe que certas pessoas lancem em praça ou leilão, seja qual for o processo em que a arrematação possa realizar-se (art. 190, § 1º, I).

33. – O art. 155 prescreve: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça, os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores”.

Se a publicidade é um meio de democratizar a justiça, evitando os julgamentos sigilosos, que são próprios dos regimes de força ou de exceção, às vezes é mais prejudicial do que a realização de atos a “portas fechadas” (art. 444). Não há a obrigatoriedade de os atos forenses – sobretudo a

audiência – se efetivarem com as portas escancaradas, podendo estar cerradas, mas sem que o acesso ao local seja proibido. Com isto, não se pretende que a sala fique repleta, tumultuando os trabalhos. Pelo “poder de polícia” assegurado ao juiz (art. 445), cabe-lhe limitar a entrada, sem qualquer privilégio quanto a ser, ou não, vinculado à causa ou às partes, mas franqueado o lugar a pessoas indeterminadas, dentro, porém, de certo número. Se assim acontecer, o princípio da publicidade estará mantido.

34. – Mas, naquelas ações especificadas e nas que possam estar arroladas em leis extravagantes, aí, sim, a restrição é total, não dependendo do juiz ou do requerimento das partes: é automática. Ora, com tal medida, pelos reflexos na vida íntima das partes e pela revelação, em regra, de fatos por via de depoimento pessoal, de peritos ou de testemunhas que podem originar constrangimentos ou susceptibilidade, o interesse social exige que, na sede do ato, somente permaneçam os interessados diretos: juiz, o auxiliar que o assessora, e, não, qualquer outro; partes; agente do Ministério Público; e, se houver, peritos e testemunhas. Nem os parentes das partes podem ter acesso, salvo se for necessário, por motivo de doença ou incapacidade física, dependendo, assim, de auxílio.

Se “interesse público” do inciso I tem acepção deveras ampla, ficando muito a critério subjetivo do juiz, conforme a espécie, as causas do inciso II são de critério objetivo, mesmo que, no curso do ato, nada se revele de inconveniente. Tal circunstância não influi para a aplicabilidade prévia da norma: o acesso tem de ser vedado desde o início. Apesar de o dispositivo referir-se a “processos”, dando idéia de ser apenas os feitos da jurisdição contenciosa, a sua incidência atinge os “procedimentos de jurisdição voluntária”, quando, por exemplo, tratar-se de “desquite por mútuo consentimento” (art. 1.122); “interdição” (art. 1.181); etc., porquanto, pela natureza da matéria, deve ser evitada a publicidade, para imperar o “segredo de justiça”.

35. – O fundamento da proscrição da publicidade é, indiscutivelmente, fazer prevalecer a moral na realização do ato, subtraindo os fatos narrados e discutidos da curiosidade geral, violando, sobretudo, o próprio recesso do lar das partes ou outras situações que merecem ficar dentro apenas de um círculo restrito. Na discreção nota-se, sem dúvida, uma

preocupação ética, desde que a finalidade é, exatamente, a de poupar as partes ou quem esteja envolvido de prejuízos que são evitados por uma questão de probidade.

36. – O art. 690, § 1º, determina: “É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens. Excetua-se: I – os tutores, os curadores, os testamentários, os síndicos, os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; II – os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III – o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça”.

37. – Os dois primeiros incisos referem-se a pessoas vinculadas às partes e o último a membros da justiça, sendo que esses poderiam ser tratados nos itens respectivos – do juiz e dos auxiliares de justiça.

38. – A vedação se aplica aos processos de jurisdição contenciosa, como, v.g., na execução e inventário; e aos procedimentos de jurisdição voluntária, como, v.g., na extinção de condomínio. É óbvio o sentido de exclusão: impedir que, pela interferência nos processos das pessoas indicadas, houvesse aproveitamento ilícito lesando o dono do bem. Haveria sempre possibilidade de ser conseguida a avaliação pequena, que serviria de base ao preço oferecido; ou, por via de artimanhas, afastar eventuais pretendentes; ou, por qualquer modo, dificultar a arrematação por estranhos. É, portanto, norma de caráter preventivo contra possíveis (ainda que não prováveis) atitudes de desonestidade. Em última análise, portanto, é aplicabilidade do princípio da probidade.

E) – QUANTO ÀS PARTES E AOS PROCURADORES

38. – É, sem dúvida, o campo de maior incidência do “princípio da probidade”. Foi concebido para refrear os impulsos (de certo modo explicáveis, mas não justificáveis) dos litigantes e de seus procuradores, no sentido de obstar que transformassem o processo em meio de entrechoque de interesses escusos, com o emprego de toda a série de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um “direito”, mas,

sim, de um falso "direito", que se transmudaria em injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário da nociva solução.

39. - Nesta situação, é incontroverso o acolhimento da tese quanto a serem inseridas normas no direito positivo procurando impedir a figura do "improbus litigator" - como autor, réu ou interveniente - e impor sanções aos que infringirem as disposições legais, quer por atos comissivos, como por omissivos. As objeções doutrinárias, ao longo das primeiras décadas deste século, foram superadas, mormente pela proliferação de dispositivos em vários ordenamentos processuais de diferentes povos, embora menos completos do que o nosso (ELICIO CRESCI SOB^o). A censura de GOLDSCHMIDT ao direito alemão (item nº 13 supra) deixou de ter cabimento, sobretudo, no sistema brasileiro vigente. Há, até, quem sabe, algum exagero nas prescrições do nosso Código, mas vale a intenção nobre do legislador em formulá-las.

40. - Não trataremos, assim, do tema do ponto de vista histórico e teórico, porque o mesmo passou a dispensar qualquer fundamentação ou exposição, pela generalidade do resultado favorável ao seu incremento e a seu desenvolvimento. Vale-nos a seguinte observação em abono de nossa idéia: "benché sia da lungo tempo ritenuta superata invece dalla dottrina o addirittura apertamente sconfessata dalla legislazione di molti altri Paesi" (M CAPPELLETTI). Não se nota mais nenhuma voz inteiramente dissonante, como, nos primórdios da questão, ainda aparecia, em nome do excessivo respeito, sem sentido, aliás, pelos interesses privados das partes, antes de ser atentado para o caráter publicístico do processo. O problema tem sido resolvido de modo mais racional, não defendidas nem liberdade absoluta no comportamento, nem uma obrigação incondicional.

41. - Os arts. 14 e 15 tratam "dos deveres das partes e dos seus procuradores". O primeiro contém o cerne do "dever da lealdade", que é considerado a maior manifestação do "princípio da probidade", sendo do seguinte teor: art. 14 - "Compete às partes e aos seus procuradores: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos

inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito". Este dispositivo, portanto, abrange o comportamento das partes e dos procuradores na propositura da ação, na defesa, e no seu andamento, inclusive, expressamente, quanto à produção de prova. De certa maneira, dispensaria seu texto outras normas explícitas, pois todas as demais se acham contidas no seu conteúdo. Entretanto, houve o intuito de ressalvar toda e qualquer situação, evitando apenas que a matéria fosse estipulada de modo genérico, com os perigos de poder ser mal interpretada e mal aplicada. No Código de 1939, o art. 63, que é apontado como fonte do atual art. 14, tinha redação ampla, quanto à atitude das partes, referindo-se "a que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados". Agora, porém, a idéia é desdobrada nos vários casos que a configuram, tornando mais acessível a verificação, para a possível penalidade.

O art. 15 menciona um ato especial de improbidade processual: uso de "expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las"; ou, "proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra" (§ único). Visa, evidentemente, aos procuradores.

Se, teoricamente, o "dever de lealdade" é das partes, não se pode deixar de reconhecer que, na prática ou na dinâmica forense, o mesmo é mais dos procuradores do que delas, sobretudo quando o cliente não apresenta condições sociais, profissionais e culturais suficientes para engendrar os fatos recriminados na lei. O alcance do preceito ao procurador tem sua justificativa na seguinte advertência de LIEBMAN: "Ma é certo che anche l'abilità e l'accortezza devone sentire un freno e non possono passare certi limiti, che il costume e la morale sociale stabiliscono". Para a parte prejudicada com os fatos constantes dos autos pleitear a responsabilidade, porém, o que vale é a atitude do adversário, diretamente ou por meio de seu patrono, como no caso dos arts. 45; 113, § 1º; 161; 195 e 196. Sendo difícil separar uma atividade da outra, a lei abrange o cliente e o advogado. Se, contudo, o causídico, por seu comportamento, trazer

prejuízo ao seu constituinte, porque esse ficou responsável perante o contendor, o cliente poderá entrar com ação regressiva contra seu procurador para ressarcir-se.

42. - A violação do "dever de lealdade" não gera, por si só, a derrota na demanda do infrator pois, apesar disso, poderá triunfar no julgamento final, assim como poderá sucumbir. O descumprimento daquele "dever" apenas pode ocasionar a aplicabilidade das sanções previstas, sem que a solução da lide sofra qualquer influência, salvo em caso de "processo simulado ou fraudulento", ex-vi do I29, pois, aí, "o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes".

43. - Quando as partes transgridem as regras do art. I4, tornam-se litigantes ímprobos, porque plêteiam ou defendem-se com "má-fé". Se assim é, então "respondem por perdas e danos", qualquer que seja a posição: autor, réu ou interveniente (art. I6). Como autor ou réu, estão incluídos os litisconsortes e o opoente, porque esses somente podem aparecer nurna daquelas figuras centrais.

44. - O art. I7 completa o art. I4, condensando as várias hipóteses mais comuns do exercício do direito de ação ou do direito de defesa com má-fé, algumas das quais são quase que repetidas noutros dispositivos. Eis seu teor: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; II - alterar intencionalmente a verdade dos fatos; III - omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; IV - usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; V - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; VI - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VII - provocar incidentes manifestamente infundados".

45. - E o art. I8, reiterando a imputação da responsabilidade pelas perdas e danos, ainda impõe ao infrator: "indenizará à parte contrária os prejuízos que sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou". Pelo sentido ético da norma, "aquele que venceu, mas infringiu os mandamentos do art. I7, no curso do processo, está sujeito às sanções do art. I8". Do contrário, ficaria sempre impune a má conduta daquele que tem, efetivamente, razão no direito que pleiteia. E

isso não é possível, porque, "mesmo quem tem o direito a seu favor, deve agir corretamente em juízo para a sua defesa" (CELSONO BARBI. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA - "nem sequer o ter vencido ou perdido").

46. - Qualquer infração a um ou mais preceitos do art. 17 qualifica o litigante que a cometeu como "de má-fé". Daí a sua responsabilidade. Mas nem todos os casos são de caráter objetivo; até pelo contrário: a quase totalidade exige apreciação subjetiva, que fica na dependência do critério do juiz, que poderá ser mais tolerante ou mais rígido na aferição do comportamento da parte. Realmente, a falta de fundamento da pretensão ou defesa deve ser "razoavelmente" desconhecida (inc. I); ou a verdade dos fatos foi "intencionalmente" alterada (inc. II); ou foram omitidos "intencionalmente" fatos essenciais ao julgamento (inc. III); ou a resistência oposta foi "injustificada" (inc. V); ou foi procedido de modo "temerário" (inc. VI); ou, finalmente, que os incidentes provocados sejam "manifestamente" infundados (inc. VIII); tudo isso ficará a critério do juiz para vislumbrar, ou não, a malícia do litigante, conforme as suas condições pessoais e as circunstâncias da causa. Apenas o inc. IV trata de resultado concreto revelando má-fé: "usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal", quando deverá o juiz agir conforme o art. I29, ao qual já nos referimos (item nº 42 supra).

47. - Desses há incisos que se articulam, diretamente, com outros dispositivos: o V com os arts. 599-II a 60I, ou seja, quando, na execução, o devedor por praticar ato considerado atentatório à dignidade da justiça, e, se advertido, incidir na falta, será punido com a privação de "requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for revelada a pena" (item n. 62 infra); o VII com o art. 31 e com o art. 130, isso é, a responsabilidade pelas "despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos", os quais, aliás, poderão ser indeferidos pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte; e com o art. 22, especificamente contra o réu, "por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide", cabendo-lhe pagar as custas "a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor da causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios". Mesmo vencendo, portanto, sofrerá

sanções, pelo mau comportamento, desde, porém, que considerado incidente “manifestamente” infundado ou resistência “injustificada”, conforme entenda o julgador.

Também por omissão, pode ser infringido o “dever de lealdade”, conforme a espécie regulada no art. 267, em duas modalidades: paralização do processo, por negligência das partes, durante um ano (inc. II) ou abandono pelo autor, por “não promover os atos e diligências que lhe competir” (inc. III). Em tais circunstâncias, como sanção ao descaso das partes, emperrando, inutilmente, os serviços forenses, o juiz deverá proferir sentença extinguindo o processo, mas sem julgamento do mérito. “Pune-se, assim, a inércia dos litigantes que faltem ao seu dever de lealdade e de colaboração com o órgão jurisdicional, a fim de que o litígio seja prontamente solucionado” (LAURIA TUCCI).

48. – Na nomeação à autoria, há responsabilidade pelas perdas e danos daquele a quem incumbiu promovê-la, mas deixa de fazê-la ou indica “pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa” (art. 69, I e II). Não estará a espécie enquadrada no conteúdo do citado art. 17, inc. III, VI e VII? Mesmo assim, foi melhor explicitar a sanção com os fatos que a originam do que pretender inseri-la em disposições tão genéricas, podendo tornar inócua a repressão.

49. – Pela relevância da incompetência absoluta, em face do vício macular, em qualquer tempo, todo o processo, é natural que a mesma seja levantada no momento próprio, logo que ocorrer o fato em que se funde (art. 305), se bem que, em regra, o seja na contestação (art. 297). Entretanto, deixando de ser deduzida “no prazo da contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas” (art. 113 § único). Deve entender-se que são as custas com o retardamento do processo e, não, as totais da causa (HÉLIO TORNAGHI). A pena não alcança, porém, o réu ausente, revel, pois, aí, não se lhe pode atribuir omissão, embora a incompetência deva ser declarada, de ofício, pelo juiz (CELSO BARBI). Não estará o caso inserido nos incisos III ou VI do mencionado art. 17?

50. – Até no aspecto formal do processo, o Código, a exemplo do anterior, se preocupou em resguardar a atividade ética, impedindo que,

além dos escritos normais, outros se lançassem paralelamente, por meio de “cotas marginais ou interlineares”, devendo o juiz mandar riscá-las, e impondo a quem as escreveu (em regra os procuradores) multa do valor à metade do salário-mínimo vigente na sede do juízo (art. 161). Com isso, evita-se que os autos se transformem num amontoado de borrões ou anotações espúrias, numa apresentação incompatível com a própria austeridade da justiça. Mas há juizes que têm o hábito de fazer glosas, quando estudam os autos. A quem caberá, aí, mandar riscar, mormente se forem membros dos tribunais?

51. – Dentro do que o art. 17, inc. VII, chama de “incidentes manifestamente infundados”, pode ser incluído o art. 233, que pune “a parte que réquerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II”, mediante o pagamento de cinco vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo. É verdade que a afirmação tem de ser “dolosa”, a ser provada pelo citando e aferida pelo juiz. É sempre a intenção de prever sanções específicas, quase que esvaziando o próprio art. 17 em vários incisos.

52. – Com relação às nulidades, pelos reflexos que sua declaração possa ter, retardando, quiçá, o andamento do processo (art. 17, III ou V), as mesmas devem ser alegadas “na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão” (art. 245). Mas isso apenas quando se trata de nulidade relativa, pois a absoluta fica imune pelo parágrafo único respectivo, pois pode ser conhecida até de ofício. Somente a parte se livrará daquela sanção, se provar legítimo impedimento. A aplicabilidade da pena de suspensão tem evidente caráter ético, “como corolário do dever de lealdade” (MONIZ DE ARAGÃO). A nulidade não pode ficar no “bolso do colete”, como acontecia no regime de antanho das Ordenações, do Regulamento n. 737, de 1850 e dos códigos estaduais, para ser usada quando conviesse ao interessado, segundo o tramitamento da causa.

53. – O autor tem o direito de ir a juízo, mesmo que, no final, sua pretensão seja rejeitada, sendo a ação julgada improcedente. O resultado contra ele, em si mesmo, não espelha sua má-fé, pois isso somente ocorre quando a falta de fundamento é “razoavelmente” conhecida (art. 17, I), ou que haja ciência de ser destituída de fundamento (art. 14, III). Entretanto, pode acontecer que a lide não seja julgada, mediante sentença de mérito,

extinguindo-se o processo por motivos anormais, mediante sentença que não julgue o mérito, sendo terminativa, nos casos do art. 267. Quando o fato ocorre, o autor é condenado a pagar honorários e custos ao réu. Se, porém, quiser renovar o pedido, para o deslinde do litígio, somente poderá fazê-lo se provar a satisfação daqueles encargos (art. 268, parte final). Mas apenas são permitidas três renovações (§ único, idem).

54. – Se a petição inicial estiver em ordem, será ordenada a citação do réu para, querendo, responder. Mas, além das formalidades tradicionais contidas no art. 223 e § único, o art. 285, na segunda parte, indica uma nova medida de alta significação: “do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”. Tal exigência está de acordo com os efeitos drásticos (combatidos, aliás, por alguns processualistas brasileiros, que, a nosso entendimento, exageram em suas críticas) que a revelia, em regra, passou a gerar, conforme o art. 319, no qual se lê: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. A inércia do réu, salvo se ocorrer uma das hipóteses do art. 320, provocará o “julgamento antecipado da lide”, *ex-vi* do art. 330, II, caso em que, praticamente, o autor vencerá e o réu, por ser revel, sucumbirá, ainda que possa apelar, se, mesmo sem ser intimado, tiver ciência da sentença. A revelia não suscita, obrigatoriamente, o acolhimento do pedido, com a condenação do réu; mas, na realidade forense, assim acontecerá na maioria dos processos. Um dos mais veementes opositores da diretriz do nosso Código, neste ponto, já afirmou que “o revel no direito brasileiro deixou de ser um ausente, para se tornar um delinqüente” (CALMON DE PASSOS). Por tudo isso, é que se tornou necessária aquela advertência expressa ao citando (cuja omissão anula o processo), no sentido de lhe dar conhecimento claro dos resultados lesivos que lhe poderão decorrer, se não “contestar”, ainda que “responda”, por mão de exceção ou de reconvenção.

Acentuando, com ênfase, não ser “irreverente”. CALAMANDREI criou a célebre alegoria: “Il processo come giuco”. Nem por isso, os participantes devem agir no escuro, mas devem ter, ao menos, noção, ainda mesmo que pálida ou imperfeita, de suas conseqüências, pois “il processo serva alla giustizia”, como o mestre italiano completa sua original

comparação. Não basta, portanto, que, como era tradicional, o réu apenas soubesse vagamente, que, se não contestasse, “ficaria sujeito às penas da revelia”. Tal expressão era muito técnica e, segundo a média mentalidade para baixo, dificilmente seria percebido seu sentido e seu alcance tão nocivo ao citando. Presentemente, porém, está bem explícita a situação que se originará “não sendo contestada a ação”. O réu ficará alertado quanto à presunção de veracidade contra ele dos fatos articulados pelo autor. Com isso, o legislador procura proteger o réu de possível ignorância que lhe poderá ser fatal para a defesa dos direitos que tiver para alegar. Evitou fórmula da qual o autor se pudesse servir para agir com insídia, como verdadeira armadilha envolvendo o réu. A norma procurou estabelecer o equilíbrio entre as partes, segundo o “princípio da igualdade processual”, que, no fundo, revela uma faceta do “Princípio da probidade”: não serem as formalidades legais fontes de possíveis injustiças, dificultando as partes (no caso o réu) na conquista de seus direitos.

55. – O “princípio da imediatividade do juiz com a prova” e o “princípio da concentração na audiência” sofrem exceções na sua finalidade quando há expedição de carta precatória ou rogatória, porque outro juiz, que não o da causa, colherá a prova, e que, por isso mesmo, não se produzirá na própria audiência de instrução e julgamento. Em muitos processos, esta cooperação judicial é indispensável conforme os fatos a serem provados. Mas, em algumas ocasiões, tal providência pode ser requerida como medida procrastinadora, enquadrando-se no que o Código denomina de “resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, V); ou de “incidentes manifestamente infundados” (art. 17, VII); ou de “diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130). Como se trata de prova cujo indeferimento poderá ser considerado como “cerceamento de defesa” (do autor ou do réu, pela amplitude do termo “defesa”), o Código, conciliando o alegado interesse da parte com a incidência do “princípio da brevidade”, permite, no art. 338, que a “carta precatória e a carta rogatória não suspendem o processo no caso de que trata o art. 265, IV, b, senão quando requeridas antes do despacho saneador”. Se for antes dessa oportunidade, ou seja da designação da audiência de instrução e julgamento (art. 331), se o juiz entender que tem fim protelatório, poderá indeferir o pedido de expedição, usando dos poderes concedidos pelo art. 130; se, porém, for depois, não haverá inconveniente em deferir, pois poderá encerrar o processo, realizando a audiência, ainda que não haja a

respectiva devolução pelo juízo deprecado ou rogado até aquele ato. Não sendo obrigatória a espera da volta da carta, o Código cortou qualquer possibilidade escusa de retardar o andamento da ação, geralmente pretendida pelo réu. A regra, que tem sua fonte no § 364, 3º item, da ZPO alemã, já era consagrada no nosso Código de 1939, nos arts. 213 a 215. Somente ocorrendo “justa causa”, invocada pelo interessado e aceita pelo juiz (art. 183), é que o retorno poderá ser aguardado até a audiência. A orientação legal tem, sem dúvida, um fim moralizador, obviando a chicana, sob o aparato de interesse na prova, quando, na realidade, é situação fictícia, sem qualquer influência normal na solução do litígio. A formulação específica, em lugar de incluí-la em dispositivos genéricos (arts. 17, V e VII; e 130), torna sua aplicação mais fácil no sentido de coarctar os atos de alicantina.

56. – É regra tradicional, em vários ordenamentos, remontando, em essência, ao próprio direito romano, que a parte intimada para prestar depoimento pessoal se sujeita à “pena de confissão”, deixando de comparecer ou, se presente, silenciar. Assim sempre foi no sistema processual brasileiro e subsiste presentemente conforme o art. 343, § 2º: “Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão”. Essa penalidade somente cabe quando o depoimento for requerido pelo adversário e, não, quando for determinado pelo juiz, de ofício, usando do poder conferido pelo art. 342. A “confissão tácita, presumida ou ficta” tem tais conseqüências para a parte, que o Código exige, a exemplo do que acontece com a citação (item n. 54 supra), conste do mandato de intimação da parte “que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor” (art. 343, § 1º). O nosso diploma não seguiu a moderna diretriz, que restringe os efeitos da ausência ou da recusa, para conferir ao juiz ou tribunal o poder de apreciar o fato e considerar, ou não, que houve confissão ficta. Na França (art. 336), na Alemanha (§ 446), na Itália (art. 232), na Espanha (arts. 586 e 593), na Argentina (art. 417), os resultados deixam de ser rigorosos como têm sido em nossos sucessivos Códigos. Realmente, no direito comparado, o juiz poderá, ou não, entender que há confissão presumida, conforme as circunstâncias. Por conseguinte, a simples ausência ou a mera negativa em depor não induzem a aplicação imediata da “pena de confesso”. No Brasil, porém, a conseqüência não fica ao arbítrio do juiz, que tem de admitir a confissão, embora, nem por isso, a

parte venha a tornar-se vencida no pleito. Apenas poderá enfraquecer sua posição quanto ao direito alegado em torno dos fatos cuja prova poderia depender do depoimento pessoal. A omissão, portanto, desde o direito romano, tem sido considerada como procedimento desleal. Realmente, “aquela litigante que, sem embargo do direito do adversário, do dever do juiz e do próprio interesse social, se recusa a depor ou a falar, apenas fundado no seu direito de permanecer inativo ou silencioso, abusa desse direito” (AMARAL SANTOS). Inquestionavelmente, existe uma das mais antigas aplicações do “princípio da probidade”, dentro do “dever de lealdade”, ainda que outras normas não configurassem a situação no direito positivo. Não sendo, propriamente, uma novidade, serve como consagração de constante tendência ínsita ao processo brasileiro.

Entretanto, ainda que haja o “dever de depor”, o mesmo sofre limitações, nos casos expressamente especificados: “Art. 347 – A parte não é obrigada a depor de fatos: I) – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II) – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único – Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”. A norma é novidade no direito brasileiro, embora remontando às Ordenações do Reino. Serve-lhe de fonte o art. 554, n. 2, do Código de Processo Civil Português. Os casos diferem entre si: o do inc. I diz respeito à própria parte; e o do inc. II a terceiros, quando a parte sabe do fato em virtude de sua própria condição, ou seja sacerdote, médico, advogado, etc. O preceito, porém, é contra a melhor doutrina no direito comparado, com reflexos na brasileira, como base em lição de MATTIROLLO: “a imoralidade está na ação desonesta; quem, depois de praticá-la, se recusa a reconhecê-la, produz novo mal, junta à primeira uma segunda imoralidade” (apud AMARAL SANTOS). A matéria é controvertida, não cabendo ser tomado partido neste estudo, por suas limitações. Apenas ressaltamos a regra jurídica brasileira, cujo fim ético é o de preservar a intimidade da parte, para não coagi-la a revelar fatos que lhe poderiam originar o opróbrio geral. Do “dever de depor”, portanto, a parte fica isenta ocorrendo uma daquelas hipóteses, passando a ter o “direito de silenciar”.

57. – Outra norma acolhida de longo tempo em nossos diplomas processuais, que aparece também no direito comparado, é quanto à “obrigação de exigir documento”, isso é, aquele em poder de uma parte

que deverá trazê-lo para o processo por determinação judicial ou a requerimento do adversário (arts. 355 e 356). Somente em casos justificados pode ser acolhida a recusa: "Art. 358 - "O juiz não admitirá a recusa: I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes". Os casos I e III são de direito material; e o do II é de direito processual, fundado no "princípio da comunhão da prova".

Como há "obrigação de exhibir", a parte arca com ônus se não o fizer injustificadamente. A omissão pode significar desrespeito à ordem judicial ou ocasionar prejuízo ao adversário, e, conseqüentemente, obstar um julgamento mais preciso exatamente por falta de um elemento que possa ser necessário à convicção do juiz.

É meio de opor "resistência injustificada ao andamento do processo" (art. 17, V), deixando de "proceder com lealdade e boa-fé" (art. 14, II). Não haverá, propriamente, punição pelo ato em si mesmo. Mas os efeitos lesivos para a parte recalcitrante terão o dom de verdadeira sanção, se bem que, mesmo assim, ainda possa ser vencedora na ação. Se, porém, das diligências decorrerem custas, caberá à parte que se recusou a exhibir o documento a responsabilidade pelo seu pagamento, independentemente do resultado final (art. 35: "as sanções impostas às partes em conseqüência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária").

58. - O Código procurou coibir todos os atos de possível má-fé, realizados com o intuito não de obter um direito, mas, sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário, em detrimento, outrossim, da própria justiça. Não se limitou a traçar as linhas gerais nos dispositivos básicos como os arts. 14 a 18. A cada passo, conforme as circunstâncias e as possibilidades de uma fraude específica, foram inseridas normas de cunho preventivo, por via da cominação de pena, tentando cercear atitude ímproba de qualquer interessado. A parte, portanto, pesará na balança o que mais lhe convém: usar de medida que possa ser considerada desleal, e que, a rigor, o juiz, normalmente, não pode evitar,

em face do "princípio dispositivo", mas arcando com o risco de uma sanção; ou, temendo a penalidade, eximir-se da prática do ato, por ausência de vantagem objetiva.

Por isso, na ação rescisória, o Código criou uma inovação imposta ao autor respectivo: Art. 488, II - "depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente". O dispositivo prevê as duas situações quanto ao resultado: admissibilidade ou improcedência, que se diferenciam tecnicamente, embora, sob o ângulo prático, possam ser consideradas idênticas.

Em qualquer das hipóteses, ou seja, se o autor não conseguir julgamento favorável, mas se for unânime, perderá o **quantum** depositado em favor do réu. A ausência de um voto sequer a favor do autor o torna passível de uma pena, em evidente presunção de que mal agiu ao provocar a atividade jurisdicional para via de um remédio extremo, que visa, justamente, à coisa julgada. Não se perquire de sua intenção, dos motivos subjetivos: o resultado é que resolve o destino do depósito - caberá ao réu ou será restituído ao autor. Se, porém, houver qualquer outro caso de infringência do "dever de lealdade", mas expresso e, não, presuntivo, o autor se sujeitará às sanções respectivas, ainda que venha a ser devolvida a importância depositada e o réu, em igual situação, poderá sofrer as mesmas penas e receber o depósito. Por outro lado, se o depósito vier a competir ao réu, a esse o autor ainda terá de pagar as despesas judiciais, como custas e honorários de advogado. Assim sendo, o **quantum** de depósito - que, em regra, é alto, porque as ações rescisórias têm valor elevado, pelos interesses em jogo, sendo dificilmente propostas contra acórdão proferido em causa pequena economicamente - objetiva, apenas, demover o autor de servir-se da ação rescisória, mormente porque foram ampliados os fundamentos para sua propositura (art. 485). É um desestímulo à multiplicação de rescisórias, de modo que o autor somente o fará se imbuído de convicção muito forte de seu direito. Mas de que adianta tal idéia arraigada, se, com ou sem boa-fé, a multa lhe será aplicada igualmente, se não contar ao menos com um voto a seu favor? Na realidade, apenas o litigante com recursos econômicos a instaurará, pois o remediado - mas que não esteja em condições de obter a assistência judiciária gratuita, a qual isenta o beneficiário do depósito - não se

arriscará a perder a causa, por unanimidade, e, conseqüentemente, a quantia depositada, além de ter de solver os encargos processuais. Preferirá conformar-se com a coisa julgada, que seria acatada, mesmo a considerando ilegal, suscetível, assim, de, possivelmente, incidir em ação rescisória. Mas o risco pode não compensar tantos ônus. Se, portanto, a norma tem alvo ético – obstar o uso abusivo da ação rescisória – por outro lado é entrave injusto aos que, mesmo honestamente, almejam a reparação de uma ilegalidade, mas lhes falta dinheiro para ir a juízo. Isso é desolador, pois a justiça não deve ficar dependendo da situação financeira dos litigantes. É algo mais sublime e mais elevado, que não pode estar sujeito às contingências secundárias, a par de outras que já marcam e diferenciam os indivíduos na ordem social. Embora haja precedentes no direito comparado – Espanha, Itália e Vaticano –, o dispositivo é de duvidoso merecimento, pelos malefícios que possa causar ao litigante de boa-fé, se bem que venha a ser vencido. Melhor seria se ao tribunal fosse dado apreciar dos propósitos do autor, para, então, aplicar-lhe a sanção normal como a qualquer “improbis litigator”. Não haverá injustiça também em evitar que, por falta de meios financeiros, alguém se encontre privado de pleitear a ineficácia de uma sentença transitada em julgado, maculada de um dos vícios graves que autorizam a ação rescisória? E, de certo modo, não estará violado o “princípio da probidade”, pela imutabilidade irreversível de uma situação ilegal, somente porque o autor não tem dinheiro? Por conseguinte, o fim de coarctar o autor ímprobo, apenas presuntivamente, pode impedir, contudo, que o autor de boa-fé se tenha de sujeitar à coisa julgada ilegal. O Código, nessa última hipótese, se tornará fonte de revolta e de desespero, e não instrumento de alento e de esperanças para os que entendem que foram tão gravemente violados em seus direitos.

59. – Situação similar à supra se delinea quanto aos embargos de declaração, **ex-vi** do art. 538: “Quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% (um por cento) sobre o valor da causa”. O objetivo é análogo ao da multa imposta na ação rescisória, inadmissível ou improcedente, por votação unânime, mas com diferenças: a) – o acórdão não precisa ser unânime; b) – o simples não-conhecimento ou a improcedência não geram a aplicabilidade da multa, pois não é presumida a intenção de protelar do embargante, precisando que o tribunal o declare “expressamente”. Esta aferição do

comportamento do embargante – equiparado ao autor na ação rescisória, para o caso – é que entendemos devesse ocorrer, outrossim, na ação rescisória (item nº 58 supra). Aí, sim, existe fim ético da norma, pois apenas pune o ímprobo, conforme o julgamento do Tribunal, mas ampara o recorrente honesto que agiu de boa-fé. Faz a justa discriminação, impondo pena somente a quem a merece e isentando o inocente. Como os embargos declaratórios suspendem o prazo dos recursos subseqüentes cabíveis para ambas as partes, podem ser utilizados como meio procrastinador, ainda que, teoricamente, sejam julgados rapidamente (art. 537), pois, na realidade, podem levar meses desde a oposição até ser publicado o acórdão.

Enquanto isso, o vencedor ficará na expectativa de ser, ou não, ainda interposto o recurso normal contra o acórdão embargado e, conseqüentemente, perdendo tempo para a futura execução do julgado. A medida é moralizadora, mas atingindo apenas quem deva receber a sanção, conforme as circunstâncias reconhecidas, em cada caso, pelo tribunal. No Código de 1939, não havia multa; mas, se os embargos fossem considerados protelatórios, o embargante poderia perder o prazo para o eventual recurso subseqüente. Agora, pois, este risco desapareceu, surgindo a sanção econômica. Aquele efeito, porém, era mais rigoroso; porquanto, dificilmente, a parte tentaria interpor os embargos de declaração, com receio de não poder usar do recurso normal, ou, então, nem aguardaria o julgamento dos embargos, já interpondo o outro, que poderia ser afetado com a decisão naqueles. De qualquer forma, o “princípio da probidade” inspirou a regra sancionatória, nas duas modalidades. Nota-se, porém, que os embargos de declaração também podem ser interpostos contra as sentenças dos juízes e, nesta hipótese, não cabe sanção alguma, sendo, ou não, julgados protelatórios, por ausência de regra a respeito (art. 465 § único): **nulla poena, sine lege**. O preceito, contudo, ético deverá incidir em ambas as modalidades, pela similitude entre as duas.

60. – Como critério objetivo para caracterizar a violação do “dever de lealdade”, o Código estabelece: “Art. 529 – Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas”. Como o Código, no entendimento generalizado, não permite que o juiz a **quo** negue seguimento ao mesmo, “ainda que interposto fora do prazo legal” (art.

528), foi preciso uma providência para obviar a pleora desse recurso tipicamente luso-brasileiro, embora sem efeito suspensivo, na quase totalidade dos casos em que é hábil. Sendo vedado ao juiz de primeiro grau denegar o agravo, "naturalmente abre ensejo a lei à subida de agravos interpostos fora do prazo. Daí, sem dúvida, resulta um grave risco: o da multiplicação desmedida de agravos, a sobrecarregar, muitas vezes, inutilmente, o trabalho dos tribunais. O risco é tanto maior quanto são amplas, amplíssimas, no sistema do Código, as oportunidades que se têm de agravar. (Omissis). Assim, se busca atalhar as manobras protelatórias armadas sobre a interposição de agravos fora do prazo" (BARBOSA MOREIRA). A norma visa, outrossim, a que sejam "embaraçados os objetivos do Código sobre a ampla recorribilidade das interlocutórias (CARLOS NORONHA), pois "o espírito do legislador foi o de punir o litigante que não recorre, tempestivamente, acarretando transtornos para o adversário" (SÉRGIO BERMUDEZ). Tudo isso revela a infringência do "dever de lealdade", exigindo a devida penalidade ao agente. Na incerteza, porém, o tribunal deverá conhecer do recurso. Somente em casos incontroversos de intempestividade. é que não o conhecerá e aplicará a multa prescrita em lei. Como norma punitiva somente é aplicável à espécie prevista, embora devesse ser estendida, expressamente, aos agravos não preparados, tornando-se desertos, porquanto é situação análoga à de intempestividade pela objetividade dos motivos. Como o fim é não incentivar a chicana, "para embargar a cada instante a marcha do processo e relegar o julgamento da lide para as calendas gregas" (BARBOSA MOREIRA), é evidente o sentido moralizador do dispositivo.

61. - O recurso extraordinário é recebido apenas no efeito devolutivo e, portanto, permite a execução provisória do acórdão pelo mesmo atacado (arts. 497; 543, § 4º; e 587). O recorrido, até então parte vencedora, poderá executar o julgado mas com as cautelas da execução provisória (art. 588). Para isso, porém, terá de extrair "carta de sentença", pois o recurso extraordinário se processa nos próprios autos da ação, que subirão ao Supremo (art. 543 e §§), servindo aquele documento como título judicial (art. 589, 2ª parte). Por conseguinte, as despesas com a "carta" são ônus para o vencedor-recorrido decorrentes do ato do vencido-recorrente. É justo, pois, que o vencido-recorrente não impeça ou dificulte o vencedor-recorrido naquilo que tem a faculdade de fazer: a execução provisória do

acórdão sujeito a recurso extraordinário. Por isso, o Código exige que, como custas adicionais às do recurso extraordinário interposto pelo vencido, sejam incluídas as referentes à "carta de sentença" que o vencedor-recorrido requeira, para instruir a execução contra o vencido-recorrente, devendo ser por esse pagas, "sob pena de deserção" (art. 545), ou seja do recurso extraordinário interposto. Observa-se a constante de o Código prevenir "o abuso do direito" por quem tenha interesse em protelar o desfecho das causas, antes de pleitear um direito com honestidade. Sempre que haja margem para duvidar do comportamento de uma parte, mesmo exercendo um direito, o legislador estatuiu uma penalidade. Cabe ao interessado, se quiser, arcar com o ônus, desde que entenda lhe ser mais conveniente o encargo do que abster-se de um ato permitido em lei, mas com restrições. Há, pois, sinais evidentes de intentos moralizadores, balisando o desempenho dos litigantes, no último recurso que é possível na sistemática brasileira, instituído e garantido pela Constituição Federal, exatamente para o mais alto órgão do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal.

62. - A execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados. É o momento em que o vencedor deve conseguir a concretização do direito que lhe foi assegurado e, portanto, em que o vencido se encontra na situação de sofrer o peso da condenação (ou, nas ações declaratórias ou constitutivas, ao menos dos encargos processuais, desde que, nas mesmas, não há nenhuma condenação). Mais do que nunca, portanto, o juiz deverá ser armado de poderes para obstar as atitudes de improbidade do devedor, sempre o mais interessado em adiar o final da execução. Por isso, o Código inculpiu os seguintes dispositivos: "Art. 599 - O juiz pode, em qualquer momento do processo: I) - ordenar o comparecimento das partes; II) - advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça". "Art. 600 - Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I) - frauda a execução; II) - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III) - resista injustificadamente às ordens judiciais; IV) - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução". "Art. 601 - Se, advertido, o devedor perseverar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer

atos, enquanto não lhe for relevada a pena. Parágrafo único – O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pelo dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios”.

Antes de visar ao interesse do credor-exeqüente-vencedor, a norma tem por alvo o interesse do Poder Judiciário, consubstanciando no que for “atentatório à dignidade da justiça”, cujos atos são relacionados nos incisos do art. 600, acima discriminados.

É regra sem precedente no direito comparado, pois não pode ser equiparada nem ao art. 485 do Código de Processo Civil Italiano, porquanto, nesse, o objetivo não é propriamente ético, como no brasileiro, e, sim, de ordem prática, acertando o melhor modo de ser levada a cabo a execução. Em outra oportunidade, comentando o Código, já afirmamos: “Normalmente, é o devedor que tem interesse em procrastinar a execução ou colocar embaraço ao seu andamento e a seu término. Mas o credor também poderá prejudicar o processo, tanto que o art. 620 previne a hipótese de o credor escolher modo mais gravoso, o que deverá ser evitado pelo juiz. O dispositivo, portanto, procurou configurar a hipótese mais comum e mais normal, porque seria difícil conciliar regras que abrangessem as duas partes: credor e devedor, pela posição antagônica de cada um” (ALCIDES M. LIMA). Enquanto, porém, subsistir o texto, nenhuma pena pode ser aplicada ao credor, com base no art. 601, mas, apenas, como “improbis litigator”, *ex-vi* dos arts. 14 a 17. A regra lembra dispositivo do Projeto do Código de Processo Civil do Uruguai elaborado em 1943, por EDUARDO COUTURE, e que, até hoje, não foi transformado em texto definitivo (HENRIQUE VESCOVI), no item 7 sobre “Princípio de la Probidad”, no qual aparece a mesma expressão “cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia”. Não confiamos muito na aplicabilidade da sanção do art. 601, conforme antes pessimistamente externamos nosso ponto de vista: “Temos a impressão de que, na realidade, o dispositivo se tornará letra morta, porque muito exigiu (omissis). Por ser tão rigoroso, é que terminará por não incidir. Quis atingir tanto o devedor, que, paradoxalmente, o deixará livre...” (ALCIDES M. LIMA).

O problema é para os juízes, pois a norma existe e, se for preciso, deverá ser aplicada. O legislador a prescreveu nimbada de propósitos

éticos, embora de difícil verificação do ato desonesto pelo devedor e de difícil aferição pelos juízes. Por isso, alhures, advertimos: “Não temos, assim, muita fé no êxito pretendido pelo legislador, no sentido de coibir o abuso do direito de defesa na execução por parte do devedor. De qualquer maneira, valerá como a espada de Dâmocles sobre a cabeça do devedor. O legislador cumpriu sua missão; cumprem, agora, os juízes a sua, se puderem” (ALCIDES M. LIMA).

63. – Ainda dentro da execução, o Código acolheu, de modo preciso, a medida que corresponde às “astreintes”; “Art. 644 – Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária, por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz. Art. 645 – A condenação da pena pecuniária deverá constar na sentença que julgou a lide”. É evidente o alcance: impedir que, nas obrigações infungíveis, por contrato ou por lei, o devedor não a satisfaça, no tempo e no modo adequados. A multa prevista não se confunde com as perdas e danos, pois essas não podem exceder o valor da obrigação não prestada, e a coação que emana das **astreintes** é “casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma” (COUTURE). O legislador apenas errou em exigir que a condenação na pena deva constar da sentença exequenda. Ora, as futuras atitudes do devedor podem não ser previstas no processo de conhecimento e, sim, surgirem na execução. Por conseguinte, melhor fora estatuir aquele momento apenas como regra geral, mas dando possibilidade de, se não estiver fixada sanção, cominada na execução, conforme seja o comportamento dele. O “bom” réu pode tornar-se um “mau” devedor na execução, ao aproximar-se o instante fatal em que terá de cumprir a obrigação a que foi condenado. Se bem que as “astreintes” tenham caráter econômico, o seu alvo é ético, por ser meio coativo contra os atos de protelação do devedor, burlando a finalidade da justiça antes de atentar contra os direitos do credor-exeqüente, como adversário. É o prestígio da justiça que está em jogo, pois se trata de assegurar aquilo que seus órgãos julgaram a favor do credor-exeqüente. O sentido, assim, é duplamente moral: resguarda a autoridade do Estado e protege os direitos subjetivos do credor.

64. – Ainda podemos apontar alguns casos em que é nítida a preocupação do legislador em colocar óbices a atitudes incorretas das

partes, para prejudicar ou dificultar os direitos do adversário e, igualmente, desrespeitar o próprio Poder Judiciário, envolvido por manobras espúrias do "improbis litigador". Entre esses, embora outros haja em leis extravagantes, que refogem ao tema específico deste estudo, servem de exemplos dentro do Código os seguintes:

Processo cautelar – A medida cessa "se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806", isso é, em 30 dias de sua efetivação; ou "se não for executada dentro de trinta (30) dias" (art. 808, I e II), e, conseqüentemente, o requerente "responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida", e cuja "indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar" (art. 811 e § único). Com tal precaução e ameaça ao requerente, esse não poderá simplesmente promover a medida cautelar e, apenas para complicar o requerido, não propor a ação principal à qual aquela se acha vinculada, sem nenhuma vantagem legal, portanto, para ele próprio, de vez que o conflito de interesses permanecerá em aberto, por falta da propositura da ação principal respectiva.

Atentado – Trata-se de violação, a rigor, contra ato judicial, ou seja "inovação ilegal no estado de fato" (art. 879 e incisos). É o desrespeito a uma ordem judicial em outro processo, procurando burlá-la, modificá-la, contrariá-la, e, com isso, lesar os direitos do adversário que fora beneficiado. É, sem dúvida, de suma gravidade, pois não é tanto o direito individual do outro contendor que está em jogo, mas, máxime, o prestígio e a autoridade do Estado, representado pelo órgão do Poder Judiciário atingido em seu provimento. É medida tradicional, de origem remota, e que subsiste no Código, que ainda estabelece: "Art. 881 – A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado" (afora esta vedação, poderá haver condenação também a perdas e danos que a parte lesada "sofreu em conseqüência do atentado" (idem, § único). As sanções são de duas ordens: as processuais e a de direito material.

Ação de Consignação em Pagamento – Se o devedor se sente compelido a ir a juízo para satisfazer ao credor, quando esse não quer receber, não seria justo que o autor ainda tivesse de arcar com o ônus dos

encargos processuais (custas e honorários), se o réu resolvesse aceitar o pagamento, sem discutir. Tal fato revela que a recusa fora sem motivos, apenas para causar dano ao devedor, pois, em caso contrário, o credor não receberia e contestaria, alegando porque se opusera ao pagamento espontâneo.

Como pena à atitude de capricho ou de emulação do réu-credor, demonstrando a inutilidade da ação proposta pelo autor-devedor, é imposta àquele o ressarcimento das despesas com a ação, pois o juiz "declarará extinta a obrigação e condenará o réu no pagamento das custas e honorários advocatícios (art. 897). Embora a doutrina e a jurisprudência, no regime do Código de 1939, fossem preponderantes conforme a diretriz atual, inexistia norma expressa a respeito, mas que passou a ser consagrada presentemente. É sanção, assim, pela falta de cumprimento do "dever de lealdade", revelado pela recusa sem motivo.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

65. – O "princípio dispositivo", na sua configuração tradicional e clássica, pode dificultar o devido cumprimento do "princípio da probidade", conforme haja interesse preponderante das partes, na salvaguarda daquilo que possam revelar ou praticar, mas que lhes seja lesivo. Nos regimes socialistas, entretanto, "le parti **debbono dedurre in giudizio la fattispecie integrale e reale**, senza omissioni e senza reticence oltreché senza falsificazioni, nemmeno espressamente o tacitamente concordate" (M. CAPPELLETTI). Seus prosélitos, assim, censuram o "processo burguês", considerando que nesse "l'obbligo di verità sarebbe qual cosa di "incerto, artificioso e assolutamente inconciliabile colla costruzione" sistematica di esso stesso processo" (M. CAPPELLETTI).

66. – Se, verdadeiramente, chega um momento em que é difícil regular e comprovar a atitude necessária e honesta na defesa do direito, diferenciando-a da que for ociosa e ímproba, a experiência forense tem fornecido subsídios valiosos ao legislador, que procura formular, no ordenamento positivo, regras – algumas gerais e outras particulares – abrangendo os casos mais comuns praticados pelo "improbis litigador". A principal fonte, portanto, para essa criação legal, é a jurisprudência, com

sua observação direta sobre a vida. Sempre escapam situações para estarem contidas na lei, máxime porque, infelizmente, o mal é fértil em sua exteriorização, sendo praticamente impossível prever todas as hipóteses. Como se trata de aplicação de pena, o intérprete pode esbarrar no velho axioma: **nulla poena sine lege...**

67. – Em outra oportunidade, já sustentamos: “Por conseguinte, é necessário que os juízes tenham a agudeza de espírito, a perspicácia, o senso, para discernir entre aquilo que a parte faz, em sua defesa, por estar convencida de que é certo, e aquilo que faz por espírito de maldade e de improbidade” (ALCIDES M. LIMA). Neste assunto, dentro do processo, não se pode abstrair do elemento humano, que se torna muito importante para a solução do problema, quer quanto às partes, como, outrossim, quer quanto aos próprios juízes ou quanto aos que também venham atuar no processo, cujo resultado, legal e justo, dependerá da atuação em conjunto de todos. Na dúvida, em relação aos litigantes, preservar a defesa, para prevenir eventual injustiça, por excessivo rigor na aferição do comportamento deles, levado por exagerado escrúpulo ou susceptibilidade.

68. – O fato de nosso processo reger-se pelo “princípio dispositivo”, em suas linhas gerais, mesmo com as atenuações que nele têm sido inseridas, em consonância com as hodiernas diretrizes, não importa em diminuir ou, até, evitar a atividade repressiva dos juízes. Bem cabe, aqui, invocar o ensinamento de E. VESCOVI: “En cuanto a las formas de represión nos parece que, sin abandonar los principios fundamentales del proceso dispositivo que también sufre importante transformación y siguiendo la tendencia moderna, debemos aumentar los poderes del juez para reprimir y sancionar las manifestaciones de conducta dolosa dentro del proceso, ya sea de las partes o sus representantes o abogados, y establecer ciertas normas generales – amenudo traduciendo jurídicamente preceptos morales – que impogam los deberes de decir verdad, de lealtad y probidad, de buena fe, y, en general, obliguen a todos os los participantes del drama procesal a actuar de acuerdo a la regla moral en el proceso”.

Somente assim, quando o direito é alcançado em juízo, lisa e limpidamente, como expressão da vontade do Estado e como emanção da justiça (em que pese, ainda, à inevitável falibilidade humana), é que o

processo atinge o clímax de seu alvo. Para ser alcançado este objetivo, tão necessário à própria estabilidade social, é imprescindível que o “princípio da probidade”, em suas várias imprevisíveis modalidades, envolva todos quantos atuem em juízo, sem desvirtuar ou macular o julgamento. E isso porque “el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por censacio al adversario que tenga razón; há de representar un camino breve y seguro para obtener una setencia justa y no un vericuetto interminable y peligroso para consumir al atropello” (ALCALÁ-ZAMORA).

Com esta diretriz ética, os pretórios, antes de se metamorfosearem em palco de desesperos e de angústias dos vencidos em face da conquista ímproba dos que lograram triunfar, se tornarão o refúgio sagrado das esperanças e da confiança de todos que batam às suas portas, como um dos meios perenes gerados pela civilização, que asseguram o ideal de confraternização individual e o fortalecimento das instituições fundamentais da sociedade.

11 de agosto de 1977

150º aniversário da “Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil”, em Olinda e São Paulo.

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (NICETO) – “Proceso, Autocomposición y Autodefensa – 2a. ed. 1970, D.F.
- AMARAL SANTOS (MOACYR) – “Comentários ao Código de Processo Civil”, da coleção “Forense”, 2a. ed., 1977, Rio de Janeiro. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 5ª. ed., 1977, São Paulo.
- ARAUJO CINTRA (ANTONIO CARLOS) – “Teoria Geral do Processo”, 1ª. ed., 1974, São Paulo, em colaboração com ADA P. GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO.
- ARRUDA ALVIM – “Código de Processo Comentado”, I a III vols., 1975 a 1976, São Paulo.
- BARBI (CELSONO) – “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, da coleção “Forense”, vol. I, 1975, Rio de Janeiro.
- BARNI (JULES) – “La Morale dans la Democratie”, 2ª. ed., 1885, Paris.
- BARBOSA MOREIRA (JOSÉ CARLOS) – “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, da coleção “Forense”, 2a. ed., Rio de Janeiro.
- BERMUDEZ (SÉRGIO) – “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, da coleção “Tribunais”, 1ª. ed., 1974, São Paulo.
- CALAMANDREI (PIERO) – “Il proceso como giuco”, in “Riv. Dir. Proc. Civile”, vol. I, 1950.
- CALMON PASSOS (JOSÉ JOAQUIM) – “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, da coleção “Forense”, 2ª. ed., 1977, Rio de Janeiro.

- CARNELUTTI (FRANCESCO) - "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. castelhana, ed. 1974, Buenos Aires.
- "El Proceso Civil en el Derecho Comparado", trad. castelhana, 1973, Buenos Aires.
- CARNELUTTI (FRANCESCO) - "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. castelhana, ed. 1974, Buenos Aires.
- CASTRO FILHO (JOSÉ OLYMPIO DE) - "Abuso de Direito no Processo Civil", 1ª. ed., 1955, Belo Horizonte.
- COUTURE (EDUARDO) - "Poyecto del Codigo de Procedimiento Civil", 1ª. ed., 1945, Buenos Aires.
- "Anais do Congresso Jurídico Nacional", vol. II, 1950, Porto Alegre.
- "El Deber de Las Partes de Decir de la Verdad", in Estudios de Derecho Procesal Civil", vol. III, p. 233 a 258, 1950, Buenos Aires.
- "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3a. ed. (póstuma), 1958, Buenos Aires.
- CRESCI SOB^o (ELICIO) - "Dever de Veracidade nas Partes no Novo Código de Processo Civil", 1975, São Paulo.
- CUNHA (OSCAR DA) - "O Dolo e o Direito Judiciário", 1ª. ed., 1936, Rio de Janeiro.
- DINAMARCO (CÂNDIDO RANGEL) - "Teoria Geral do Processo", 1974, São Paulo, em colaboração com ANA P. GRINOVER e ARAUJO CINTRA.
- ECHANDIA (HERNANDO DAVIS) - "Compendio de Derecho Procesal Civil", 5ª. ed., 1976, Bogotá.
- GELSI BIDART (ADOLFO) - "Proceso y Regla Moral", in "Rev. de la Facultad de Derecho de México" tomo X, 1960.

- GOLDSCHMIDT (JAMES) - "Princípios Generales del Proceso", trad. espanhola, 1961, Buenos Aires.
- GRINOVER (ADA PELEGRINI) - "Teoria Geral do Processo", 1ª. ed. 1974, São Paulo, em colaboração com ANTONIO CARLOS ARAUJO CINTRA e CÂNDIDO R. DINAMARCO.
- GUASP (JAIME) - "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 2ª. ed, 1958, Madri.
- LAURIA TUCCI (ROGÉRIO) - "Do Julgamento Conforme o Estado do Processo", 1ª. ed., 1975, São Paulo.
- LIEBMAN (ENRICO TULLIO) - "Manuale di Diritto Processuale Civile", 1ª. ed., 1955, Milão.
- LIMA (ALCIDES DE MENDONÇA) - "O Dever da Verdade no Código de Processo Civil" - in "Rev. Forense", vol. 172, Rio de Janeiro; "Rev. Fac. Dir. Univ. Fed. Pelotas", vol. 3º, Pelotas; "Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, vol. 9, em homenagem à memória de EDUARDO COUTURE.
- "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VI, da coleção "Forense", 2ª. ed. 1977.
- MONIZ DE ARAGÃO (EGAS) - "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. II da Coleção "Forense", 2ª. ed., 1977, Rio de Janeiro.
- NORONHA (CARLOS S.) - "Do Agravo do Instrumento", 1ª. ed., 1977, Rio de Janeiro.
- PALACIO (LINO ENRIQUE) - "Manual de Derecho Procesal Civil", 4ª. ed., 1975, Buenos Aires.
- PONTES DE MIRANDA (F. C.) - "Comentários ao Código de Processo Civil", 1973 - 1ª. ed., 1974 a 1977, Rio de Janeiro.

- ROSENBERG (LEO) - "Tratado de Derecho Procesal Civil", trad. castelhana da 5ª. ed. alemã, 1ª. ed., 1955, Buenos Aires.
- TORNAGHI (HÉLIO) - "Comentários ao Código de Processo Civil" vols. I e II, da coleção "Tribunais", 1ª. ed., 1974, São Paulo.
- VESCOVI (ENRIQUE) - "La Regla Moral en El Proceso Civil", 1959, Montevideo:
- "Fraude Procesal - Sus Características, Configuración Legal y Represión", in Rev. de Estudios Procesales", t. 2, Rosário.
- "Derecho Procesal Civil", vols. I a III, 1974 a 1976, Montevideo.

A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO E A ORDENAÇÃO DO SOLO

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Professor livre-docente de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e de Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais.

I - INTRODUÇÃO

Não pretendemos aqui aprofundar os problemas da posição e da organização dos Municípios no sistema constitucional brasileiro. Tampouco queremos discorrer sobre todos os aspectos da ordenação do solo urbano, que constitui hoje o cerne das preocupações urbanísticas. Nossa intenção, correlacionando esses assuntos, é a de agitar certas antinomias do problema municipal no Brasil, que nem sempre afloram nos estudos do municipalismo, ocultas que se acham na tradicional doutrina da autonomia local, que é mais imaginária do que real.

II - AUTONOMIA MUNICIPAL

É certo que a doutrina municipal brasileira ressalta que os nossos Municípios têm posição singular na organização nacional, como entidades político-administrativas autônomas, dotadas de personalidade própria, que mantêm relações com a União e respectivo Estado-membro. Suas características formais ressaem dos textos da Constituição Federal, que erige sua autonomia ao nível de princípio constitucional fundamental (C.F. art. 10, VII, letra "e").

* Aula proferida por ocasião do 10º aniversário da FIAM - Fundação Instituto de Administração Municipal, Recife, 23 de novembro de 1977.

Sua autonomia é assegurada pelo art. 15 da Constituição vigente. **Autonomia**, como se sabe, significa capacidade de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E a entidade superior que fixou esse círculo foi o poder constituinte nacional, mediante normas da Constituição Federal, que assim se apresentam como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de governo do País: União, Estados e Municípios. Para que uma entidade territorial seja dotada de autonomia político-constitucional, é necessário que tenha, no mínimo, **governo próprio** e seja titular de **competências exclusivas**.

No que tange aos Municípios, essa exigência está formalmente reconhecida no art. 15 da Constituição Federal, que prevê o **governo próprio** para os Municípios na eleição direta do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, que vão formar os órgãos do poder municipal: o **executivo, exercido pelo Prefeito, e o legislativo, pela Câmara dos Vereadores**. Do mesmo modo, o dispositivo reconhece a posse de competências exclusivas do Município na **administração própria, no que respeita a seu peculiar interesse**.

A cláusula **peculiar interesse local** em que assenta o conteúdo da competência exclusiva dos Municípios nunca foi convenientemente definida. Continua a ser expressão vaga e de conteúdo impreciso, que, longe de favorecer os Municípios, se presta a incursões estaduais e federais, com prejuízo da posição jurídico-constitucional da administração local. Percebe-se que determinada matéria se terá como de peculiar interesse local, mas não se tem um enquadramento científico que ineludivelmente afaste qualquer outra intromissão.

III - AUTONOMIA MUNICIPAL E EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES DO GOVERNO LOCAL

Mesmo quando se reconheça aos Municípios exclusiva competência no disciplinamento de determinada matéria, as deficiências de sua autonomia se manifestam na sua incapacidade para fazer cumprir seus atos e decisões.

Reconhece-se, por exemplo, auto-executoriedade a atos e decisões da administração municipal, tanto quanto aos da União ou dos Estados. Mas é certo que os Municípios não dispõem de instrumentos adequados para fazê-los executar quando o seu destinatário não os cumpre. Assim, por exemplo, não há nada de mais peculiar interesse local do que a disciplina edilícia e as determinações urbanísticas. No entanto, apesar do poder de polícia municipal ser reconhecida, para o controle de suas normas edilícias e urbanísticas, ficam as autoridades locais na dependência de forças estaduais para obrigar o seu respeito. Assim, se alguém constrói sem alvará de licença ou com desrespeito a normas municipais de zoneamento, reconhece-se às autoridades locais o poder de embargos da obra ou até a determinação de sua demolição. Mas o Município, embora no exercício de sua autonomia constitucional, não tem como executar ou fazer executar a medida, por si, porque depende de força estadual para fazê-lo, o que nem sempre consegue. Essa incapacidade de executar suas decisões se agrava consideravelmente quando se trata de interdição de estabelecimentos ou empresas que atuam irregularmente, como tem ocorrido com muita frequência relativamente ao combate a agentes poluidores.

IV - AUTONOMIA MUNICIPAL E ORDENAÇÃO DO SOLO URBANO

Se descermos à consideração da ordenação do solo urbano, veremos que, embora basicamente se trate de matéria de peculiar interesse local e, pois, de competência municipal, os Municípios estão absolutamente impossibilitados de cumprir a rigor essa importante tarefa do poder público, porque lhes falta competência para organizar os meios necessários à consecução desses objetivos.

Antes de delinear essas dificuldades, vejamos, em traços rápidos, o que se deve entender por ordenação do solo urbano, que consiste na formulação jurídica da política do solo, que constitui requisito essencial e parte integrante do moderno urbanismo e que se inspira num justo equilíbrio entre o direito de propriedade imobiliária, constitucionalmente garantido, e o dever que, por sua função social, recai sobre ela e que tem idêntico fundamento constitucional (Cf. Willi Bronzecz, "La Ordenación del Suelo", em *La Ley Federal Alemana de Ordenación Urbanística y los Municipios*, pág. 126).

A ordenação do solo consiste na divisão urbanística do solo do Município, que "implica numa série de medidas, voluntárias ou impostas por lei, destinadas à consecução de determinados objetivos urbanísticos, por meio das quais se modificam ou alteram certas relações dominiais sobre os terrenos ou se configuram, de modo diverso, as propriedades imóveis, do ponto de vista econômico ou jurídico, para os efeitos de sua edificação" (Willi Bronczec. ob. cit., pág. 126). Seus objetivos são:

I – assegurar a reserva dos espaços necessários, em localizações adequadas, destinados ao desenvolvimento das atividades urbanas (habitar, trabalhar, recrear e circular);

II – assegurar a concentração equilibrada de atividades e de pessoas no território do Município, mediante controle do uso e do aproveitamento do solo;

III – estimular e orientar o desenvolvimento urbano.

Suas instituições fundamentais são: o **parcelamento do solo** (arruamento e loteamento), o **zoneamento de uso do solo**, a **ocupação do solo**, o **reparcelamento** e o **solo criado**.

O instrumento, mediante o qual se realizam essas instituições, é o **plano urbanístico**. Que se trata de matéria de competência municipal é questão expressamente reconhecida nas leis orgânicas dos Municípios, como na Lei Orgânica dos Municípios de Pernambuco (Decreto-lei nº 285, de 15.5.1970), cujo art. 4º declara:

"Compete ao Município prover a tudo que concerne ao seu peculiar interesse, cabendo-lhe privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

I – planificar o seu desenvolvimento, elaborando programas atentos às peculiaridades locais e disponibilidades financeiras, e em harmonia com as diretrizes e planos de desenvolvimento, estadual e federal;

IX – baixar normas de edificação, loteamento, arruamento e zoneamento urbano e estabelecer limitações urbanísticas".

E no seu art. 86 estatui que:

"O Município deverá elaborar plano de desenvolvimento integrado, com observância das diretrizes estabelecidas pelo órgão estadual competente.

Parágrafo único – O plano referido neste artigo abrangerá em conjunto os aspectos sociais, econômicos, físico e administrativo".

Aí está o reconhecimento da competência municipal para estabelecer planos urbanísticos. Embora a doutrina entenda caber também à União e aos Estados estabelecer planos de desenvolvimento urbano, em termos nacionais e regionais, o certo é que a função urbanística, em sua atuação mais concreta e eficaz, deve ser exercida a nível municipal. Foi daí precisamente que nasceram os planos de desenvolvimento urbano, em forma de Planos Diretores, que estabeleciam regras para o desenvolvimento físico das cidades, vilas e outros núcleos populacionais do Município. A concepção do Plano Diretor evoluíra, passando pelas seguintes etapas:

1) inicialmente, preocupava-se com o **desenho da cidade**, e sua elaboração significava a aprovação de um traçado das ruas e o estabelecimento dos lugares onde os edifícios deveriam decorar a cidade:

2) depois, dedicava-se a estabelecer a distribuição das edificações no território, atendendo a funções econômicas e arquitetônicas;

3) atualmente, é considerado, entre nós, como um instrumento do processo de planejamento municipal destinado a alcançar objetivos integrados nos campos físico, econômico, social e administrativo, consoante se exprime no parágrafo único do art. 86 da Lei Orgânica dos Municípios de Pernambuco.

Chegou-se assim à concepção do **Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado** ou **Plano de Desenvolvimento Local Integrado**, como instrumento de ação urbanística dos Municípios no Brasil.

É **plano**, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados, as atividades a serem executadas e quem deve executá-las.

É **diretor**, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento físico-econômico-social do Município.

É **de desenvolvimento**, porque conseguir realizar o desenvolvimento da comunidade local é seu objetivo fundamental.

É **integrado**, porque deve integrar o desenvolvimento do Município no da região, no estadual e no nacional, e ainda os aspectos físico, econômico, social e administrativo (Cf. CEPAM, **PDDI**, pág. 12).

É **integrado**, portanto, em dois sentidos: no **horizontal** e no **vertical**. "Integração horizontal se verifica através do planejamento que abrange os setores econômico, social, físico territorial e institucional. A integração vertical implica que o planejamento local será inserido nos escalões superiores de planejamento, dando-lhes organicidade e deles recebendo diretrizes orientadoras" (Cf. Jorge Gustavo da Costa, **Planejamento Governamental**, pag. 518).

A integração horizontal configura o conteúdo do plano, e merece alguma especificação para as observações que faremos posteriormente porque os estudos do direito urbanístico, no seu estado atual nos países europeus, nos convencem de que a nossa concepção do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado acabou por prejudicar o planejamento urbanístico municipal na sua feição mais característica, que, hoje, consiste apenas no aspecto físico-territorial daquele.

Realmente, o **aspecto físico-territorial** do Plano de Desenvolvimento Integrado é o que se refere à ordenação urbanística do solo municipal. É, sem dúvida, o seu aspecto fundamental, dado que é nele que se manifesta o fundamental da competência dos Municípios no sistema constitucional brasileiro. É aí, também, que se realiza a função urbanística essencial, pois o planejamento territorial visa a transformar a organização do solo municipal no sentido da melhoria da qualidade de vida dos habitantes locais. Para a boa organização do território municipal, cumpre

lembrar que nela se consubstancia a adequação do solo para o exercício das funções elementares de habitar, trabalhar, recrear e circular, devendo-se ainda recordar que "os elementos constitutivos de qualquer aglomerado humano são os edifícios, nos quais a população habita ou se desenvolve uma atividade produtiva, e os equipamentos públicos, que tornam possível a satisfação de todas as exigências que não poderiam ser atendidas pelos indivíduos por si só e que asseguram à população as mais variadas formas de assistência" (Cf. Testa, **Disciplina Urbanística**, 7ª ed., pág. 57; Spantigatti, **Manual de Derecho Urbanístico**, pág. 122). Em relação a isso, o plano deverá resolver dois problemas: a) o problema de **localizações**, referentes aos equipamentos públicos; b) o problema das **divisões em zonas** (referentes aos edifícios privados). Os dois problemas engendram questões jurídicas diversas, pois as primeiras exigem o estabelecimento dos instrumentos para prever e executar planos de obras públicas, e desenvolvem-se no âmbito do regime jurídico das desapropriações. Quanto às segundas, o problema é o de fixar os limites e determinar o âmbito das faculdades dos indivíduos privados, e move-se no âmbito das limitações jurídico-urbanísticas da propriedade urbana (Cf. Spantigatti, ob. cit., pág. 122).

Para resolver tais problemas, o plano há de conter disposições sobre o sistema viário urbano e rural, áreas para a localização dos edifícios públicos ou de utilização pública (**equipamentos urbanos**: canalizações de água e esgoto, posteamento de iluminação pública etc.; **equipamentos sociais**: escolas, hospitais, praças de esporte, etc.), espaços livres, espaços e áreas verdes, zonas de caráter histórico, ambiental e paisagísticas, zoneamento urbano, loteamento urbano ou para fins urbanos, zonas de expansão urbana, enfim, sobre ocupação e uso do solo.

O **aspecto econômico** do Plano, no entanto, é de pouca importância, dada a pequena possibilidade de o Município atuar nesse campo. E a faceta mais importante, neste particular, que pode ser desenvolvida pelo Município constitui ainda um aspecto mais tipicamente de ordenação do solo do que de planejamento econômico. Referimo-nos ao **aspecto econômico do uso do solo urbano**. O plano há de projetar a longo prazo a necessidade do solo, para fins residenciais, para ruas e para espaços livres, para atender a demanda da população crescente, segundo previsões estabelecidas. Há que prever também o solo para uso industrial e

comercial, em face do interesse e projeções do desenvolvimento da industrialização e do comércio, especialmente deve organizar núcleos industriais, reservando área para tanto.

Já o **aspecto social** do plano é de maior relevância em urbanismo, pois este configura um dos meios de busca da melhoria da qualidade de vida da população, através das transformações que impõem aos espaços habitáveis. Entra no campo de seus objetivos oferecer à população serviços de educação, saúde e saneamento básico, habitação, bem-estar social, lazer, recreação, cultura e esporte. A ordenação do solo importa já em criar as condições necessárias à instituição de equipamentos e prestação de serviços sociais e estabelecimento dos meios, para que a população possa auferi-los. Assim, por exemplo, o gozo do lazer demanda **tempo e espaço**. É necessário que a ordenação do solo preveja espaços livres destinados ao passeio, áreas destinadas às atividades lúdicas. É também necessário que os destinatários desses serviços disponham de tempo para gozá-los; por isso, na ordenação do solo, convém procurar diminuir as distâncias entre o trabalho e a moradia, a fim de sobrar tempo para o lazer e a recreação, além do destinado à produção, ao sono e à alimentação. É certo, como anota Jorge Wilhelm, que o "conceito de recreação como tempo livre fica particularmente precário em países subdesenvolvidos em que a existência do segundo emprego, ocupando o chamado 'tempo livre' de um chefe de família mal remunerado, inviabiliza qualquer recreação. Em algumas regiões, a carência de empregos, agravada pelo aumento de população e pela elevada taxa de urbanização, empresta outro sentido à expressão 'tempo livre' - para um desempregado, todo o tempo é 'livre', sem que isso nada tenha a ver com lazer ou recreação" (**O Substantivo e o Adjetivo**, pág. 97).

Como se nota, o Município pouco pode realizar no campo econômico e no social. Por isso, a ênfase que se deu ao conteúdo econômico do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado desviou as Municipalidades de sua função precípua, que consiste na implantação de um processo de planejamento urbanístico típico, caracterizado pela ordenação dos espaços habitáveis. Teria sido mais profícuo se se houvesse procurado aperfeiçoar os instrumentos relativos aos aspectos físico-territoriais do planejamento local, porque aí se estaria no campo da competência municipal, mesmo porque o aspecto econômico possível já

decorreria dessa organização territorial, sem necessidade da ênfase que se deu ao problema. O mesmo se poderia dizer do **aspecto social, vinculado à ordenação do solo**. Isso não impediria que o Município, dentro de suas possibilidades, pudesse estabelecer planos especiais para atender outros aspectos sociais, que não são de sua exclusiva competência. A preocupação dos técnicos pela adoção e implantação da concepção do Plano de Desenvolvimento Integrado parece-nos responsável pelo quase fracasso da idéia entre nós, pois os Municípios, não dispendo de condições de competência mais ampla e de técnica para sua realização, na forma exigida pelas Leis Orgânicas, acabaram não implantando nem mesmo o plano urbanístico de organização territorial, que é de sua competência própria.

V - AUTONOMIA MUNICIPAL E INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO URBANÍSTICA

Convém, no entanto, não sermos muito otimistas a propósito da capacidade municipal para o exercício de sua função urbanística, que se consubstancia basicamente na ordenação do seu território. Não padece dúvida que essa matéria entra no conceito de peculiar interesse local e é, pois, de sua competência no seu aspecto mais concreto.

Ele tem autonomia para realizar o planejamento urbanístico nesses limites, mas não dispõe de capacidade para a implementação dos instrumentos institucionais básicos para a consecução desses objetivos.

Pelo que ficou visto, bem se nota que a ordenação do solo é uma atividade do poder municipal que, visando à realização de interesse da coletividade, interfere com a esfera dos interesses particulares. É uma atividade que se exerce constringendo e limitando interesses privados, gerando conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada de espaço físico para melhor habitar, trabalhar, recrear e circular, e os interesses dos proprietários, que se concretizam em que seja aproveitável toda a superfície de seus lotes, e desejam edificar todo o seu terreno e nele construir o máximo volume, fundado no espírito de lucro e numa concepção individualista da propriedade. Em consequência, o proprietário particular sempre se oporá a que se limite o volume edificável de seu terreno ou a que se dediquem a espaços livres superfícies superiores àquelas que sejam indispensáveis para facilitar uma exploração mais

notável monografia sobre problemas jurídicos das áreas verdes e espaços livres (Cf. *Las Zonas Verdes y Espacios Libres como Problema Jurídico*, pág. 2, Madri, Editorial Tecnos, 1971).

Ora, como o Município não tem competência para legislar sobre o direito de propriedade, fica com sua ação restringida, quando cuida de pôr em execução os instrumentos de intervenção urbanística. Por outro lado, as garantias constitucionais rígidas do direito de propriedade não permitem que os Municípios atuem com limitações mais rigorosas no interesse da ordenação urbanística do solo. Por outro lado, ainda, esses objetivos somente seriam eficazmente atingidos, se se formulasse uma política do solo, visando a obter terrenos necessários aos fins urbanísticos, mesmo contra a vontade dos proprietários, prevendo procedimentos adequados como: o controle de mercado de lotes, o direito especial de preferência, reparcelamento de terrenos, a alienação forçada de lotes, a constituição de reserva municipal de terrenos, a edificação compulsória, a urbanização compulsória, a disciplina mais atualizada da expropriação para fins urbanísticos, a instrumentação fiscal visando à tributação extrafiscal de lotes edificáveis ou não edificáveis, o disciplinamento das servidões urbanísticas, o disciplinamento do direito de superfície, ou talvez até a separação do direito de construir do direito de propriedade, como já vem ocorrendo em alguns países europeus, ou, pelo menos, a regulamentação do instituto que vem recebendo nome de **solo criado**, que consiste em fixar um coeficiente de construção única para todos os terrenos edificáveis, de sorte que toda construção além desse coeficiente, onde fosse permitido pela lei de zoneamento, seria tida como solo criado, de propriedade municipal, e aquele que o quisesse utilizar teria que pagar ao erário uma importância estabelecida.

Bem sabemos que se cogita de emendar a Constituição para outorgar à União competência para estabelecer normas gerais de direito urbanístico, de modo a possibilitar-lhe a promulgação de uma lei geral de desenvolvimento urbano para o País. Sem dúvida que isso importaria num largo passo no sentido de criar condições, no Brasil, para o desenvolvimento de normas de direito urbanístico, que bem poderia incluir aquelas exigências apontadas acima. E é certo que o anteprojeto de lei da CNPU,

que fixa os objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano, prevê muitos daqueles instrumentos, inclusive o solo criado, com o nome de licença especial. Mas é certo também que a União sempre se serve de sua competência para legislar sobre normas gerais com o fim de jugular a competência dos Estados e Municípios. Por meio de legislação de normas gerais, cujo conceito é bastante indeterminado, a União avança no campo de competências exclusivas das outras entidades, impunemente. Basta, para constatar isso, examinar o referido anteprojeto de lei. Aí a centralização urbanística é profunda. Tudo fica dependendo da União, como se pode ver do seu art. 21, e dos Estados. Os Municípios ficarão com sua competência mutilada, como se pode ver do art. 24. Tudo o que se lhe dá, aí, depende das normas federais ou estaduais. Desaparece, nesse particular, quase por completo, o peculiar interesse local.

VI - AUTONOMIA MUNICIPAL E CAPACIDADE FINANCEIRA

Por outro lado, mesmo os instrumentos de que o Município pode lançar mão para a ordenação de seu território, como a desapropriação, se tornam de difícil manipulação em face dos custos da atividade urbanística em geral. E ninguém desconhece que as rendas municipais se têm revelado insuficientes para que os Municípios possam fazer frente ao crescimento das necessidades urbanas e sociais. Essa situação está conduzindo os Municípios a um crescente processo de endividamento, com inequívoco sacrifício das gerações futuras. Os Municípios somente têm podido prestar os serviços básicos à sua população mediante financiamentos. E o pior, mediante financiamentos geralmente proporcionados por instituições financeiras oficiais, em condições mais gravosas do que as oferecidas aos particulares. Acresce a tudo isso que os recursos do fundo de participação municipal, que têm sua aplicação vinculada a diretrizes de planejamento federal e prioridades por ele estabelecidas, acabam num ônus para os Municípios, que os impede de aplicar até mesmo recursos próprios na organização urbanística de seu território.

VII - AUTONOMIA MUNICIPAL E INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Fala-se muito ultimamente em reforma constitucional para institucionalização do País. Seria o momento de pensar na reinsti-

tucionalização dos Municípios brasileiros, a fim de definir com mais precisão o campo de sua autonomia, com a enumeração da matéria de sua competência exclusiva e a indicação dos meios institucionais e financeiros adequados ao seu cumprimento.

EXECUTIVO "FORTE": O EQUÍVOCO | NO PLANO JURÍDICO

MICHEL TEMER
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP
Procurador do Estado de São Paulo.

Duas realidades se põem aos olhos do observador, seja leigo, seja jurista: a fática e a jurídica. Nem sempre elas coincidem, embora certos fatos devam ser coincidentes e derivados do Direito pela simples razão de que este apanhou os fatos e os definiu, a fim de que assim fossem observados pelo núcleo social por ele criado.

Tal é, precisamente, o caso da ordem coativa de comportamento imposta pelo Estado, vale dizer, pela ordem normativa. Ao tempo do absolutismo o soberano, dotado de poder incontrastável de mando, estabelecia a ordem normativa que regeria o comportamento de seus súditos: a sua vontade era produtora dos atos gerais que obrigavam seus comandados.

A função de natureza legislativa, pois, era por ele exercida e, como ainda não se manifestara o gênio de Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, sistematizador das várias tendências doutrinárias propugnadoras do exercício de cada função (a legislativa, a executiva e a judiciária) por órgãos distintos e independentes uns dos outros, o soberano exercia também as demais funções de natureza executiva e judiciária.

Quando, porém, após sangrentos episódios históricos, tripartiu-se o poder, distinguindo as funções para entregá-las a órgãos independentes uns dos outros, mas de atividades harmônicas, a função de natureza **legislativa** foi entregue ao povo que, por meio de **representantes**, passou a editar a ordem normativa para satisfazer as suas aspirações, conhecendo o mundo, então, o que a ciência política convencionou denominar de "Estado de Direito".

A função **executiva**, por sua vez, competiu ao monarca, que passou a agir na conformidade da lei, nos moldes daquilo que o povo, por seus representantes, entendia adequado aos seus anseios. A preocupação dos

povos foi a de conferir inquestionável preponderância à atividade legislativa, ficando a executiva adstrita ao disposto na lei. Preponderava, assim, a vontade geral em relação à vontade individual.

Apesar de ser esta a fórmula original do fenômeno da tripartição do poder, o certo é que se apregoa, presentemente, a necessidade de um Executivo "forte", capaz de agir com presteza, porque as questões de governo demandam soluções rápidas e eficazes. E a verdade é que a ordem jurídica nacional, editada a partir de 1964, caminhou no sentido de atender a tal postulado político.

Tanto foi assim que se ampliou consideravelmente a participação do Presidente da República no processo legislativo. Antes, adstrita a sua participação à sanção e ao veto, bem como à iniciativa das leis (Arts. 67 e 70 da Constituição Federal de 1946), alargou-se agora o campo material de sua iniciativa exclusiva (Art. 57 da Constituição Federal de 1969), permitindo-se-lhe a elaboração de atos com força de lei, como é o caso dos decretos-leis (Art. 55 da Constituição Federal), e a possibilidade da edição de leis delegadas (Art. 52 da Constituição Federal).

Conferiu-se, ainda, ao Presidente da República a faculdade de remeter projetos-de-lei fixando prazos para a sua apreciação, sob pena de escoado em branco, considerar-se aprovado o projeto.

A partir deste alargamento da participação do Executivo no processo legislativo, concebeu-se a idéia do Executivo "forte", de um poder cuja atividade prepondera em relação à do legislativo. Teria havido uma inversão em relação às primeiras idéias do Poder tripartido, as quais colocavam o Legislativo como o mobilizador da atividade executiva.

Mas esta concepção não encontra suporte na realidade constitucional, e por isto mesmo é falsa e destituída de rigor científico.

O exame das disposições constitucionais pertinentes às espécies legislativas previstas no Art. 46 da Lei Magna ressalta o engano daquela concepção:

a. emendas constitucionais: dependem exclusivamente da atividade do Poder Legislativo. É certo que o Presidente da República tem iniciativa para propô-las (Art. 47, II). Mas a **discussão e votação** se operam no Congresso Nacional (Art. 48), que pode ou não aprová-las;

b. leis complementares à Constituição: demandam, unicamente, a participação do Legislativo (Art. 50). A sua aprovação exige o voto da maioria absoluta dos membros das duas casas do Congresso Nacional. Bem por isto, o Presidente da República não pode solicitar a apreciação de projeto de lei complementar nos prazos do Art. 51 e §§ da Constituição Federal. É que, neste caso, o constituinte exigiu que uma maioria especial (absoluta) manifestasse sua vontade sobre o **conteúdo** de projetos de lei dessa natureza.

c. leis ordinárias: são aprovadas por maioria de votos em cada Câmara, presente a maioria de seus membros (Art. 31). Aqui, de fato, aplica-se a regra do Art. 51 da Constituição Federal: o Presidente da República pode solicitar a apreciação do projeto de lei em 45 dias em cada Casa do Congresso Nacional, somando 90 dias, ou, então, em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo de 40 dias. Na falta de deliberação em tais casos, considerar-se-á aprovado o projeto. Anotamos, porém, que é dado ao Congresso Nacional manifestar-se **dentro do prazo** e, se for o caso, negar aprovação a qualquer projeto de lei remetido nestas condições. Ressalta daí que o Legislativo tem meios constitucionais de manifestar a sua vontade, apesar do prazo curtíssimo que se lhe conferiu.

d. leis delegadas: são elaboradas pelo Presidente da República, comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas (Art. 52). Pode, pois, o Presidente da República elaborar leis. Mas a competência é do Congresso Nacional, que tem a faculdade de delegá-la ao Presidente da República. Depende a delegação, pois, da **vontade** do Congresso Nacional. Poderá, se quiser, não delegar nunca esta competência. Entretanto, para **delegar**, utilizará o instrumento da resolução (Art. 54), que especificará o **seu conteúdo** e os termos de seu exercício (Art. 54). Fixando os **termos de seu exercício**, poderá estabelecer na resolução delegadora que o projeto de lei delegado, elaborado pelo Presidente da República, seja submetido à **votação**

pelo Congresso Nacional tal como preceitua o § Único do aludido Art. 54 da Constituição Federal. Verifica-se, assim, que a elaboração da lei delegada demanda a participação do Poder Legislativo.

e. decretos-leis: são atos do Poder Executivo "com força de lei". Por isto, à primeira vista, parece o instrumento constitucional que mais evidenciaria a preponderância da atividade executiva em virtude do aparente alijamento da participação do Legislativo. Mas o equívoco se desfaz pela leitura do Art. 55, especialmente o § 1º. Porque ao Legislativo é dado legislar sobre a matéria objeto de decreto-lei, independentemente das restrições impostas ao Presidente da República (urgência ou interesse público relevante). E mais, porque, embora o texto do decreto-lei tenha vigência imediata, o Congresso **poderá rejeitá-lo, sem motivar o seu ato**, no prazo de sessenta dias. Registre-se outra vez que, apesar da existência de prazo, o constituinte teve o cuidado de conferir ao Legislativo a possibilidade de manifestação.

f. decretos legislativos: são instrumentos de utilização exclusiva do Congresso Nacional, os quais independem mesmo de sanção presidencial, por versarem matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 44).

g. resoluções: o dispositivo no Art. 42, VIII, coloca o problema de se saber se no nosso sistema legislativo apenas o Senado Federal está autorizado a expedir resoluções. Ou, em outra hipótese, consistente em que outra casa legislativa ou o próprio Congresso Nacional também possa expedí-las, qual o exato significado do preceito contido no aludido art. 42, VIII.

Na busca dessa resposta convém anotar o que disse Pontes de Miranda a propósito do significado genérico da expressão:

"Os atos principais do juiz são as resoluções. Quando o juiz resolve – solve a questão, indo ao fundo, extraindo, do que se deduziu em juízo, o que é justo. É um solver sem arbítrio puro, porque supõe o ir ao estado inicial para dirimir a controvérsia ou adotar solução: re-solutio (esse elemento alusivo ao início, ao começo, também está na expressão "resolução do contrato" que,

embora diferente da resolução judicial, igualmente desce ao passado em sua investida de eficácia ex-tunc). Toda resolução judicial é, pois, declaração unilateral de vontade emitida pelo juiz para determinar o que é justo, isto é, aplicar a lei" (in *Questões Forenses-Tomo I*, Editora Borsói – 1957, pág. 126).

Com efeito, toda vez que se resolve alguma coisa – e, para tanto, é preciso esmiuçar a questão, ir ao fundo dela – toma-se uma resolução.

Neste sentido, ambas as casas legislativas (Senado Federal e Câmara dos Deputados) e o próprio Congresso Nacional tomam resoluções e as veiculam por instrumentos a que se deu tal denominação. São, na verdade, aqueles atos não veiculados por lei ordinária, por decreto-lei, por lei delegada ou por decreto legislativo. Mais adiante faremos a distinção entre as resoluções e as leis ordinárias e o decreto legislativo. Por ora; buscaremos responder à afirmação constitucional segundo a qual o expedir resolução é competência privativa do Senado Federal. Esta privacidade só pode ser entendida como a entendeu MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, a quem a competência para expedir resoluções é privativa do Senado Federal em matéria tributária, idéia a que se chega pela conjugação do Art. 42, VIII, com o art. 23, § 2º, da Constituição Federal. Este último dispositivo trata do imposto de transmissão, a qualquer título, de bens imóveis: sua alíquotá não excederá os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal, por proposta do Presidente da República.

Questiona-se a competência privativa do Senado Federal a respeito da expedição de resoluções, porque o Art. 54 da Constituição Federal estabelece que a delegação ao Presidente da República para elaborar lei terá a forma de resolução, donde se conclui que a expedição desse ato é permitida e determinada também ao Congresso Nacional. E, regimentalmente, delas pode dispor a Câmara dos Deputados.

Diferenciam-se as resoluções das leis ordinárias. Estas possuem conteúdo dotado de generalidade. Aquelas, ao contrário, especificam situações e são tomadas como formas de expressão das casas do Congresso Nacional, e deste, em assuntos de sua economia interna.

Diferem, ainda, do decreto legislativo. Ambos ditam normas individuais, no que se confundem. A solução preconizada por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 1973, pág. 217) é a de observar-se a tradição do nosso direito. No nosso direito anterior, sustenta aquele autor, enquanto a resolução não era constitucionalizada, sempre se entendeu que a disposição relativa às matérias de competência privativa do Congresso Nacional se manifestava por decreto legislativo. Tais são as do Art. 44 da Constituição Federal. Assim, conclui, aquilo que não for do campo específico da lei e do decreto legislativo se instrumentaliza na resolução.

CELSONO RIBEIRO BASTOS (Elementos de Direito Constitucional, Educ-Saraiva, 2ª ed., pg. 127) sustenta que as resoluções apresentam alguns pontos de contato com o decreto legislativo, uma vez que ambos dispensam a sanção presidencial e tratam de matéria subtraída ao alcance da lei ordinária. O decreto legislativo é da competência exclusiva do Congresso Nacional, enquanto que a resolução pode ser utilizada por este e por ambas as suas Casas. Entende que o decreto legislativo está mais próximo, formalmente, da lei que a resolução e conclui que esta é utilizada para deliberações de cunho concreto.

Estas breves referências às resoluções revelam, a seu respeito, que tudo se opera no âmbito do Poder Legislativo.

Acrescente-se a estes fatos a fiscalização de natureza financeira empreendida pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 70).

Apesar destas ponderações, reveladoras de que, ao contrário daquilo que passou a ser o consenso nacional, a atividade legislativa ainda é a inaugural do sistema jurídico infraconstitucional, argumenta-se com o AI-5, hoje incorporado à Constituição. Dir-se-á que o teor do AI-5 retira dos Deputados e Senadores a independência necessária para o regular desempenho dos misteres que a Constituição lhes atribui e que acima foram apontados. O argumento, entretanto, é desprovido de significado jurídico. É que o **fundamento de validade** do AI-5 é o Art. 182 da Constituição Federal, que, assim como os demais Atos Institucionais subsequentes, os manteve em vigor. Verificou-se, em 17 de outubro de 1969, mais uma vez, o

exercício do poder constituinte originário, o que se explica, entre outros fatos, pelo de haver determinado a validade do AI-5 e demais Atos Institucionais que a ele se seguiram. Tanto é verdade que o constituinte de 1969 exerceu o poder de forma inicial e incondicionada que não manteve os Atos Institucionais anteriores, mas tão somente excluiu de apreciação judicial os atos do Governo Federal, as resoluções e os atos de natureza legislativa praticados **com base nos Atos Institucionais**. Se o fundamento de **validade** do AI-5 é a Constituição em vigor. (Art. 182), submete-se o artigo que lhe dá validade à regra geral albergada pelo constituinte no tocante às emendas à Constituição: o referido Artigo 182 é passível de **emenda supressiva** proposta por membros do Congresso Nacional, tal como previsto no Art. 47, I e seu Parágrafo 3º. Poderá, ainda, o Presidente da República ter a **iniciativa** da emenda supressiva ex-vi do mesmo Artigo 47, II, ensejando ao Congresso Nacional a discussão e votação da emenda. Ou poderá, ainda, – e esta é a exceção à regra geral segundo a qual somente ao Congresso Nacional cabe emendar a Constituição – o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, decretar a cessação da vigência do AI-5 e dos atos posteriormente baixados. Em outras palavras: além do poder de emenda conferido ao Congresso Nacional – regra geral – acrescentou o constituinte mais uma maneira indireta de emendá-la: por decreto do Presidente da República, uma vez que a **cessação de vigência** do AI-5 importa, inquestionavelmente, alteração de dispositivo constitucional.

De tudo quanto expusemos resulta claro que o constituinte de 1969 conferiu ao Poder Legislativo os instrumentos necessários à persecução de sua atividade, que é a de inaugurador da ordem jurídica infraconstitucional e de fiscalizador do Poder Executivo.

Não se pode ignorar que no **plano político** houve especial fortalecimento do Executivo que se refletiu na ordem jurídica nacional. Mas daí não se pode extrair a ilação segundo a qual, atualmente, no **plano jurídico**, a atividade do Executivo prepondera sobre a do Legislativo.

Este, utilizando-se do instrumental que o constituinte lhe confere, é, ainda e apesar de tudo, o inaugurador da normatividade primária infraconstitucional. Daí não se poder falar, no **plano jurídico**, de Executivo “forte”.

PARECERES

VETO A PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 3729

Acolhido veto a dispositivo que autoriza o Poder Executivo a abrir créditos suplementares até o limite de cinco por cento da despesa autorizada, não se converte em lei o texto originário, estabelecendo limite superior.

O Projeto da lei orçamentária do Município de SANTA VITÓRIA DO PALMAR, para o exercício de 1978, continha dispositivo autorizando o Poder Executivo a abrir, em qualquer época, créditos suplementares, até o **limite de vinte por cento** da despesa total autorizada.

Emenda aprovada pela Câmara de Vereadores reduziu esse limite para cinco por cento (5%).

Pergunta, então, o Senhor Prefeito Municipal:

- “1 – Tem cabimento veto à emenda da Câmara?
- 2 – Acolhido o veto, prevalece o texto de origem da proposta orçamentária?”

Em primeiro lugar, cumpre observar que as normas da Constituição Federal atinentes ao processo legislativo e à elaboração do orçamento devem ser respeitadas pelos Estados e pelos Municípios (Constituição Federal, art. 13, III e IV). Na Constituição Federal, portanto, é que se há de buscar solução para o problema.

Em segundo lugar, observa-se que o orçamento é formalmente uma lei (Constituição Federal, art. 43, II), o que implica em apreciação pelo Poder Legislativo, mais sanção ou veto.

Para afirmar-se o cabimento de veto, não é necessário, a rigor, invocar-se o disposto no art. 66, § 4º, da Constituição Federal ("Aplicam-se ao projeto de lei orçamentária, no que não contrariem o disposto nesta seção, as demais normas relativas à elaboração legislativa."). O projeto de orçamento pode ser vetado simplesmente porque é projeto de lei.

Aplicam-se ao projeto de lei orçamentária, diz JOSÉ AFONSO DA SILVA, "no que não contrariarem aquelas regras específicas (arts. 65 e 66), as normas relativas à elaboração das leis ordinárias (art. 66, §4º), tais como as referentes à sanção, veto, promulgação." (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, v. I, p. 105).

A lei orçamentária, diz HELY LOPES MEIRELLES, "deve seguir os trâmites do processo legislativo - iniciativa, discussão, votação, sanção, promulgação ou veto". (**Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 777).

Fica assim respondida afirmativamente a primeira questão.

Do art. 66 da Constituição Federal tem-se tirado a ilação de que "a lei Magna não admite rejeição de projeto de lei orçamentária, e como também não permite alterações substanciais de seus dispositivos, conclui-se que há de ser convertida em lei a proposta originária sempre que não retornar regularmente aprovada pelo Legislativo." (MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 3. ed. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977. p. 778)

O art. 66, caput, da Constituição Federal, estabelece:

"O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, para votação conjunta das duas Casas, até quatro meses antes do início do exercício

financeiro seguinte; se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgado como lei."

No caso em exame, houve a devolução para sanção. O projeto não foi rejeitado, nem recebeu alterações substanciais. A emenda aprovada é perfeitamente admissível. Não se configura aquele por assim dizer "estado de necessidade", que tem levado a admitir-se que se promulgue como lei projeto rejeitado pelo Poder Legislativo, a fim de que não se fique sem orçamento.

Não há, pois, no caso em exame, causa que justifique a esdrúxula promulgação como lei de um projeto ou de parte de um projeto rejeitado pelo Poder Legislativo. Deverá, em consequência, seguir-se a regra geral: acolhido o veto, a parte vetada não se converterá em lei, sem que lhe tome o lugar o texto correspondente, rejeitado pelo Poder Legislativo, do projeto originário.

Nesse sentido, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"O veto parcial é mais freqüente. Mesmo assim, em certos casos, mutila um programa ou programas inteiros, porque sua manutenção não importa restabelecimento do texto originário." (**Orçamento Programa no Brasil**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 289)

EM CONCLUSÃO: o acolhimento de veto parcial a projeto de lei orçamentária não converte em lei o texto correspondente do projeto originário.

Porto Alegre, 5 de dezembro de 1977

ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE JUIZ ADJUNTO E PROFESSOR

VALDACYR SANTO SCOMAZZON
Consultor-Geral Adjunto do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3834

ACUMULAÇÃO DE CARGOS.

Juiz Adjunto e Professor Estadual: aplicabilidade do disposto no art. 114, I, da Constituição Federal (com a redação da Emenda nº 7/77).

Direito adquirido: sua ininvocababilidade contra a Constituição.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Constituição Federal, art. 112, parágrafo único): auto-aplicabilidade da regra constitucional do art. 114, I, independentemente de sua edição.

O Professor J. N., em exercício no Conselho Estadual de Educação, endereçou, em 17 de dezembro de 1976, ao senhor Secretário da Educação e Cultura, requerimento solicitando, a partir dessa data, "sua desconvocação para prestar serviço em regime de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, nos termos do parágrafo único do art. 117 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974" (fl. 23-CGE), por ter sido empossado no cargo de Juiz Adjunto.

2. Decorridos aproximadamente dois meses, em 28 de fevereiro de 1977, volta o mencionado Professor a se dirigir ao titular da Pasta, objetivando, agora, a concessão de licença para tratar de interesse particular, a partir de 1º de março. Justifica o pedido com o fato de "ter sido designado para responder, como Juiz Adjunto Substituto, pela 11ª

Vara Criminal de Porto Alegre, o que, pela sobrecarga de serviço, lhe dificulta atender regularmente aos seus compromissos no Conselho Estadual de Educação". (fl. 2-CGE).

3. A Unidade de Assessoria Jurídica da Pasta Educacional, chamada a pronunciar-se, manifesta-se (fl. 8-CGE), com esteio no Parecer nº 3547, desta Casa, contrariamente à acumulação do cargo de Juiz com o de Professor de Filosofia, exercido pelo peticionário, por julgar incorrente a imprescindível correlação de matérias. Sugere, por isso, que o mesmo faça uso do direito de opção, para elidir a indigitada inacumulabilidade.

4. Em requerimento de 9 de junho de 1977 (fl. 11-CGE), o Professor J. N. opta pelo cargo de Juiz Adjunto, mas o faz, como afirma, "por causa, não da alegada incompatibilidade, cujo reconhecimento é discutível, mas da vedação introduzida no art. 114, inciso I, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 (D.O.U. de 13-4-77), que só permite o acúmulo do CARGO DE JUIZ com um CARGO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR, PÚBLICO OU PARTICULAR, vedada qualquer outra função".

Em razão do exposto, solicita que, sem prejuízo do deferimento do pedido de redução da carga horária de 44 para 22 horas, no período de 17 de dezembro de 1976 (data em que tomou posse no cargo de Juiz Adjunto) a 28 de fevereiro de 1977, seja considerado o de licença para tratar de interesse particular como de exoneração do cargo de Professor, Classe B, Nível 6, Triênio 4, a partir de 1º de março de 1977, data em que, segundo afirma, por imperiosa necessidade, deixou de ser efetivo no exercício do cargo de Professor.

5. Ao completar-se, entretanto, um mês de tal petitório, em 8 de julho de 1977 (fl. 16-CGE), volta o requerente, mais uma vez, aos autos, para solicitar seja sustado o andamento do processo "a fim de ser feito novo pronunciamento", que, realmente, formaliza, no dia 11 do mencionado mês de julho, quando, em longo arrazoado (fls. 17 a 20-CGE), reconsiderando os termos da opção feita pelo cargo de juiz, ratifica o pedido de licença para tratar de interesse particular, no cargo de Professor.

Como embasamento para tal retomada de posição sustenta que a vedação constitucional tem por destinatário o Juiz de Direito, titular das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento, e não o Juiz Adjunto, de investidura temporária.

Contesta, de outra parte, a aplicação, ao seu caso, do Parecer nº 3547, desta CGE, por entendê-lo concernente à acumulação dos cargos de Juiz de Direito com o de Professor de Psicologia Educacional, e não com o de Filosofia, que julga perfeitamente compatível, alegando, inclusive, que o ato de sua nomeação consagra tal entendimento, por ter sido para exercer o cargo de Juiz Adjunto "cumulativamente" com o de Professor de Filosofia.

Assim, qualifica o momento do pedido de licença como inoportuno para discutir a validade de sua nomeação, que reputa regular. Assevera, mesmo, haver precedentes, de concessão de licença para tratar de interesse particular a ocupante de cargo de Professor de Filosofia e Juiz Adjunto.

6. Por determinação do Senhor Secretário de Educação e Cultura o processo veio a esta Casa, onde foi emitido o Parecer nº 3678, no sentido de que, "a partir da nomeação para o cargo de Juiz Adjunto, o candidato aprovado é investido em cargo público, incidindo, pois, sobre sua situação funcional, as regras constitucionais reguladoras do acúmulo". Entendeu-se, entretanto, possível a acumulação dos cargos de Juiz de Direito e de Professor de Filosofia, assistindo, assim, razão ao requerente quando afirma não se aplicar ao seu caso o Parecer nº 3547-CGE, sendo, por isso, de apreciar-se o pedido de licença para tratar de interesse particular, no período de 1º de março a 13 de abril de 1977, data em que entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 7, bem como o de desconvoação, desde a nomeação para o cargo de Juiz Adjunto até 28 de fevereiro de 1977. Por último, ficou ressaltado que o afastamento pela licença para tratar de interesse particular não elide o acúmulo proibido, face à manutenção da titularidade do cargo.

7. Tomando ciência da manifestação desta Consultoria-Geral, o Professor J. N. no arrazoado de fls. 48-52-CGE, formaliza sua inconformidade em relação à alegada ilicitude do "exercício cumulativo do cargo de

Juiz Adjunto com o de Professor do Ensino de 2º grau, de conformidade com o art. 114, inciso I, da Constituição da República, na redação dada pela Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977”.

Para refutar a argumentação sobre a qual se alicerçou o Parecer nº 3678, desta Casa, repisa os fundamentos expendidos em sua anterior solicitação, no sentido de que “a norma constitucional se insere em contexto relativo aos Juízes de Direito, com investidura plena, resguardados com as prerrogativas constitucionais do art. 113, integrantes da Magistratura, como se vê do parágrafo único do art. 112”, não sendo endereçada “ao juiz de investidura limitada no tempo, sem qualquer garantia, e que só existe na Justiça dos Estados facultativamente, como se vê do § 1º do art. 144”. Contesta, a propósito, a analogia com o cargo de Pretor pretendida pelo já mencionado Parecer nº 3678. Mais ainda, sustenta direito adquirido em relação às novas regras constitucionais, só permissivas do acúmulo com magistério superior, aditando, igualmente, que, mesmo não se admitindo tal exegese, as novas disposições constitucionais não são auto-aplicáveis, tendo em vista a não-edição, até agora, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Finalizando, requer:

“6.1. Em qualquer hipótese, seja considerada a opção que o requerente ora externa pelo cargo judiciário.

6.2. Seja a licença para tratar de interesse particular concedida, a partir de 1º de março, do ano em curso, sem outra limitação de prazo que o constante da Lei nº 6.672, de 1974”.

Por determinação do Senhor Secretário da Educação e Cultura o processo voltou a esta Consultoria-Geral.

É o relatório.

8. O Brasil, em decorrência de sua forma federativa de Estado, inobstante sensivelmente mitigada, apresenta, no que concerne ao recrutamento de juízes, um sistema consideravelmente diversificado, em face da

multiplicidade de ângulos peculiares a cada organização judiciária estadual (art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969).

Na Justiça Estadual, como, aliás, na Federal, o ingresso na magistratura de carreira se dá através de concurso público de provas e títulos, realizado pelos Tribunais de Justiça, cabendo a nomeação ao Executivo.

A forma de realização de concurso, entretanto, apresenta variações entre diversos Estados da Federação.

“Assim”, como registra o Dr. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, magistrado mineiro, em tese apresentada ao Simpósio Nacional de Porto Alegre sobre Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, “enquanto em Minas Gerais o candidato aprovado em concurso de provas, no qual os títulos são considerados para fins classificatórios, já é nomeado com todas as garantias asseguradas e, até há pouco tempo, enviado de imediato à respectiva comarca, onde irá dirigir sozinho os serviços forenses, outros Estados, a exemplo de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, em louvável medida, exigem um estágio probatório, geralmente com a duração de dois anos, computados como fase de concurso, convindo ressaltar que a “Reforma do Judiciário” preconiza esse ‘estágio’”.

9. A propósito, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, no art. 133, em consonância com o art. 144, I, da Constituição Federal, estatui:

“O ingresso na magistratura vitalícia dependerá de concurso público de provas e de títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. Os candidatos aprovados no concurso de provas serão nomeados Juízes Adjuntos, por dois anos, com as funções que lhes forem conferidas pela organização judiciária. Findo esse prazo prestarão concurso de títulos e, se aprovados, serão nomeados Juízes de Direito. A indicação dos candidatos far-se-á sempre que possível, em lista tríplice”

A seu turno, a Lei nº 6.929, de 2 de dezembro de 1975 (Estatuto da Magistratura), dispõe:

“Art. 13 – A nomeação dos candidatos aprovados no concurso de provas far-se-á para os cargos de Juiz Adjunto, sem especificação de comarcas e pelo prazo de dois (2) anos, podendo esse prazo ser reduzido nos termos do art. 133 e seus parágrafos da Constituição Estadual.

Art. 14 – Somente após o cumprimento do estágio, a que alude o artigo anterior, e aprovação na segunda fase do concurso, serão os candidatos nomeados Juízes de Direito, passando a ocupar o primeiro grau da carreira”.

11. Por sua vez, o Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, de 27 de outubro de 1975, estabelece:

Art. 84 – Os juízes-adjuntos têm a mesma competência dos juízes de direito e a atribuição de substituí-los, excluída dessa competência a presidência do Tribunal do Júri, o preparo e julgamento dos processos de falências e concordatas, bem como daqueles que a lei atribui competência privativa aos juízes de direito.

Art. 85 – Os juízes-adjuntos serão designados para exercer sua jurisdição em qualquer Comarca ou Vara, ouvido o Conselho Superior da Magistratura”.

Da simples leitura dos dispositivos constitucionais e legais aflorados, ressalta evidente a temporariedade de que se reveste o cargo de Juiz Adjunto, verdadeiro estágio probatório para a magistratura de carreira. Aliás, quem o assevera, com clareza meridiana, é o próprio Tribunal de Justiça, ao endereçar ao Supremo Tribunal Federal sugestões para a reforma do Poder Judiciário na esfera estadual, sugestões essas aprovadas em sessão plenária realizada a 19 de agosto de 1974.

No documento encaminhado ao Presidente da Suprema Corte de Justiça do País afirma-se:

“4. Outro aspecto que diria respeito ao aprimoramento do Poder Judiciário tem conotação com o recrutamento. Parece, e a experiência tem evidenciado, que o imediato acesso dos juízes à carreira, em caráter vitalício, não corresponde a uma realidade objetiva. Muitos juízes preparados intelectualmente revelam inadequação para a atividade profissional. A sugestão consiste em adotar a sistemática introduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul, segundo a qual o concurso para ingresso na magistratura é realizado em duas fases. Na primeira, o candidato é submetido a uma verificação de aptidão e de conhecimentos intelectuais (concurso de provas). Uma vez aprovado, exerce, **na qualidade de juiz temporário**, as correspondentes funções, e posteriormente, decorridos dois anos, é submetido à segunda fase, consistente no concurso de títulos. Nesse período, **o juiz temporário**, através de sua atividade, evidencia a sua qualificação para o exercício da judicatura, podendo, uma vez aprovado nessa fase, obter a vitaliciedade e a classificação na entrada inicial”. (sublinhei).

12. Evidenciada, portanto, a temporariedade do cargo de Juiz Adjunto, cumpre, de imediato, cuidar da resposta à indagação que objetiva saber se ela elide a vedação constitucional consubstanciada no art. 114, I, da Carta Magna Federal, que determina:

“E vedado ao **juiz**, sob pena de perda do cargo judiciário:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição;” (sublinhei)

Diante de tal texto, não vislumbro qualquer possibilidade de concordar com o discrimine formulado pelo peticionário, entre juiz vitalício e juiz temporário, no intuito de fugir à incidência da norma constitucional em tela, entendendo-a endereçada apenas ao primeiro.

Segundo o velho brocardo, onde a lei não distingue, não se deve distinguir ("Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"). E os textos constitucionais, tanto o federal (art. 114, I) quanto o estadual (art. 129, I), quando vedam, ao integrante do Poder Judiciário, o exercício de qualquer outra função pública que não o magistério, fazem referência a "JUIZ", sem qualquer especificação, seja explícita, seja implícita, deixando transparecer, à evidência, que, em sua semântica, se devem englobar todos os órgãos relacionados como componentes do Poder Judiciário, entre os quais estão referidos os juizes adjuntos (Constituição Estadual, art. 127; Código de Organização Judiciária do Estado, art. 5º).

Em abono de tal exegese, pode-se facilmente constatar que, quando a lei pretende distinguir, ou limitar a abrangência de suas disposições, ela o faz, se não de modo expresso, pelo menos de maneira clara. Basta, para tanto, que se considere, por exemplo, o estatuído no § 1º do art. 113 da Carta Federal, verbis:

"Na primeira instância, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, não podendo o **juiz**, nesse período, perder o cargo senão por proposta do tribunal a que estiver subordinado."
(sublinhei)

Indubitavelmente, não pode o étimo "juiz", como se percebe, ser pretendido, na sistemática constitucional, como designativo, tão-só, do magistrado, mas, indistintamente, de qualquer integrante do Poder Judiciário, ressalvado, é óbvio, como foi dito, o formal discripe estabelecido pelo próprio texto legal.

Nesse sentido, entendo categórico e definitivo o Estatuto da Magistratura (Lei nº 6.929, de 1975), quando, ao tratar, no Capítulo V do Título II, "Do Processo por Acumulação Proibida", depois de determinar, no caput do art. 136, que, "verificada a acumulação proibida e provada a boa-fé, o **juiz** optará por um dos cargos", estatui, nos parágrafos, o seguinte:

"§ 1º - Provada a má-fé, será o **juiz temporário** demitido do cargo judiciário, devolvendo o que indebitamente houver recebido. Em relação ao outro cargo ou função pública, será comunicada a infração à autoridade competente.

§ 2º - Em se tratando de **magistrado**, a demissão dependerá de sentença judicial, sem prejuízo do disposto no § 4º do art. 132, se for o caso". (sublinhei)

O texto legal transcrito não enseja, parece óbvio, qualquer titubeio em sua compreensão, face à clareza solar de que se revestem seus dispositivos.

No "caput" do artigo, ao fixar a regra geral, hipótese de boa-fé, estabelece o direito de opção, usando o vocábulo "juiz", para significar, evidentemente, que tanto o juiz vitalício como o temporário poderão dele valer-se.

Diversa, entretanto, se apresenta a regra estatutária em relação ao caso de má-fé: se **juiz temporário** o infrator, será penalizado com a demissão sumária, sem embargo da devolução do indevidamente recebido; se **magistrado**, ficará a pena expulsiva condicionada a sentença judicial.

Por conseguinte, emerge incontestável, do texto legal, que a vedação, para o acúmulo de cargos, não atinge apenas o magistrado, mas, igualmente, o juiz temporário, que, assim, ao empossar-se no cargo, atrai, sobre sua situação funcional, a incidência das regras constitucionais reguladoras do acúmulo. Como muito apropriadamente se consigna no Parecer nº 3678, desta Consultoria-Geral, "a Constituição, quando proíbe o acúmulo, não distingue cargos pela forma ou natureza de provimento. Ao contrário, a regra é ampla, vedando, inclusive, como se viu, o exercício cumulativo do cargo de juiz com qualquer outra função que não o magistério superior. Ainda que revestido do caráter de temporariedade, para a acumulação, importa é a investidura em cargo ou o exercício de função. E, no caso da magistratura, vedado está também o magistério particular em nível médio".

A propósito, o DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO PESSOAL CIVIL, manifestando-se no Processo nº 28.555/68, ao afirmar o princípio da inacumulabilidade, ponderou, muito judiciosamente:

"A expressão **cargo público**, para efeito de acumulação, tem por isso um sentido amplo, abrangendo toda e qualquer espécie de

vínculo com entidade pública da qual decorra uma remuneração por prestação de serviço. A atual Carta Magna nem se refere, em seu art. 97 (atual 99), à palavra **cargo**, vedando de modo geral a **acumulação remunerada**, expressão que muito bem exprime o sentido amplo da proibição.” (RDA, 98, pág. 282)

Caso vingasse, portanto, a posição assumida pelo requerente, inócua restaria, sem sombra de dúvida, a regra estatutária acima referida, no que concerne ao juiz temporário, eis que, pelo ângulo em que pretende focalizar a vedação constitucional, jamais se vislumbraria acumulação proibida por parte do juiz adjunto, pelo simples e singelo fato de ser temporário, o que, convenhamos, conduziria a flagrante contra-senso, corroendo, por inteiro, o princípio constitucional da inacumulabilidade, erigido, é óbvio, em regra, não valendo, pois, como exceção.

Não se limitou, entretanto, o peticionário a argumentar com a temporariedade do cargo para sustentar seu ponto de vista no sentido da acumulabilidade dos cargos que detém. Invoca, igualmente, direito adquirido, porque “a investidura do requerente no cargo de Juiz Adjunto em caráter cumulativo com o de Professor de Filosofia em nível de 2º grau ocorreu em 15 de novembro de 1976, anteriormente, portanto, à Emenda Constitucional nº 7, de 1977, quando este acúmulo era perfeitamente lícito, a teor do art. 114, inciso I, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969”.

Inobstante admitindo ser assaz polêmico e de reconhecida complexidade o tema concernente ao princípio constitucional do “direito adquirido”, abalanço-me a, discordando do ponto de vista esposado pelo requerente, afirmar ser pacífica a doutrina e a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição.

13. Como registra o eminente Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, ao emitir, como Consultor-Geral do Estado, o Parecer nº 3, de 10 de maio de 1965 (D.O. de 19-5-65, p. 1), “consoante decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal, uma nova ordem jurídica instituída no país não está sujeita a respeitar quaisquer situações de direito preestabelecidas. Criando uma situação jurídica nova, derroga a anterior existente, por efeito mesmo

de sua natureza de norma constitucional, de aplicação imediata. Contra preceito constitucional expresso, não se poderão invocar direitos adquiridos, que não hajam sido ressaltados expressamente pelo regime novo imperante. Nesse sentido, anota CARLOS MAXIMILIANO que “a sua aplicação é imediata; tudo o que se lhe contraponha é eliminado. O poder constituinte é absoluto”. (apud DIREITO INTERTEMPORAL, pág. 325). Também, in Revista Forense 115/424 e 425; Revista Trimestral de Jurisprudência – S.T.F. – V/194; RDA, 54/215”.

14. Esse, aliás, o ponto de vista esposado pelo insigne Consultor-Geral da República Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, no Parecer H-874, de 26 de agosto de 1969, ratificado pelo de nº H-890, de 8 de outubro de 1969, no qual, além de repisar a assertiva de que não há direito adquirido contra a Constituição, alinha vários arestos do Supremo Tribunal Federal nos quais está cristalizado tal entendimento, transcrevendo, igualmente, a lição do consagrado mestre PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 160, da Constituição de 1946, nestes termos:

“5.

Não se alegue qualquer efeito de ofensa a direitos adquiridos, principalmente porque se trata de texto constitucional, cuja incidência, de regra, é imediata e sem possível alegação de garantias de direito intertemporal.” (Pareceres da CGR, v. 79/109)

15. Ao abordar, entretanto, especificamente a acumulação de cargos, a propósito do art. 185 da Constituição de 1946, mais categórico se me afigura o renomado jurista, quando preleciona:

“A regra jurídica sobre inacumulabilidade é de incidência imediata. O art. 185 da Constituição de 1946 é cogente e não pode ser regulamentado, quanto aos efeitos da opção, pela lei ordinária. Se alguma tolerância há por parte do Poder Executivo, quanto a prazo para opção, ou quanto à exoneração do cargo, tal protelação não dilata os efeitos do exercício de um dos cargos, e toda opção é de eficácia estritamente **ex tunc**: entende-se, para todos os efeitos, que o acumulante só **exerceu** o cargo pelo qual optou. **A vaga abre-se à data da acumulação proibida e qualquer aprecia-**

ção posterior é só declaratória. O titular do cargo novo deixou de ser titular do cargo anterior à data da posse no novo cargo." (in "Comentários à Constituição de 1946", vol. VI, págs. 313 e 314, ed. de 1963)

Bem se vê, portanto, na palavra abalisada do brilhante Mestre, que falece razão ao peticionário não só quando insinua direito adquirido ao cargo de Professor, mas, igualmente, quando pretende, em relação à Emenda nº 7/77, não ser ela auto-aplicável, porque, segundo alega, "dispõe que lei complementar estabelecerá normas relativas à organização, funcionamento, disciplina, vantagens, direitos e deveres da Magistratura".

A denominada "Lei Orgânica da Magistratura Nacional", quando editada, não terá, seguramente, o condão de revogar ou retificar o que expressamente já foi vedado pela Lei Maior, que, segundo a expressão do Mestre PONTES DE MIRANDA, é cogente e de incidência imediata.

16. Nesse sentido, aliás, não creio ser demasia reproduzir a clarividente lição do eminente Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, quando, como Procurador-Geral da República, argüiu a inconstitucionalidade do art. 107 da Constituição do Estado da Guanabara (Representação nº 875 - Relator: Ministro Djaci Falcão - RDA 118, pág. 95):

"Essas assertivas (refere-se à não-existência de direito adquirido contra a Constituição) se coadunam com a natureza mesma das coisas. Se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o Poder Constituinte entendeu ser essa vedação exigida pelo interesse comum e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. Por isso, os efeitos futuros de fatos passados são atingidos pelo novo preceito constitucional, respeitados apenas - exceto se a Constituição expressamente declarar o contrário - os efeitos que ocorreram antes da vigência da nova Constituição.

.....

Em outras palavras, a Constituição, ao aplicar-se de imediato, não desfaz os efeitos passados (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressalvar de modo inequívoco)."

17. Ante o exposto, não diviso resquício sequer de viabilidade para a pretensão do requerente, motivo por que, inobstante admita a existência da correlação de matérias focalizada no Parecer nº 3678, desta Casa, e a possibilidade do deferimento da desconvoação pleiteada, entendo concessível a licença para tratar de interesse particular, apenas até a data da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, quando, nos termos da nova redação dada ao art. 114, I, da Carta Magna Federal, ficou vedado a todos os integrantes do Poder Judiciário, sob pena de perda do respectivo cargo, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos na Constituição.

Assim, parece-me, não resta outra alternativa ao peticionário senão a de valer-se do direito de opção preconizado pelo art. 136 do Estatuto da Magistratura (Lei nº 6.929/75), sob pena de, nos termos do mesmo artigo e do já mencionado art. 114 da Lei Maior, ver-se privado do cargo que exerce no Poder Judiciário.

Ratificada, por conseguinte, essa opção a contar de 13 de abril de 1977, data a partir da qual estará o requerente exonerado do cargo de Professor, restará, tão-só, considerar os pedidos de desconvoação, a partir de 17 de dezembro de 1976, e de licença, desde 1º de março até 12 de abril de 1977, de conformidade com o que estabelece o art. 86 da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974 (Estatuto e Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul).

É o parecer.

Porto Alegre, 17 de maio de 1978.

COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA LEGISLAR SOBRE TOMBAMENTO

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3867

O PODER DE ORGANIZAÇÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO

Tombamento. Competência para legislar sobre tal matéria.

A Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos solicita pronunciamento desta Consultoria-Geral sobre anteprojeto de lei que dispõe sobre o patrimônio cultural do Estado, especialmente sobre a compatibilidade do enunciado nos art. 4º e 9º com o art. 66, item VII, da Constituição do Estado, e I4, I5 e I6 face à distribuição de competências estabelecida na Constituição da República, entre União, Estados e Municípios.

2. Para a preservação dos bens de valor cultural ou paisagístico, institui o anteprojeto um serviço de tombamento, a ser realizado por órgão da Secretaria da Educação e Cultura (art. 4º), cujas atribuições e competências estão discriminadas nos artigos subseqüentes.

3. Duas são, portanto, as questões principais a serem analisadas: a primeira diz respeito à possibilidade de lei estadual dispor sobre estruturação, atribuições e funcionamentos de órgãos que integrem a Administração do Estado; a outra relaciona-se com a legitimidade da imposição, pelo Estado, de restrições à propriedade privada, sob a forma de tombamento.

4. Em face do disposto no art. 66, VII, da Constituição do Estado, não pode existir dúvida que só ao Governador do Estado compete dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos estaduais. Por certo, mediante lei, é possível atribuir-se ao Estado o desempenho de tarefas que, até então, não eram por ele desempenhadas. É a lei, aliás, a via adequada à criação dos serviços públicos, pois que a execução desses

serviços implica, freqüentemente, limitações ou restrições à liberdade ou ao patrimônio dos indivíduos, as quais, como é sabido, só por providência legislativa podem ser estabelecidas. Assim, o que a Constituição do Estado reserva ao Governador é o poder de organizar a administração da forma que lhe pareça mais conveniente. Uma das mais úteis criações da Constituição de 1967, no plano administrativo, foi exatamente a outorga desse poder de organização ao Chefe do Executivo que, melhor do que ninguém, deverá saber qual a melhor maneira de assegurar o máximo de eficiência aos órgãos do Estado.

5. Assim, criado por lei o serviço, a fixação do órgão que se incumbirá de realizá-lo, bem como a minudente enunciação das atribuições que, para esse efeito, lhe competirão, é tarefa do Poder Executivo, designadamente do Presidente da República, no plano federal, ou, no caso que estamos examinando, do Governador do Estado.

6. Inconciliáveis com esses princípios mostram-se os art. 4º a 9º do anteprojeto, os quais deverão ser, assim, reexaminados.

7. As constituições brasileiras, ao tratarem da competência legislativa, jamais se referiram aos bens e locais de valor histórico ou artístico e aos monumentos e às paisagens naturais notáveis.

Nas nossas duas primeiras constituições não se reflete qualquer preocupação com a proteção de documentos, obras e objetos de valor cultural ou com a preservação da paisagem. A Constituição de 1934, depois de minucioso elenco da competência privativa da União (arts. 5º e 6º), da competência privativa dos Estados (arts. 7º e 8º) e da competência legislativa supletiva ou complementar dos Estados (art. 5º § 3º), declarava, no art. 10, incumbir concorrentemente à União e aos Estados “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico e artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”.

No preceito percebe-se inequívoca influência da Constituição de WEIMAR, cujo art. 150 colocava sob a proteção e os cuidados do Estado os “monumentos artísticos, históricos e naturais, assim como as paisagens”, explicitando, ainda, ser atribuição do Império “impedir a evasão de obras de arte” (*Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie*

die Ladschaft genissen den Schutz und die Pflege des Staates. Es ist die Sache des Reichs, die Abwanderung deutschen Kunstbesitzes in das Ausland zu verhüten).

ANSCHÖTZ, interpretando esse texto, esclarecia que **proteção (Schutz)** tinha ali o sentido específico de segurança contra danos, destruições e alterações e que com **cuidados (Pflege)** pretendia-se indicar a manutenção do existente, com seus valores culturais. A regra – prossegue o grande constitucionalista – serve tanto de diretriz para o legislador quanto para o administrador. Todavia, com relação a este, não concede licença imediata para realizar intervenções na propriedade ou na liberdade individual. Isso só seria possível mediante lei do Império ou dos Estados. Exemplos de leis estaduais de caráter restritivo eram as que impediam as modificações nas cidades ou as de proteção aos monumentos (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 1933, p. 150).

É importante observar que, na Constituição de Weimar, só o Império – o **Reich** – tinha competência para legislar sobre direito civil e desapropriação, sendo a propriedade resguardada e protegida pela Constituição, como “garantia institucional”, conceito e expressão de CARL SCHMIDT, que se tornariam clássicos no direito constitucional moderno.

A Constituição brasileira, de 1937, manteve a mesma orientação, ao proclamar no art. 137:

“Os monumentos históricos, artísticos e naturais assim como paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

A Constituição de 1946 eliminou a alusão que faziam as Constituições anteriores à União (ou Nação) e aos Estados (1934), bem como aos Municípios (1937), para adotar uma fórmula genérica, o **poder público**, sob cuja proteção ficavam as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza.

A Constituição de 1967, em sua forma originária e na que assumiu com a Emenda nº 1, repetiu a locução **poder público**, como se vê, respectivamente, nos arts. 172 e 180.

8. Em face desses textos constitucionais propõem-se, no Direito Brasileiro, duas ordens de questões: a primeira visa a esclarecer se a competência que tem o **poder público** para proteger os monumentos artísticos, históricos ou naturais reparte-se entre a União, os Estados e Municípios, ou se é privativa da União Federal; a outra tende a definir, na hipótese de resposta à indagação anterior que estenda aos Estados e Municípios aquela incumbência, se essas pessoas jurídicas de Direito Público poderiam, por lei, criar restrições à propriedade, pela instituição do tombamento.

9. O primeiro ponto é de fácil deslinde. A simples rememoração das regras constitucionais pertinentes à matéria, desde a Constituição de 1934, parece suficiente para evidenciar, sem margem a qualquer dúvida, que a expressão **poder público**, que substituiu, na Constituição de 1946, a menção particularizada à União e aos Estados, ou à União, Estados e Municípios, que aparecia, respectivamente, nas constituições de 1934 e 1937, abrange todas as pessoas jurídicas de existência necessária. Cabe, assim, à União, aos Estados e Municípios resguardar, proteger e conservar os monumentos históricos, artísticos e naturais.

10. Questão mais delicada é a que diz respeito à possibilidade de os Estados e Municípios, mediante lei, estabelecerem restrições à propriedade, instituindo tombamento.

Em outros termos, cuida-se de saber se a competência concorrente, atribuída constitucionalmente à União, Estado e Município, para proteger e zelar pelos bens de valor cultural ou paisagístico, implica o poder de legislar sobre tal matéria, impondo, por essa forma e para a consecução daqueles fins, restrições à propriedade individual.

Como já acentuamos, o "status quaestionais" no Direito Brasileiro corresponde, integralmente, ao que existia na Alemanha, do tempo da Constituição de Weimar.

Aquela Constituição, do mesmo modo que a brasileira, ao dispor sobre a partilha de competência na Federação, silenciava quanto aos bens de valor cultural ou paisagístico, limitando-se a realçar que a proteção e preservação desses bens era tarefa do poder público.

Todavia, conquanto no Direito alemão fosse pacífico o entendimento de que o poder de zelar, proteger e preservar implicava o de legislar, cabendo esse poder quer ao Império quer aos Estados, no Brasil, embora a maioria das opiniões propenda para reconhecer a competência legislativa dos Estados e Municípios nessa matéria, não há plena concordância na doutrina e na jurisprudência.

O principal argumento utilizado contra a possibilidade de os Estados e Municípios criarem restrições à propriedade, mediante lei, radica, fundamentalmente, na competência constitucional outorgada à União para legislar sobre cumprimento da Constituição e execução dos serviços federais (art. 8º, XVII, "a"); sobre Direito Civil (art. 8º, XVII, "b"); sobre Desapropriação (art. 8º, XVII, "f") e sobre Intervenção no Domínio Econômico (art. 163), assegurando a Constituição, além disso, a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, nos termos do seu art. 153.

11. Na estrutura constitucional brasileira a competência dos Estados fica comprimida entre a competência explícita ou implicitamente concedida à União (art. 13, § 1º) e a competência outorgada aos Municípios, como expressão de sua autonomia, a qual se manifesta, sobretudo, pela administração própria, no que respeita ao seu peculiar interesse (art. 15, II).

No que tange à competência da União para legislar, é ela privativa ou concorrente (art. 8º e seu parágrafo único).

Na última hipótese, é meramente supletiva a competência dos Estados. Em se tratando de competência concorrente, em princípio vigora entre nós a regra de que a lei federal afasta a lei estadual que disponha sobre o mesmo ponto ou que cubra a mesma área.

Se não há lei federal, a propósito de determinada matéria, admite-se que a lei estadual sobre ela estatua. Havendo, porém, lei federal, só acessória ou complementarmente será possível a legislação estadual. Na

hipótese de conflito entre lei federal e estadual, aquela prevalece sobre esta. Dentro desses limites, é irrecusável que também tem adequação ao nosso sistema a velha máxima do direito alemão, acolhida na Constituição de Bonn com este enunciado: "**Bundesrecht bricht Landesrecht**" (art. 31), e que não significa *lex posterior derogat priori*, mas sim *lex superior derogat inferiori* (FRIEDERICH GIESE, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1955, p. 63).

Existem, porém, pelo menos no plano teórico, espaços reservados à legislação concorrente dos Estados que não podem ser invadidos ou preenchidos pela legislação federal. Isso ocorre naquelas situações em que a competência da União restringe-se à edição de **normas gerais** (*Rahmenvorschriften; lois-cadre; "leis-moldura"*) assim como previstas, por exemplo, no art. 8º, XVII, "c" e "q".

A lei federal, neste caso, deve deixar matéria que possa ser constituir em objeto de legislação estadual. Se nenhuma complementação for necessária, a lei não conterà apenas normas gerais e será, portanto, inconstitucional, na parte em que houver disposto em minúcias ou exaustivamente. Percebe-se, desde logo, a quase invencível dificuldade prática em definir os limites que a lei deve guardar para que possa ser considerada norma geral ou simples "lei moldura".

12. Assim lembrados os princípios gerais que informam a divisão da competência legislativa na nossa Federação, cumpre agora examinar a quem compete legislar sobre o tombamento.

E indiscutível que o tombamento constitui uma restrição à propriedade individual, feita no interesse público. Não se trata, à evidência, de instituição de Direito Civil ou de qualquer outro ramo do Direito Privado, mas de típica instituição de Direito Público, designadamente de Direito Administrativo.

Na verdade, ao legislar sobre tombamento o Estado se apresenta, perante os particulares, investido dos seus poderes típicos, do seu "imperium", o que, por isso só, seria suficiente para situar o instituto na área do direito público. Conquanto ainda hoje se discuta, sobretudo entre os administrativistas, sobre os critérios distintivos entre direito público e

direito privado, é irrecusável que o critério do "imperium" estatal serve, por via de regra, para demarcar o que se poderia chamar de território mínimo do direito público. Se, na relação jurídica, um dos termos é o Estado e este aí se apresenta investido de "imperium", dificilmente a norma jurídica que disciplinar tal relação não será de direito público. O critério do "imperium" estatal dominante no Direito Administrativo no século passado, tido então como indispensável para definir a competência dos tribunais naqueles países em que a jurisdição administrativa se distingue da comum, e que presidia, no Direito francês, a "summa divisio" dos atos administrativos em **atos de imperium** e **atos de gestão**, só começou a ser criticado a partir do instante em que se percebeu que havia situações em que o Estado não figurava como "persona potentior", e, não obstante isso, entendia-se que a relação, nessas hipóteses, era mesmo assim de direito público. Em outras palavras, em algumas nações passou-se a considerar que o critério de "imperium" não era tão absoluto ou abrangente como se imaginava, o que levou a que fosse ele substituído, no direito francês, pelo do **serviço público**.

De qualquer maneira, a dificuldade para caracterizar se determinada relação jurídica é ou não de direito público ou se tal instituição pertence ou não ao direito público jamais, ou pelo menos raramente, se configura quando há a presença do Estado com o seu "imperium". As hesitações e perplexidades, bem ao contrário, só se manifestam quando o Estado entra em tais relações despojado de seus poderes peculiares.

13. O ato administrativo que, fundado em lei, realiza o tombamento determinado bem, institui restrição ao direito individual de propriedade pelo exercício de atribuições do Estado que caracterizam "imperium". Cogita-se, portanto, de situação desenganadamente de direito público, e não de direito civil.

De direito civil são as normas que disciplinam, por exemplo, os modos de aquisição e perda da propriedade, mas nunca as que afeioam o exercício desse direito ao interesse social, pela imposição de restrições que inibam ou eliminem os impulsos egoísticos dos indivíduos em proveito da coletividade.

Por outro lado, os problemas criados pelo acelerado aumento de densidade demográfica nos nossos grandes centros urbanos tornam anacrônicas e sem sentido as discussões sobre a possibilidade de os municípios estabelecerem restrições ao direito de propriedade. A administração das grandes capitais brasileiras está, a todo momento, impondo limitações e restrições à propriedade dos cidadãos, com o intuito de assegurar o crescimento harmônico das cidades, ou de melhorar a qualidade de vida de seus habitantes, ou de submeter as construções a certos padrões e exigências ditados por critérios os mais diversos, todos voltados para o interesse público. Não se diga que a legitimidade das limitações e restrições impostas em leis municipais derivam da referência que a elas fazem leis federais, como o Código Civil (art. 572) e o Código de Processo Civil (art. 934, III). Entre nós não se admite a delegação legislativa, nem dentro da mesma órbita (Constituição Federal, art. 6º, parágrafo único). A lei estadual ou municipal não pode, assim, adquirir validade pela existência de lei federal que a ela se refira. A questão, neste particular, é sempre de ordem constitucional. Ou o Estado, ou o Município, é competente para legislar, sobre determinada matéria, por força da Constituição, ou não é. Se não for, lei ordinária alguma poderá atribuir-lhe essa competência.

14. Não nos parece também convincente o argumento pelo qual se pretende vincular com exclusividade à União a competência para legislar sobre tombamento, baseado na circunstância que a ela cabe legislar sobre cumprimento na Constituição e execução de serviços públicos federais.

A competência para legislar sobre cumprimento da Constituição não pode ir ao ponto de afrontar ou cercear competência que, pela mesma Constituição, foi deferida aos Estados ou aos Municípios. Se outro fosse o entendimento, nada seria mais fácil do que, por lei ordinária, apagar ou diminuir a competência residual dos Estados ou a que têm os municípios em razão da autonomia que lhes é reconhecida (CARLOS MEDEIROS SILVA, Parecer, RDA 120/463). A circunstância de haver a União instituído um serviço que zela pelo patrimônio artístico e cultural da nação não quer dizer que estejam o Estado e Municípios impedidos, na sua respectiva esfera, de também zelar pelos bens e monumentos artísticos, históricos e naturais que, embora não tenham significação nacional a ponto de atrair sobre eles a atenção do competente serviço federal, têm, todavia, interesse

ou significação regional ou local. Nada impede, pois, que Estados e Municípios criem serviços que, analogamente ao federal, se ocupem em manter e preservar os valores culturais ou os aspectos paisagísticos que se situem em seus respectivos territórios. A legislação da União obviamente só poderá, neste particular, relacionar-se com os serviços públicos federais, não lhe cabendo interferir naqueles que são estaduais ou municipais.

15. As restrições e limitações à propriedade, instituídas tendo em vista a preservação de patrimônio cultural ou de bem de interesse paisagístico, não configuram, a seu turno, intervenção no domínio econômico, a que alude o art. 163 da Constituição Federal. A participação do Estado na economia não se restringe, apenas, a controles e impulsos indiretos, mas assume, freqüentemente, formas mais agressivas, pelas quais o Estado interfere diretamente na atividade econômica. Como, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, “as empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”, as quais, apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, serão organizadas e exploradas diretamente pelo Estado (art. 170, § 1º), quis o legislador constituinte, em consonância com essas disposições, que a intervenção no domínio econômico só se realizasse mediante lei federal e observados, ainda, esses dois requisitos: (a) quando fosse indispensável por motivo de segurança nacional ou (b) para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

As restrições à propriedade que se estabelecem com o tombamento, para efeito de preservação de valores culturais ou da natureza, manifestamente nada têm a ver com a organização e desenvolvimento da economia. Não caracterizam, portanto, intervenção no domínio econômico, no sentido em que a expressão é utilizada no texto constitucional.

16. Por último, cabe sinalar que a Constituição Federal, no art. 153, “assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”, nos termos e condições enunciados nos seus parágrafos. Dentre estes, tem importância para a matéria em exame o § 2º (“ninguém

será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e o § 22 (“É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública”).

O § 22 legitima, assim, a perda, pelo particular, em razão de ato do poder público, do direito de propriedade sobre determinado bem e o § 2º autoriza, mediante reserva legal, sejam estabelecidas restrições à propriedade, a fim de que ela efetivamente realize, a função social que lhe é reconhecida e destinada pelo art. 160, III, da Constituição Federal.

Pelo enunciado do § 2º do art. 153, é indispensável que as restrições sejam estabelecidas em lei, a qual poderá ser, no caso específico do tombamento, federal, estadual ou municipal, pois em nenhuma regra constitucional se restringiu à União competência exclusiva para legislar a tal propósito.

17. EM CONCLUSÃO, não vejo, assim, nenhum óbice para que o Estado legisle sobre o tombamento. Do anteprojeto deverá, porém, ser excluído o art. 16, pois o Estado não tem competência para legislar sobre matéria penal.

PORTO ALEGRE, 26 de junho de 1978.

ALIENABILIDADE DE BENS IMÓVEIS LOTEADOS

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

PARECER CGE Nº 3750

REGIME JURÍDICO das vias e logradouros públicos integrantes de área loteada sob o regime instituído pelo Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937.

Desafetação por lei municipal e doação de área correspondente a logradouro público num todo maior loteado.

1. A Prefeitura Municipal de Novo Hamburgo pretende doar dois terrenos, um à Mitra da Arquidiocese de Porto Alegre e outro ao Clube dos Subtenentes e Sargentos da Brigada Militar.

O primeiro desses terrenos integra a área que, sob a denominação de “FLORESTA RONDÔNIA”, foi loteada nos termos de inscrição específica efetuada, em 17 de fevereiro de 1948, com o nº 12, no livro próprio do Registro Imobiliário da Comarca, tendo sido, conforme as discriminações do plano de loteamento correspondente, destinado a abrigar uma praça ou área verde.

O mesmo se dá com o segundo terreno, integrante de um todo maior loteado sob o nome de “VILA MARTE”, conforme inscrição específica efetuada, em 2 de janeiro de 1955, com o nº 31 do livro próprio do Registro Imobiliário da Comarca.

Recebendo encomenda das escrituras correspondentes, negou-se o Tabelião a lavrá-las sob alegação de que, nos termos do art. 124, IV do Código de Organização Judiciária do Estado, compete-lhe apreciar, sempre que se trate de negócios envolvendo bens imóveis, a prova do domínio, que, no seu entender, a pretensa transmitente não possui.

Entende, com efeito, o sobredito notário que a matéria é regulada pelo DL 58/37, segundo o qual, nos termos do seu art. 3º, as parcelas das áreas regularmente loteadas, que se destinem à passagem de vias públicas ou a abrigar praças e áreas verdes, tornam-se, a partir do registro do loteamento, inalienáveis para o proprietário, que, no entanto, não lhes perderia o domínio, o qual, pelo contrário, readquiriria no momento em que a pública afetação cessasse.

Diversamente, o Procurador do Município sustenta, com amparo na transcrição parcial de um voto do Min. THOMPSON FLORES, que, mesmo com fundamento no que dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37, se há de entender integradas no domínio público, quando da inscrição do correspondente loteamento, as áreas destinadas a praças, áreas verdes e vias públicas. Assim sendo, ditas áreas uma vez desafetadas, como o foram, por força das Leis Municipais números 58/76 e 84/76, liberam-se da inalienabilidade que lhes é peculiar enquanto bens públicos, tudo nos termos dos artigos 66 e 67 do Código Civil Brasileiro, sendo pois titular do domínio a pretensa alienante e legítima a alienação que entende fazer.

Em face da discrepância de entendimentos sobre a matéria, houve por bem o Senhor Prefeito Municipal encaminhar a matéria à consideração desta Consultoria-Geral.

A questão, que envolve o atualíssimo problema da utilização do solo urbano, por extremamente complexa, foi submetida diversas vezes ao Conselho Superior desta Consultoria-Geral, tendo ainda o relator se socorrido do inestimável apoio técnico do Instituto de Informática, que correspondeu, como de costume, com copioso e valioso acervo de referências doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes.

2. A leitura do último dispositivo do Decreto-Lei nº 271/67 leva-nos a concluir pela existência de dois regimes de loteamento simultaneamente vigentes: o **regime novo**, isto é, do próprio Decreto-Lei nº 271/67, referente apenas aos loteamentos urbanos, e o **regime antigo**, decorrente do Decreto-Lei nº 58/37.

Justifica-se sobremodo a cautela da lei nova na medida em que a efetivação dos negócios de loteamento, por suas peculiares características,

que envolvem, comumente, alentadas obras de infra estrutura e vendas, de lotes a prazo, sói desdobrar-se lentamente no tempo durante anos. Resguardou assim o complexo de interesses envolvidos em tais negócios, assegurando-lhes a permanência dos parâmetros legais em que foram inicialmente vasados.

Vejamos comparativamente os textos legais referentes aos dois regimes de loteamentos e à matéria que particularmente nos interessa:

Decreto-Lei nº 58, de 10/12/1937.

Art. 3º - A inscrição torna inalienáveis por qualquer título as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta.

Decreto 3079 de 15/9/1938.

Art. 3º - A inscrição torna inalienáveis por qualquer título as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta.

Decreto-Lei nº 271, de 28/2/1967.

Art. 4º - Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

Parágrafo único - Inscrita a modificação de arreamento a que se refere o art. 1º, § 5º, cancelar-se-á a cláusula de inalienabilidade sobre as vias de comunicação e os espaços livres da planta modificada, a qual passará a gravar as vias e espaços abertos em substituição.

Art. 6º - A inscrição não pode ser cancelada se não:

a)

Art. 6º - A inscrição não pode ser cancelada se não:

a)

Art. 4º - Parágrafo único - O proprietário ou loteador poderá requerer ao Juiz competente a reintegração em seu domínio das partes

b) a requerimento do proprietário, enquanto nenhum lote for objeto de compromisso devidamente inscrito ou mediante o consentimento de todos os compromissários ou seus cessionários, expresso em documento por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais.

b) a requerimento do proprietário, enquanto nenhum lote for objeto de compromisso devidamente averbado, ou mediante o consentimento de todos os compromissários ou seus cessionários, expresso em documento por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais.

mencionadas no corpo deste artigo quando não se efetuem vendas de lotes.

Art. 9º – Este decreto-lei não se aplica aos loteamentos que na data da publicação deste decreto-lei já estiverem protocolados ou aprovados nas prefeituras municipais para os quais continua prevalecendo a legislação em vigor até esta data.

Isto posto, cumpre, preliminarmente, dirimir qual o regime de loteamentos à luz de que se buscará solução para o problema posto: se o novo, se o antigo.

Por determinação expressa de seu art. 9º, o Decreto-Lei nº 271/67 excluiu indiscutivelmente de sua abrangência os loteamentos, não só os já inscritos no registro imobiliário ou até entregues ao Município correspondente, mas inclusive aqueles que, ao início da vigência da lei nova, estivessem tão somente aprovados e até mesmo simplesmente protocolados nos órgãos municipais competentes.

Ficou expresso e claro, como se disse, que o Decreto-Lei nº 271/67 teve o intuito de criar dois regimes para os negócios de loteamentos: o **regime novo** por ele instituído e referente apenas aos loteamentos urbanos e o **regime antigo**, decorrente do Decreto-Lei 58/37.

Como se depreende indubitavelmente do relatório, os loteamentos “FLORESTA RONDÔNIA” e “VILA MARTE” foram **inscritos**, no compe-

tente registro imobiliário, respectivamente, em 1948 e em 1955. Ora, a aprovação, mencionada pelo referido art. 9º do Decreto-Lei nº 271/67 como marco delimitador de áreas de pertinência entre os regimes novo e antigo de loteamentos, é condição implementar do **registro** por força de disposição expressa do art. 1º, § 1º do Decreto-Lei nº 58/37 e do art 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 3079/38, este vigente ainda como regulamento dos dois regimes de loteamento acima referidos, conforme se depreende do mandamento contido no art. 10 do Decreto-Lei nº 271/67.

Se nos afigura claro, pois, que a questão em exame deve ser solucionada à luz do regime de loteamento traçado pelo Decreto-Lei nº 58/37.

3. Superada a preliminar retro referida, defrontamo-nos com outra questão, esta bem mais complexa, cujo esclarecimento se nos afigura indispensável ao deslinde da questão em exame.

Partindo da premissa indiscutível de que as áreas correspondentes a vias de comunicação, praças e outras destinadas ao uso comum do povo, e integrantes da infra-estrutura de quaisquer áreas urbanizadas, seja através da efetivação de negócios de loteamentos, seja através dos chamados “loteamentos de fato”, seja em decorrência da ampliação espontânea das cidades, são **bens públicos** – BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO (CC., art. 66, I) – cumpre esclarecer, particularmente quando provenham de negócios de loteamento, **em que momento, passam a integrar o domínio público.**

O proprietário de área que a pretenda lotear não pode sequer **anunciar** a venda de lotes se não tiver **inscrito o memorial de loteamento** devidamente instruído com os documentos e plantas correspondentes (Decreto 3.079, art. 1º) no competente registro imobiliário. Em se tratando de área urbana, dita inscrição depende de **prévia aprovação pela Prefeitura Municipal**, “...ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias e militares”, do plano e plantas do loteamento. Não raro, os **códigos municipais de obras** exigem que o loteador implemente ou insira, no plano de loteamento ou no pedido de aprovação de seu projeto, declaração em que **doe** ou se **comprometa a doar** à municipalidade os tratos de terra que se destinam a uso comum do povo.

Uma vez inscrito o memorial de loteamento, o empresário dá início à efetivação de seu negócio através da realização de obras de infra-estrutura, entre as quais a abertura de ruas e preparação de praças, passando a vender ou compromissar os lotes.

Nessa fase é possível que ao menos algumas vias públicas, tão logo abertas, já sejam **tomadas pelo uso comum do povo**.

Finalmente, o loteador, uma vez completado o plano urbanístico, procede à **entrega** do novo trato urbano à Prefeitura, que insere as áreas de uso comum do povo em seus serviços. Na multiforme realidade municipal brasileira essa entrega tanto pode ser formal, com **aceitação** da Prefeitura, que examina previamente a adequada realização do plano proposto, como pode ser **tácita, informal**.

4. Alinhados os principais momentos em que se desdobra, desde o projeto até a realização, o negócio de loteamento, pergunta-se: em qual desses momentos passam as áreas projetadas, inscritas, abertas, tomadas, entregues ao uso comum, para o **domínio público**?

O Decreto-Lei nº 271/67 simplifica a questão por respondê-la de plano: no momento da **inscrição** do loteamento no competente registro imobiliário passam a integrar o domínio público municipal as vias, as praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo (art. 4º).

No âmbito do Decreto-Lei nº 58/37 a solução longe está de ser tão simples: **este não contém nenhuma disposição expressa no sentido da integração daquelas áreas do domínio público**; diz apenas que, a contar da mesma inscrição, tornam-se “... **inalienáveis** por qualquer título” (art. 3º, grifou-se).

Esse texto tem provocado, na doutrina e na jurisprudência, posicionamentos assim tão díspares quanto cautelosos e parcimoniosos.

Alguns fixam-se na **aprovação** do plano de loteamento pela prefeitura.

PONTES DE MIRANDA, no seu Tratado de Direito Predial, afirma:

“Tem-se pretendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornem **públicos** por ato dos interessados, entregando-as à Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A **aprovação do loteamento** faz públicas as vias de comunicação e públicos os espaços livres, com a ressalva de serem ultimadas pelos loteadores as obras das vias de comunicação e dos espaços livres e da modificabilidade segundo o Decreto-Lei nº 58.” (ob. cit., Rio de Janeiro, Konfino, 1948, v. 3, pág. 108; cf. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Forense; 1971, v. 13, pág. 89; grifou-se)

Inicialmente na mesma linha, HELY LOPES MEIRELLES:

“O ato administrativo da aprovação do plano de loteamento é que transmuda o domínio privado das áreas reservadas para vias de comunicação e espaços livres em bens de domínio público de uso comum do povo.

Nem é por outras razões que o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, torna obrigatória a aprovação do plano de loteamento pela Prefeitura antes de sua inscrição no registro imobiliário (art. 1º, § 1º).” (MEIRELLES, H. LOPES & AZEVEDO, E. de Andrade, “in” Assuntos Municipais, P. Alegre, Publicação do Instituto Municipal do Rio Grande do Sul, 1965, pág. 278).

Noutro trabalho, embora procurando conciliar posição nova com a sobrecitada, na verdade muda efetivamente de idéia para fixar, já não na **aprovação** do plano de loteamento pela Prefeitura Municipal, mas na **inscrição** do memorial de loteamento no competente registro imobiliário, o momento da passagem das áreas que ora nos interessam para o domínio público:

“Aprovado o **plano urbanístico do loteamento** pela Prefeitura, após a concordância do Serviço Sanitário (estadual) e dos Comandos Militares (federais) encerra-se a fase **administrativa** da legislação do loteamento, passando-se, então, ao atendimento da

exigência civil da inscrição no Registro Imobiliário, para só então ser considerado concluído o processo de loteamento e produzir os efeitos jurídicos que a legislação federal lhe reconhece (Decreto-Lei federal nº 58, de 10 de dezembro de 1937 e seu Regulamento - Decreto nº 3.079, de 15 de setembro de 1938)".

E mais adiante, **no mesmo trabalho**, categóricos:

"A conclusão inafastável, diante da lei, da doutrina e da jurisprudência, é a de que nos loteamentos regulares, o domínio das vias de circulação e dos espaços livres só se transfere para o Município com a inscrição do memorial e da planta respectiva, após a aprovação administrativa da Prefeitura. Antes desse registro não há transferência de domínio; há apenas atos intermediários de aprovação administrativa..." ("in **Estudos e Pareceres de Direito Público**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v.1, págs. 275 e 278; grifou-se).

Esse é também o pensamento de CIRNE LIMA:

"... o registro feito pelo proprietário, no albo imobiliário, dos documentos relativos ao loteamento de terrenos, destinados à venda em prestações, estabelece a dominialidade pública sobre as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e planta". (**Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**, I Introdução, Porto Alegre, Gráfica Editora Santa Maria, 1953, pág. 28). A mesma tese aparece reafirmada na última edição dos **Princípios de Direito Administrativo** (Livraria Sulina Editora, P. Alegre, 1964, 4a. ed., pág. 54).

A nível jurisprudencial, deparamos sufragada, no Supremo Tribunal Federal, tanto a tese de PONTES DE MIRANDA (Rec. Ext. nº 73.044 - SP: RTJ/STF 62/466) quanto, e desde mais tempo, a tese de CIRNE LIMA: "Ruas e praças consecutórias do loteamento e venda de propriedade urbana, ou suburbanas tornam-se bens públicos, de uso comum, inalienáveis, e isso da data em que inscritos no Registro de Imóveis o memorial, planta e

demais documentos a que se refere o decreto-lei nº 58, de 1937" (Rec. Extr. nº 49.159, Diário da Justiça, da União, 19 de julho de 1963; apud RT 364/97; grifou-se).

Noutras decisões judiciais predominou simplesmente o intuito de caracterizar a dominialidade pública de vias e logradouros públicos, sem maiores cuidados em precisar o momento em que esses tratos de terra tenham passado a se constituir em bens públicos, a ponto de vermos atropeladamente identificadas as posições, obviamente diversas, de PONTES DE MIRANDA e de CIRNE LIMA (Acórdão do TJSP, Apelação Cível nº 154.643; RDP/SP/ nº 5, páginas 259/261).

Há também julgados onde se percebe nitidamente que a própria riqueza do fenômeno urbanístico enquanto negócio e, pois, como realidade fáctica, determinou caminhos diversos; de certa forma insinuou soluções novas.

Nessa linha, mais rica por certo, alguns votos e mesmo acórdãos invocam a **execução do arruamento** e a **aceitação deste pela municipalidade** como discrimine caracterizador da inclusão de ruas, praças e demais logradouros de uso comum no domínio público.

Assim, lê-se em voto do Min. DJACI FALCÃO, relator no recurso extraordinário nº 59.065-SP: "**Executado o arruamento**, se a Municipalidade aceita o plano, opera-se a transferência do domínio particular para o domínio público" (RDA nº 100, pág. 126; grifou-se). E adiante, no mesmo voto: "...operou-se a transferência do domínio particular para o domínio público municipal. As vias de comunicação se tornaram bens públicos de uso comum, sendo entregues ao público..."; (id., ibid., pág. 127; grifou-se).

A mesma orientação se encontra no posicionamento do Min. ANTONIO NEDER, relator no recurso extraordinário nº 71.994-PE, transcrevendo opinião, diversa das anteriormente referidas, de HELY LOPES MEIRELLES, constante dos autos:

"As áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio municipal, independentemente

de título aquisitivo e transcrição, pois o **efeito jurídico do arruamento** é o de **transformar o domínio particular em domínio público**, para uso comum.” (RTJ/STF nº 62, pág. 153; grifou-se)

Aliás, no mesmo e já citado parecer sobre loteamento urbano, em que, modificando posicionamento anterior, sustenta expressamente ser a inscrição do memorial correspondente no registro imobiliário o momento da inserção das vias e logradouros públicos no domínio público municipal, H. LOPES MEIRELLES afirma que, se não há loteamento “– nem de direito nem de fato – não há falar em transferência de ruas e espaços livres para o Município pois que tal transferência só se opera quando se consuma o loteamento” (“in” **Estudos e Pareceres de Direito Público**, S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1971, 1º v., pág. 280; grifou-se).

E, para que não haja dúvidas, esclarece logo adiante:

“Não houve abertura de qualquer rua ou logradouro público em decorrência do plano de loteamento **não consumado**.” (id., *ibid.*, pág. 281).

Cumprir registrar ainda o posicionamento daqueles que, menos preocupados em esclarecer **quando** do que em explicar **como** se processa a inserção no domínio público das vias e logradouros de uso comum, combinaram praticamente todas as teorias antes referidas com a pretensamente sofisticada e seguramente desnecessária construção de procedência francesa, baseada na configuração do chamado “**concurso voluntário**”.

Nessa linha, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível nº 138.744, da comarca da capital (RT/378 págs. 112-114).

Entendem os seguidores dessa corrente, que, no “concurso voluntário”, denominado pelos franceses de “offre de concours”, “...encontram-se, de um lado, a vontade da autora (leia-se: do loteador), ao promover o loteamento em que reservou as ruas para o indeclinável acesso aos lotes e para o uso comum do povo e, de outro lado, a vontade da

Administração municipal, ao editar o decreto nº 4.987, de 6 de dezembro de 1960, que atualizou o cadastro municipal e registrou ditas faixas como ruas públicas do seu patrimônio”. (RT nº 378, pág. 112; intercalou-se).

Sustentam, ou melhor, sustentavam ao tempo do Decreto-Lei nº 58/37, eis que o Decreto-Lei nº 271/67 de certo modo simplificou a questão, que “...além dos modos de adquirir, de transmitir e de perder a propriedade imóvel, próprios ao direito civil, não prescinde o direito administrativo de sua disciplina peculiar, indispensável para assegurar as condições de vida e desenvolvimento das sociedades civilizadas de nossos dias. O concurso voluntário (...) é fruto dessa disciplina, como observam alhures Jêze, Waline, Barthelemy, Marienhoff e outros e como se tem apregoadado, entre nós, direta ou implicitamente, por CLÓVIS (**Soluções Práticas de Direito**, vol. IV, pág. 39), LINHARES DE LACERDA (**Tratado das Terras do Brasil**, 1960, I/191), SERPA LOPES (**Tratado dos Registros Públicos**, 1960, § 247), PONTES DE MIRANDA (**Tratado de Direito Privado**, 1955, vol. 13, § 1452, nº 4), HELY LOPES MEIRELLES (**Assuntos Municipais**, 1965, pág. 277), e outros, com positivas repercussões na jurisprudência...” (RT/378, páginas 112 e 113; grifou-se).

Como se vê, é confuso o panorama doutrinário e jurisprudencial no que respeita ao tema sobre que ora se está a perquirir. Essa dificuldade, conquanto não se possa dizer resultante, certamente, ao menos, se agrava em razão do fato de as municipalidades regularem diversamente os detalhes procedimentais da tramitação dos pedidos de aprovação de projetos de loteamentos. Como já se disse, não é incomum inclusive, segundo se depreende dos argumentos expendidos em juízo, ora acatados ora não pelo decisório nas lides em que se tem versado o tema, exigirem as municipalidades a doação ou o compromisso de doação das parcelas do todo a ser loteado e que se destinariam ao uso comum do povo ou mesmo à edificação de próprios municipais.

5. O certo é, porém, que o Decreto-Lei 58/37 nem diz que os tratos de terra que ora nos interessam **se convertem** em bens públicos, muito menos **quando** se dá essa superveniência da dominialidade pública.

O que se lê no Decreto-Lei nº 58/37, mais exatamente no seu art. 3º. é que, uma vez **inscrito** o memorial de loteamento no competente

registro imobiliário, as parcelas do todo que se pretende lotear, destinadas a receber vias de comunicação e espaços livres, tornam-se "...inalienáveis por qualquer título" (Decreto-Lei 58/37, art. 3º; Decreto 3.079/38, art. 3º; grifou-se).

Ninguém duvida serem inalienáveis os bens públicos (CC, art. 67). Mas nem essa característica é **absoluta** na dominialidade pública nem **ausente** na dominialidade privada. Não se pode, pois, sob pena de erro, deduzir da inalienabilidade presente na dominialidade pública que todos os bens declarados por lei inalienáveis nela se incluam.

Veja-se bem que a melhor doutrina ensina não serem os bens públicos inalienáveis em termos absolutos, como se referiu antes, senão serem "... alienáveis nos casos e formas que as leis ordinárias prescreverem". É a lição de AZEVEDO MARQUES referida e, sem dúvida, confortada com o vigor do aval de CIRNE LIMA ("in" **Princípios de Direito Administrativo**, 4a. ed., P. Alegre, Livraria Sulina Editora, 1964, pág. 79).

Repare-se ainda que a lei enumera não poucos casos de bens inalienáveis que a ninguém ocorreria serem ou passarem a ser públicos. Assim os **bens dotais** (CC, artigos 289, 293), os **bens próprios dos filhos** (CC, artigos 385, 386), o imóvel declarado **bem de família** (CC, artigos 70, 72).

Trata-se de hipóteses em que a tutela legal deslocou-se da salvaguarda da **vontade** do agente ao qual os sobreditos bens foram confiados, para a **finalidade objetiva** em razão de que os mesmos bens lhe foram confiados.

A conclusão que se impõe a esta altura é de que não se pode identificar bem inalienável com bem público.

E repita-se: no Decreto-Lei nº 58/37 não se diz, em lugar algum, serem ou passarem as áreas de que ora se trata a ser bens públicos com a inscrição, no registro imobiliário, do memorial de loteamento correspondente. Lá se diz tão somente que, a contar da referida inscrição, ditas áreas se tornam inalienáveis. Nada mais.

Não encontramos razão em PONTES DE MIRANDA, quando, sempre com referência ao regime do Decreto-Lei nº 58/37, encontra na **aprovação do plano** de loteamento, em fase, portanto, **anterior à própria inscrição** no registro imobiliário, que só se dá com o **plano já aprovado** (Decreto-Lei nº 58/37, art. 1º; Decreto 3.079/38, art. 1º), o momento no qual as áreas que ora nos interessam passariam à dominialidade pública.

A explicação plausível para esse posicionamento é tão-só a circunstância, já apontada, de que, não raro, a legislação municipal sobre loteamentos exige como parte integrante ou como proposição obrigatoriamente anexa ao plano de loteamento, declaração do loteador doando ou comprometendo-se a doar à municipalidade as áreas correspondentes a vias e logradouros públicos. Nessa hipótese a aprovação do plano ensejaria o vislumbre de um acordo de vontades eventualmente prestável ao chamado "concurso voluntário".

Tal posicionamento, porém, não encontra, como se viu, qualquer amparo no Decreto-Lei nº 58/37.

O mesmo já não se pode arriscar no que respeita a CIRNE LIMA.

Diversamente de PONTES DE MIRANDA, que expende sua lição ao versar, no **Tratado de Direito Predial** (cf. cit. ant.), exatamente a matéria atinente a loteamentos, CIRNE LIMA, conquanto venha repetindo seu posicionamento (**Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**, P. Alegre, Gráfica Editora Santa Maria, 1953, I, pág. 28; **Preparação à Dogmática Jurídica**, 2ª ed., P. Alegre, Livraria Sulina, 1958, pág. 154; **O Código Civil e o Direito Administrativo**, P. Alegre, Livraria Sulina, 1960, pág. 29; **Princípios de Direito Administrativo**, 4a. ed., P. Alegre, Livraria Sulina Editora, 1964, pág. 76), o faz, de certo modo de passagem, certamente sem a pretensão de fixar posição especificamente sobre o tema de loteamentos, mas apenas com o intuito de referir um exemplo da possibilidade de coexistência sobre um mesmo bem de duas relações jurídicas, uma constituída "more subjectivo", outra "more objectivo". E mais: confessadamente preocupado pela escassez de exemplos desse fato, dessa possível superposição que está a versar e, não, com o regime de loteamentos.

Quando se trata, como no caso, de loteamento regular, porquanto inscrito no registro de imóveis e, portanto, previamente aprovado administrativamente no que concerne ao plano respectivo, é de enfatizar a circunstância de que, necessariamente até o sobredito registro, o mesmo loteamento não passa de um projeto: a inscrição do memorial de loteamento, instruído com os documentos que a lei determina, é obrigatória "...antes de anunciar a venda...". (Decreto-Lei nº 58/37, art. 1º; Decreto 3.079/38, art. 1º; grifou-se).

Ao momento, pois, do registro do memorial de loteamento, previsto no art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37, o que se tem é um **loteamento projetado, áreas destinadas eventualmente**, isto é, na eventualidade de o loteamento vir a concretizar-se, a vias e logradouros públicos, função de **lotes igualmente eventuais. Ainda não há vias públicas, logradouros públicos, como não há lotes: o que existe é um todo que se pretende lotear.**

E em razão do projeto e condicionado à sua efetivação, posto que parcial, que o Decreto-Lei nº 58/37 determina serem "... **inalienáveis por qualquer título**" (art. 3º, grifou-se), desde a inscrição do loteamento no competente registro imobiliário, as parcelas do todo destinadas a vias e logradouros públicos.

A inalienabilidade, pois, decorrente, ao momento da inscrição do loteamento no registro imobiliário, do que dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37, é cautela que visa a proteger interesses vinculados condicionadamente a uma realidade que se prenuncia, que é possível mas não necessária. Algo semelhante à proteção civil dos direitos patrimoniais do nascituro. O nascituro não existe como pessoa (CC. art. 4º) mas desde logo se lhe podem assegurar direitos para a eventualidade de seu nascimento (CC. artigos 1169, 1718). O loteamento tão-somente inscrito não existe como área urbanizada em que se exige a previsão de áreas comuns em função dos terrenos ou lotes. A lei, no entanto, busca tutelar interesses à futura área urbana eventual e possivelmente decorrente do plano de loteamento inscrito, tornando, desde a inscrição, inalienáveis, as áreas destinadas ao uso comum.

Essa inalienabilidade, porém, em nada tem a ver com a inclusão, das áreas sobre que incide, na dominialidade pública.

O próprio Decreto-Lei nº 58/37 não deixa lugar a dúvidas sobre continuarem pertencendo ao loteador as áreas de que ora se trata, quando prevê o cancelamento da inscrição do loteamento a seu pedido, "...enquanto nenhum lote for objeto de compromisso devidamente inscrito, ou mediante o consentimento de todos os compromissários ou seus cessionários, expresso em documento por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais" (art. 6º, b).

E seu regulamento - Decreto nº 3.079/38 -, além de repetir literalmente o dispositivo acima parcialmente transcrito (art. 6º, b), ao tratar das modificações de arruamento, determina que, inscrita a alteração "...cancelar-se-á a cláusula de inalienabilidade sobre as vias de comunicação e os espaços livres da planta modificada..." (art. 3º, parágrafo único).

Finalmente, não se nos afigura de modo algum convincente o circunlóquio com que H. LOPES MEIRELLES procura justificar, à luz do próprio Decreto-Lei nº 58/37, a última posição que esboçou sobre o tema:

"Esta última consequência está expressamente consignada no art. 3º do Decreto-Lei nº 58 de 1937, embora em termos pouco técnicos, pois que o dispositivo legal toma o efeito (inalienabilidade) pela causa (transferência do domínio particular para o domínio público)." ("in" **Estudos e pareceres de Direito Público**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. 1, pág. 277).

Não vemos absolutamente nenhuma imprecisão técnica no texto legal. Imprecisão técnica é confundir dominialidade pública com inalienabilidade. Nem que esta fosse característica absoluta, inarredável, que não é, da dominialidade pública, a ilação seria válida, na medida em que existem indiscutivelmente bens particulares também inalienáveis por força de lei, como se viu.

6. No regime do Decreto-Lei nº 58/37, portanto, da inscrição do memorial de loteamento no competente registro imobiliário resulta tão-somente a inalienabilidade das áreas que ora nos interessam, que continuam, no entanto, integradas no domínio privado, que abrange o todo.

Ninguém duvida, por outro lado, que vias públicas, praças e logradouros em geral, destinados a uso comum do povo, sejam **bens públicos** (CC. art. 66, I).

Cumpra, pois, dentro da perspectiva antes traçada, analisar **quando**, no regime do Decreto-lei nº 58/37, sobreviria a dominialidade pública sobre aqueles tratos da terra.

Quando o loteamento deixa de ser **projeto** e passa a ser **realidade**; quando o sistema de acesso aos lotes é aberto e logradouros públicos ao menos delineados; quando lotes são compromissados, **então o novo trato urbano passa a existir**. Naturalmente ocorrerá então a **afetação** das áreas comuns ao uso comum do povo a que se destinam. Afetadas ao uso comum do povo, passarão então a integrar a dominialidade pública.

Desde a inscrição do loteamento haviam-se tornado inalienáveis para acautelar o interesse público não atual mas futuro, eventual, eis que tanto como poderia vir a ser uma realidade o projetado loteamento também poderia dormir no mundo dos planos.

O interesse público se atualiza no momento em que o loteamento passa a ser **realidade**, e a **destinação** das áreas de uso público vai inseri-las no domínio público municipal.

Alguns municípios prevêm entrega formal da área loteada, urbanizada, à municipalidade, que fará então constar as praças e vias públicas em seu cadastro e inseri-las **á** em seus serviços.

Sempre falando no regime do Decreto-lei nº 58/37, cumpre imaginar a hipótese do loteamento, urbanizado, vendido e entregue à municipalidade desabitado, caso em que a **entrega** da gleba à municipalidade marcará a passagem das áreas de uso comum ao domínio público. No comum dos casos, e sempre no regime do Decreto-lei nº 58/37, será o uso público **efetivo** das áreas comuns que haverá de torná-las bens públicos.

Segundo ensina CRETELLA JUNIOR, amparado no pensamento de ANTONIO LANCIS, a **afetação**, como modo de inclusão de bens na dominialidade pública, tanto pode decorrer de um **ato** quanto de um **fato**:

“... a **afetação** pode produzir-se de fato. Nem sempre quando o Estado constrói estrada ou edifício, a declaração de sua afetação é feita de modo expresso. Admite-se, ao contrário, que a afetação pode produzir-se tacitamente, e que o destino dado aos bens necessários a um fim público é, por si só, bastante para conferir-lhes a qualidade jurídica de **afetados** e, com esta, as conseqüências de seu respectivo regime jurídico”. (“in **Bens Públicos**, 2ª ed., S. Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, pág. 122).

Não há dúvida – e aqui se situa o fenômeno que CIRNE LIMA sinala – de que, de certo modo, a afetação já se **preuncia**, embora, já se disse, com ela não se confunda a inalienabilidade determinada no art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37. Essa inalienabilidade é uma **salvaguarda antecipada** do interesse público que posteriormente a afetação revela e, em razão de que, **insere** os bens, de que se trata, na dominialidade pública.

O que nos interessa sobretudo, porém, é fixar que, **até a afetação**, o que existe é **tão-somente domínio particular**, conquanto parcialmente paralisado pela inalienabilidade decorrente do disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 58/37. No regime dessa lei, diversamente do que decorre do Decreto-lei nº 271/67, os tratos de terra a ser loteada, destinados a **futuro** uso comum do povo, ficam, desde o registro do loteamento, inalienáveis; depois, pela afetação, serão inseridos na dominialidade pública. No regime do Decreto-lei nº 271/67, a afetação coincide com o registro; no regime do Decreto-lei nº 58/37 a afetação é posterior ao registro e se dá pelo **efetivo** uso comum do povo sobre as áreas que forem ao mesmo destinadas e/ou pelo mesmo tomadas.

7. Cumpre se tenha também presente que a **afetação** ao uso comum do povo dos tratos de terra loteada a ele destinados, **não extingue o domínio privado subjacente**.

De fato, é noção mais acatada dentre os melhores administrativistas que a relação jurídica administrativa pode sobrepor-se, sem anulá-la, à relação jurídica privatística, **dominial por exemplo**.

É a lição de CIRNE LIMA que, depois de registrar a retomada levada a efeito por ALOIS BRINZ, no século passado, da dualidade romana

do conceito de relação jurídica, ao restabelecer a idéia do vínculo jurídico constituído "more objectivo" a par do que se constitua "more subjectivo"; observa: "...essas duas ordens de relações jurídicas (...) podem coexistir sobre o mesmo **objectum juris**, embora uma venha, sempre, a empecer e paralisar a manifestação da outra". ("in" **Preparação à Dogmática Jurídica**, 2ª ed., P. Alegre, Livraria Sulina, 1958. págs. 146, 3; pág. 152).

Noutro trabalho, explicita:

"O mesmo Código Civil, indubiamente, reconhece que a propriedade privada pode subsistir, debaixo do uso público: o proprietário de prédio particular, invadido pelas águas de lago público, não perde a propriedade do terreno inundado, embora este, enquanto recoberto pelas águas, fique vinculado ao uso público, a que o lago se encontra afectado." (CIRNE LIMA, Ruy, "in". **O Código Civil e o Direito Administrativo**, cit., pág. 29; referências: CC. art. 539; Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 28).

Ainda o mesmo CIRNE LIMA, trazendo o testemunho de WALLINE, refere que não obstante o "... estabelecimento da dominialidade pública, a propriedade privada subjacente embora insuscetível de uso e gozo, é suscetível de alienação" ("in" **Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**, já cit., pág. 27, nota 3).

Ora, se assim é, uma vez **consumada a afetação** das vias e logradouros públicos, temos duas relações jurídicas sobrepostas e simultaneamente incidentes sobre aqueles tratos de terra: a de **propriedade**, limitada todavia pela **inalienabilidade** decorrente do que dispõe o art. 3º do Decreto-lei nº 58/37 e a de direito administrativo, decorrente da afetação e que, ao mesmo tempo em que, por sua vez, também cerceia a primeira, insere os bens sobre que incide na categoria dos **bens públicos, como tais** sujeitos à restrição estipulada pelo art. 67 do Código Civil.

Ora, nesse caso, se houver **desafetação**, desconstitui-se a dominialidade pública, intrinsecamente informativa da publicidade dos bens de uso comum, ressurgindo a relação jurídica subjetiva subjacente que remanesce: **a municipalidade não mais pode alienar o que já não lhe pertine; o**

particular também não pode fazê-lo, pois a sua propriedade continua tolhida pelo vínculo de inalienabilidade constituído simultaneamente com o registro do memorial de loteamento (Decreto-lei nº 58/37, art. 3º)

8. Impõe-se ainda uma pergunta: até quando remanesce tão-só adormecido o vínculo dominial privado paralisado por uma relação dominial pública do tipo de que se trata?

Terá durabilidade a sobredita remanência? Ou configura apenas situação transitória como o condomínio, tendente a resolver-se, como este, pela divisão, aquela pela consolidação ou da dominialidade privada ou da pública, mais provavelmente desta pela natureza do interesse que a informa?

Sem dúvida, o exemplo clássico da simultaneidade das duas relações sobre o mesmo objeto – o do prédio particular tomado pelas águas do lago público – conduziria a considerar precária e assaz transitória a superposição de vínculos jurídicos.

O primeiro limite que ocorre, a teor da lei, é o término do tempo dentro do qual pode ser cancelada a inscrição do memorial de loteamento: dito cancelamento pode ser efetuado "... enquanto nenhum lote for objeto de compromisso devidamente inscrito..." (Decreto-Lei nº 58/37, art. 6º, b). Mas o próprio texto legal admite cancelamento da referida inscrição a qualquer tempo "...mediante o consentimento de todos os compromissários ou seus cessionários, expresso em documento por eles assinado ou por procuradores com poderes especiais". (Decreto-Lei nº 58/37, art. 6º, b).

Na verdade, mesmo que tenham sido vendidos vários e, consequentemente, todos os lotes se os compromissários anuírem ou se forem desfeitos os compromissos, caberá **sempre** o cancelamento da inscrição do memorial de loteamento.

Por outro lado, já concluímos não ser a inscrição do memorial de loteamento e, sim, a afetação que determina a superveniência da relação dominial publicística no regime do Decreto-Lei nº 58/37.

O que parece claro é que mesmo a inalienabilidade resultante do art. 3º do Decreto-lei nº 58/37 é função da permanência do caráter de área urbanizada e loteada do todo. Mas, e se uma convulsão natural ou um arrojado plano de redistribuição de uso retirasse de uma área, outrora loteada, o caráter de trato urbano? Até quando prevaleceria a propriedade privada adormecida do antigo loteador sobre as áreas correspondentes às vias e logradouros públicos?

Conquanto o Código Civil de Napoleão não no tivesse afirmado expressamente, propriedade privada era tida como direito perpétuo e dessa perpetuidade a jurisprudência concluiu que a relação de domínio seria imune à extinção pelo não-uso, sendo imprescritível a ação de reivindicação (LEVY, Jean-Philippe, **História da Propriedade**, Editorial Estampa, Lisboa, 1973, pág. 103).

O caráter dominante da propriedade como paradigma dos direitos subjetivos permanece, conquanto atenuando o caráter absoluto de que se revestiu no passado, na medida em que se foi acentuando a idéia da função social daquele direito.

Mesmo assim, considerado o teor do § 22 do art. 153 da Constituição Federal, vemos claramente que ainda se pode dizer serem a propriedade privada a regra e a dominialidade pública a exceção no direito brasileiro.

Por outro lado, não se pode esquecer que a propriedade, como e mais talvez que qualquer outro direito subjetivo, depende da vitalidade que lhe é imprimida pela afirmação do interesse subjacente. Veja-se, por exemplo, o abandono previsto no art. 589, III, do Código Civil como causa de perda da propriedade imobiliária.

Nessa linha, é de entender que uma vez loteado o terreno e afetadas ao uso comum do povo as vias e logradouros públicos, integrada a área no complexo urbano da cidade, as possibilidades de o interesse do loteador, nas áreas publicizadas, manter-se vivo tendem a reduzir-se sensivelmente.

A solução para o problema posto encontramos-la na imemorialidade.

As mesmas razões que atualmente convencem ser inviável o apelo à imemorialidade no âmbito do direito privado, eis que este conta com toda uma sistemática reguladora dos efeitos do tempo sobre os direitos subjetivos, confortam o entendimento comum de que, no direito público, à falta de uma sistemática como aquela, continua viável o apelo à imemorialidade.

Dir-se-á talvez, considerando a imemorialidade como forma de prescrição, não ser absolutamente aplicável à espécie, de vez que a paralisação da relação subjetiva sobre que se impõe a dominialidade pública não enseja qualquer ação ou medida do proprietário cujo domínio remanesce dormindo. Não se trata de omissão, rigorosamente falando, e, sim, de impossibilidade de atitude diversa da quietude, a que resta ao titular do direito subjetivo.

Ocorre, no entanto, que, segundo a melhor doutrina, a imemorialidade não é propriamente uma forma de prescrição; é, antes, um modo intuitivo e extremo, de, à falta de qualquer outro título, estabelecer ou restabelecer a necessária solidez nas relações jurídicas afetadas pelo tempo, por lapso maior do que aquele dentro do qual normalmente sobrevivem, com os homens, os interesses seus e de sua estirpe. De certa forma, a imemorialidade, como modo de consolidação de relações jurídicas cuja origem se retroprojeta no tempo, e de que se não tem melhor título, equivale a um princípio geral de direito. (cf. JORS - KUNKEL, **Derecho Privado Romano**, Madrid, Editorial Labor S. A., 1966, pág. 191; VISMARA, Giulio, **Enciclopedia del Diritto**, Giuffrè, Milão, 1970, XX, verbete "Immemorable", a, pág. 160; LAFAYETTE PEREIRA, **Direito das Coisas**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940, pág. 188, nº 2 e nota nº 195).

CRETELLA JUNIOR, ao versar sobre a imemorialidade no que respeita à incorporação de bens à dominialidade pública, diz:

"Quando pela natureza da relação ou por outro motivo, o instituto da prescrição não pudesse ser aplicado e, sempre que a situação de fato durasse por tanto tempo que ninguém mais se lembrasse de seu início, era mister recorrer-se ao instituto do imemorial. Segundo alguns autores, teria ele a mesma natureza e o mesmo fundamento da prescrição, mas parece mais correta a

opinião que atribui ao imemorial a função de estabelecer uma simples presunção de legitimidade.” (Bens Públicos, 2ª ed., São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, pág. 127; grifou-se)

E uma das hipóteses em que se tem sempre recorrido à imemorialidade diz diretamente com a de que ora se trata.

Já no direito romano, observa SAVIGNY, reconhecia-se à imemorialidade o condão de “...atribuir ao domínio público um caminho privado, como se este caminho tivesse sido feito pelo Estado e sobre o terreno do Estado...” (“apud” CRETELLA JUNIOR, J., Bens Públicos, 2ª ed., São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito Ltda., 1975, pág. 127; grifou-se).

Idêntica e referida já ao nosso tempo a mensagem de TEIXEIRA DE FREITAS, quando prescreve que o tempo imemorial “... tem pois o efeito de atribuir ao domínio público um caminho particular, como se tal caminho tivesse sido feito pelo Estado, e sobre terrenos do Estado”. (“in” Consolidação das Leis Civis, 3ª ed., Rio de Janeiro, Gornier, 1876, pág. 773, nota 15, art. 1333; grifou-se)

Autores há que chegam a atribuir à imemorialidade a extraordinária e incomum capacidade de sobrepor, pelo decurso do tempo, a dominialidade privada à pública: “...se, por exemplo, se possuiu *ab immemorabili* um trato de via pública *uti dominus* todos estão concordes ao falar em aquisição da propriedade por imemorialidade” (COCO, Giovanni Silvio, *Enciclopedia dell Diritto*, Giufrè Editore, Milão, 1970, XX, verbete “*immemorable*, b”, pág. 165).

Igual, LAFAYETTE PEREIRA:

“Todas as cousas, ainda as imprescritíveis segundo as regras geraes de direito, mas que todavia não são absolutamente inalienáveis, podem ser adquiridas pela prescrição imemorial, salvo se a lei estabelece excepção expressa” (“in” *Direito das Coisas*, 3ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1940, pág. 189).

E, em nota ao rodapé, aduz, apoiando-se em LOBÃO, que tais “...são as cousas do uso público: são em regra imprescritíveis (...) mas podem ser alienadas, precedendo autorização do poder competente. A posse imemorial faz presumir esse consentimento” (id. *ibid.*).

Ora, (1) se a imemorialidade não é rigorosamente uma forma de prescrição; (2) se à imemorialidade se tem reconhecido a eficácia de incluir caminhos particulares na dominialidade pública como se tivessem nascido na condição de vias públicas construídas em terrenos públicos; se (3) se pode até pensar na imemorialidade como modo de perda da dominialidade pública, parece-nos perfeitamente lógico lançar mão dessa mesma imemorialidade como elemento de consolidação vertical da dominialidade pública sobre vias e logradouros públicos construídos em área particular loteada regularmente, apagando, pelo transcurso do tempo, o interesse privatístico informativo e vivificador da propriedade privada subjacente dormindo.

Não se trata, repetimos, de prescrição, conquanto haja autores que assim a consideram e outros que impropriamente assim a denominam: trata-se apenas de um veículo dos efeitos do tempo.

Esclareça-se, ainda, que não se trata propriamente de um modo de adquirir; trata-se melhor de um modo de perder, no caso, a propriedade que, pode tornar-se vaga, enseja a aquisição originária ou, no caso, a consolidação da dominialidade pública. BEVILACQUA diz excelentemente que a imemorialidade opera como “...dissolvente da relação de direito...” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., S. Paulo, Francisco Alves, 1929, Pág. 420; grifou-se).

Como, porém, quantificar a imemorialidade?

No direito canônico, cuja codificação vigente prevê a imemorialidade tanto como modo de **convalidação do costume contrário à lei** (CDC, cân. 5º, cân. 27, § 1º), quanto como modo de **adquirir privilégios** (CDC, cân. 63, § 2º), depara-se-nos uma aparente identificação ou presunção de imemorialidade com o decurso de **cem anos**. (cf. *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementária*, Madrid, 1975, Biblioteca de Autores Cristianos, 10 ed., I).

Quando fala dos costumes, diz a lei canônica: "... aliae, quae quidem centenariae sint et immemorabiles..." (CDC, cân. 5º); mais adiante: "... consuetudo centenaria aut immemorabilis". (CDC, cân. 27, § 1º).

E quando regula os privilégios: "possessio centenaria vel immemorabilis inducit praesumptionem concessi privilegii" (CDC, cân. 63, § 2º).

Já no cân. 1.511, § 1º, o CDC menciona simplesmente a prescrição centenária sem referi-la à imemorialidade, enquanto nos cânones 27, § 1º, e 28 do mesmo código, se constata a absoluta desvinculação entre imemorialidade e prescrição de quarenta anos.

No âmbito de nosso direito, CLÓVIS BEVILACQUA noticia que, em se tratando de imemorialidade, o lapso de tempo é indeterminado, devendo, porém, exceder à memória da geração que vive no momento, o início do estado de coisas a que se refere, concluindo que o "... decurso de quarenta anos pareceu, entretanto, suficiente a alguns". (BEVILACQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª. ed., S. Paulo, Francisco Alves, 1929, pág. 419).

Esta última a posição de TEIXEIRA DE FREITAS:

"Como porém se prova a **posse imemorial**, por outra, a que excede à memória? Por testemunhas de duas gerações, depondo sobre o tempo de 40 anos (opinião mais adotada), com fundamento no Direito canônico. Não há **tempo imemorial** sem o concurso de duas gerações, a geração atual tendo sempre conhecido o atual estado de cousas, e a geração precedente não se lembrando de um diferente estado de cousas" (ob. cit., pág. 774, art. 1.333, nota 15).

Idêntica a de CIRNE LIMA, ao dizer que "... a prova da prescrição imemorial ou seja, da duração do estado de fato correspondente, **cujus origo memoriam excessit** (dig., lib. XLIII, tit. XX, de aqua quotidiana et aestiva, fr. 3, § 4), requer meramente testemunhas que, **tempore litis motae**, contem cinquenta e quatro anos ou seja, possam depor, de ciência própria, desde os quatorze anos, quando já **doli capaces**, acerca da permanência

durante quarenta anos consecutivos, da situação fixada pela prescrição..." ("in" **Pareceres, Direito Privado**, Livraria Sulina Editora, P. Alegre, 1967, pág. 176).

Praticamente a mesma, posto que não quantificada, a orientação de LAFAYETTE PEREIRA ao dizer que a posse só se reputa imemorial quando atestada por **duas gerações** – a viva que afirma o que pessoalmente tem observado e a morta que transmitiu à viva o que viu. ("in" **Direito das Coisas**, cit., pág. 188).

Nessa linha de raciocínio mister seria o decurso de **pelo menos quarenta anos** para que se pudesse considerar dissolvido pelo tempo o direito subjetivo de propriedade submetido à superposição de relação administrativa paralisante por corresponderem as áreas sobre que coincidem ambas as relações jurídicas a vias e logradouros públicos de área loteada. Só ao fim desse lapso se poderia considerar verticalmente consolidada a dominialidade pública sobre tais áreas, fenecendo a dominialidade privada até então remanescente e subjacente.

Só nessa hipótese, **que não se verifica nos casos de que ora se trata**, a desafetação legal daqueles tratos de terra habilitaria a municipalidade a aliená-los.

Por outro lado, é de se ter dúvidas sobre se a mudança da destinação pública dessas áreas para doá-las a particulares, ainda que entidades associativas mas de alcance sempre parcial, não ensejaria **nulidade** fundada no que dispõe o art. 2º, a) da Lei Federal nº 4.117, de 29 de junho de 1965.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao versar a matéria em tela, depois de fixar-se em que o interesse público não fica eternamente paralisado na fórmula que, num momento dado, tenha se revelado mais idônea a satisfazê-lo, estabelece interessante analogia de situações referindo a hipótese da **desapropriação**, onde a **mudança da destinação** invocada no ato declaratório de utilidade pública exime o poder público de enfrentar o antigo proprietário para os efeitos de que dispõe o art. 1.150 do Código Civil, conquanto **continue sendo pública** a nova destinação. (Loteamento.

Área Doadá ao Estado pelo Loteador. Utilização para Fim Diverso, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, nº 23, 1970, pág. 315; grifou-se).

No caso presente a desafetação pretendeu dar destinação privativa às áreas em tela, ensejando talvez a arguição de sua nulidade.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de dezembro de 1977.

CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO EM TERRENO ENFITÉUTICO

ANTÔNIO ESTÊVÃO ALLGAYER
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3759

Aforamento de terrenos do Estado. Incidência do foro sobre partes ideais do solo em que se ergue edifício-garage. Exegese dos artigos 99, parágrafo único, e 114, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e do art. 57 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940.

M. C. J. e D. C. J., concessionários de terrenos foreiros do Estado, situados na Rua Siqueira de Campos, insurgem-se contra entendimento do Serviço de Patrimônio no sentido de "haver novas **concessões de títulos foreiros (sic)** em decorrência da individualização e vendas de áreas (boxes) do edifício-garage" erguido sobre os mesmos.

2. Novas concessões de títulos implicariam em novos foros, que o Estado pretende receber, na base de Cr\$ 15.596,00, os referentes ao Bloco II, e de Cr\$ 14.544,00, os relativos ao Bloco I, do mencionado edifício, perfazendo o total de Cr\$ 30.140,00, em relação ao ano de 1976.

3. À manifestação de inconformidade anexaram os requerentes erudito parecer dos bacharéis Plínio Paulo Bing e Antônio Augusto Uflacker. Nele se sustenta, em síntese, o seguinte:

"I - A venda de unidades autônomas de um condomínio horizontal (edifício-garage), embora envolva a transferência de **fração ideal** do terreno foreiro, sobre o qual foi erigida aquela construção, não constitui novo aforamento.

II - Não há, pois, cogitar da expedição de novos títulos, posto que isso só se daria no caso de **desmembramento físico** do terreno, que não ocorre na espécie da consulta.

III – **Descabe alterada** a taxa do foro preestabelecida, por não se verificar a ocorrência das hipóteses previstas nos artigos 57 a 59 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940.

IV – Impõe-se, todavia, a eleição pelos condôminos de um **cabecel**, que fique responsável pelo pagamento do foro perante o senhorio direto”.

4. Face à “complexidade da matéria, somando-se a isso o fato de que a solução a ser dada à espécie servirá de orientação para casos semelhantes”, a Secretaria da Fazenda solicita manifestação desta Consultoria-Geral.

5. Desdobrado em partes o objeto da consulta, três perguntas podem ser formuladas:

a) Pode a carta original ser desdobrada em tantas cartas de aforamento quantas forem as unidades autônomas do edifício?

b) Pode ser alterado o foro sobre a parte ideal do terreno intitulada por cada condômino?

c) Pode ser alterado o foro sobre o terreno compreendido como um todo na constituição de condomínio horizontal?

6. Excluídas indagações desnecessárias para o desate da questão, deter-me-ei na exegese dos textos que disciplinam a espécie.

Seja pela índole indisfarçavelmente conservadora do nosso direito, seja pela lentidão com que o ordenamento jurídico se amolda a contingências novas, o instituto da enfiteuse, de cunho privatístico, acolhido no Brasil Colônia para o aproveitamento de terras incultas ou abandonadas, sobrevive e tenta acomodar-se à crescente publicização dos interesses inerentes à propriedade imóvel.

Afeiçoado, desde as suas origens romanas, às mais díspares situações e a regimes agrários diferentes, passando pelo feudalismo e transmitido às terras ultramarinas de Portugal pelos colonizadores lusos, viria a ser instrumento útil à sociedade patriarcal, latifundiária e escravocrata, que o veiculou e trouxe para o texto do Código Civil Brasileiro.

Revestindo forma peculiar no aforamento de terras públicas, o velho instituto da enfiteuse teria de passar por modificações substanciais, ditadas pelo crescimento das urbes no plano vertical, realidade nova que viria pôr a preeminência jurídica do solo em confronto com a preeminência econômica da edificação. A irrefreada expansão urbana valorizou de tal sorte a propriedade imóvel, que, num país de enorme território e população pequena, paradoxalmente, surgissem, sobre áreas diminutas, moradias, lojas, consultórios, boxes de garage, etc., horizontalmente sobrepostos, de custo mais alto, via de regra, do que o do solo ocupado.

7. No sistema jurídico brasileiro, a primeira tentativa de fazer face a problemas defluentes da **valorização imobiliária** foi o Decreto Federal nº 5.481, de 25 de junho de 1928, que permite, nos limites do nosso direito, a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares. Editou-se, após, o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, dispondo sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

8. O Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, entrou a disciplinar relações entre a União Federal e os condôminos de terrenos foreiros cobertos por edificações de grande porte. O parágrafo único do art. 99 do predito estatuto normativo está assim redigido:

“Em se tratando de terreno beneficiado com construção constituída de unidades autônomas, ou comprovadamente, para tal fim destinado, o aforamento **poderá ter por objeto as partes ideais correspondentes às mesmas unidades**” (grifei).

E, regrado especificamente a partição do prazo (terreno) em glebas (porções físicas) distintas e assinaláveis no solo, o art. 114 do mesmo diploma federal diz:

“As transferências parciais **ficarão sujeitas a novo foro** para a parte desmembrada, previamente demarcadas e avaliadas na forma do art. 107, e seus parágrafos” (grifei).

Uma primeira ponderação cabe aqui ser feita:

O dispositivo por primeiro transcrito contém regra **facultativa**. O segundo, regra **imperativa**.

Um e outro disciplinam realidades diferentes.

9. A hipótese figurada pelo art. 99, parágrafo único, evidentemente não é a da divisão geodésica, material, prevista pelo art. 681 do Código Civil, e sim a da transferência de partes ideais de terreno já aforado. Não diz respeito, portanto, ao desmembramento do terreno aforado em partes físicas, visíveis ou assinaláveis no terreno em que assenta o edifício. Este permanece como um todo. O aforamento de que aqui se cogita é o de partes invisíveis, porém representativas de unidades autônomas, pertencentes a proprietários distintos.

Configura inegavelmente alteração de profundo e salutar alcance no instituto de enfiteuse, vindo ao encontro de uma realidade nova: o condomínio horizontal.

10 Poder-se-ia objetar que o aforamento de partes ideais de um prédio afronta a natureza, essência e razão de ser do instituto de enfiteuse. No entanto, os próprios autores do douto parecer em contrário às pretensões do Estado trazem à colação asserções do administrativista THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, a denunciarem fundas brechas praticadas no milenar instituto, para afeiçoá-lo aos bens públicos, "verbi".

"Daí por que T. Brandão Cavalcanti assinalou que a legislação pertinente cada vez mais se afasta da enfiteuse, no plano histórico, para constituir um **regime peculiar**, em que as normas gerais do contrato, além de emanarem do poder concedente, ainda se acham subordinadas às exigências da política de colonização, aos interesses da defesa nacional, enfim, a circunstâncias especiais, de todo incompatíveis com as formas rígidas do contrato "enfiteutico" "(Tratado de Direito Administrativo, 2ª ed., 1950, V, p. 172)" (item 2.3.3. do Parecer).

O comentado dispositivo foi editado no cristalino intuito de facultar ao senhorio direto o aforamento das frações ideais do terreno,

consideradas unidades autônomas e como tais intituladas por diferentes pessoas. Tal entendimento salta da letra do art. 99, parágrafo único, do citado texto: "(...) o aforamento poderá ter por objeto as partes ideais correspondentes às mesmas unidades."

Se podem ser objeto de aforamento as partes ideais da construção, evidentemente ao senhorio direto se faculta expedir os respectivos títulos, desdobrando-se a carta original em tantas cartas de aforamento quantos forem os proprietários das respectivas unidades autônomas.

11. Ora, a expedição de novas cartas ou títulos de aforamento nenhum alcance prático teria se não implicasse em benefício algum para o senhorio direto. Efetivamente, o uso da faculdade outorgada pelo dispositivo em causa teria como única consequência burocratizar ainda mais a cobrança do foro primitivo, pulverizado em parcelas correspondentes às partes ideais do terreno, se não tivesse como consectário a vantagem de o senhorio estabelecer nova taxa de foro. E, conforme adiante se mostrará, este entendimento vem também ao encontro do disposto no art. 57 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940, editado antes do Decreto-Lei nº 9.760/1946.

Ler com óptica diferente o disposto no art. 99, parágrafo único, do comentado diploma federal, levaria a incômodo impasse: a regra em questão não teria efeito nenhum no mundo jurídico. Vale dizer seria letra morta, escrita para nada disciplinar.

12. Não se há de confundir, de outra parte, o disposto no art. 99, parágrafo único, com a norma contida no art. 114 do mesmo texto legal. O primeiro diz respeito à partição do terreno em porções ideais. O segundo, à divisão geodésica do terreno aforado. Um e outro regulam realidades distintas, embora se refiram ambos à partição do terreno entre vários **donos**. O primeiro estabelece uma faculdade, o segundo encerra norma imperativa.

13. A indivisibilidade não é da essência do instituto da velha enfiteuse, como salientou Lafayette (in **Direito das Coisas**, § 154, nº 1, Livraria Freitas Bastos, S/A, 6ª. ed., 1956). Objetiva tão-só a comodidade do senhorio. Os artigos 681 e 690 do Código Civil arrombaram a regra geral da

indivisibilidade dos bens enfitêuticos. O disposto no art. 99, parágrafo único, do Decreto nº 9.760/1946, veio a dar nova amplitude a tais preceitos, permitindo o aforamento de partes ideais.

E o art. 114 do mesmo estatuto normativo mais não fez do que reger a partição geodésica, de molde a prevenir litígios entre os novos lindeiros. Este intuito é insito à exigência de prévia demarcação e avaliação das porções desmembradas.

14 Disto se deduz que a lei pode estabelecer a faculdade de o senhorio consentir na partição do prazo em glebas, assim como pode facultar o aforamento das partes ideais do fundo, como efetivamente fez. Ao senhorio assiste o direito de impor condições para dar sua anuência à criação de unidades distintas da unidade primordial. Entre estas, a expedição de títulos de aforamento para cada condômino do edifício e fixação de novo foro, correspondente à respectiva parte ideal no solo. E não há lei que o profba.

É indubitável que aí reside uma novidade, que distancia ainda mais o instituto de seu passado histórico. Para aquilatar-se o afastamento do regime foreiro aplicado ao condomínio urbano da concepção tradicional da enfiteuse, leia-se este comentário de CLÓVIS BEVILACQUA ao art. 680 do Código Civil:

“O fim da enfiteuse, a sua razão de ser na ordem jurídica é, principalmente, pela atração de uma pensão módica, tornar possível o aproveitamento de terras incultas ou abandonadas, que, sem esse estímulo, dificilmente poderiam ser beneficiadas” (in *Código Civil Comentado*, vol. III, p. 227, Livraria Francisco Alves, 1917, 1a. ed.).

Como se vê, o fim e a razão de ser principal do instituto não resistiram à pressão do afluxo populacional aos grandes centros, impondo ao legislador mudanças inovadoras, essenciais a sua sobrevivência no sistema jurídico pátrio.

15. Objeção que poderia ser feita é a de que aforar partes ideais é aforar mera abstração, sem base física de incidência, ou seja, aforar o que

não existe. E o nada não pode ser objeto de direito, como observam LONGO e PEROZZI, citados por PINHEIRO COSTA (apud CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS). (in *Revista Dir. da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, 8/70, p. 75). A esta objeção pode ser respondido que a “fictio juris” é figura de muita vitalidade em nosso direito. A lei tem subvertido até mesmo o espaço cronológico, criando tempo ficto.

16. Amoldando o velho instituto da enfiteuse ao condomínio horizontal, o Decreto-Lei nº 9.760/1946 tornou-o mais condizente com a evolução do direito de propriedade em nossos dias, de cunho predominantemente público, e o pôs em consonância com a nova realidade emergente da valorização imobiliária. Acrescente-se que, assim procedendo, dotou a Administração de instrumento que lhe permite pôr cobro a inúmeros casos de verdadeiro enriquecimento “sem causa” à custa da coletividade.

Esta é também a opinião de CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS:

“Se não é possível a divisão do foro e se concordar, ou não, com o aforamento das partes ideais, é faculdade do senhorio, tanto à Prefeitura do Distrito Federal, como à União, afigurar-se nos claro, insuscetível de dúvida, cabe o direito de estabelecer, na hipótese, novo foro, pois que não há dispositivo legal que lhes vede tal procedimento. Por essa forma, não só se indenizarão dos dispêndios resultantes dos encargos da expedição de novas cartas de aforamento, como encontrarão um meio de atualizar os ridículos foros que atualmente lhes são pagos, de terrenos em que se erguem grandes edifícios de apartamentos, cujo valor se eleva, por vezes, a centenas de milhões de cruzeiros” (op.cit., p. 74).

17. Era esta, aliás, a interpretação do Serviço do Patrimônio da União, lamentavelmente objeto de divergências posteriores, que culminaram na expedição da Ordem de Serviço nº 5/1951, contrária ao posicionamento consentâneo, *data venia*, com a regra federal em questão. Despacho do Diretor daquele órgão lançado no Processo nº 199.801-49, espelha o anterior entendimento, que não prevaleceria, contudo, no Ministério da Fazenda, onde teve acolhida o douto parecer do Dr. JAIR TOVAR (RDA, v.50/366, p. 360 a 369, 1957).

18. Poder-se-ia alegar que a mencionada norma federal se endereça exclusivamente a bens de domínio da União, inexistindo regra receptícia que lhe dê guarida na legislação do Estado.

Entretanto, conforme acima se acentuou, o preceito em menção alterou o próprio instituto da enfiteuse, para ajustá-lo a contingências atuais. E a enfiteuse é criação legal de competência exclusiva da União. Suas matrizes encontram-se no Código Civil. Toda modificação nele introduzida, ainda que o seja mediante preceitos administrativos, atinge o próprio instituto. Eis por que a norma em apreço afeta às Unidades da Federação e aos Municípios, em suma, ao senhorio direto dos terrenos públicos aforados de qualquer esfera. Contra a adaptação da enfiteuse ao condomínio horizontal, estatuída no art. 99, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, nada pode o legislador regional ou local, sendo-lhe facultado, todavia, disciplinar situações que não ofendam os princípios basilares do instituto.

19. Se a legislação federal permite se expeçam títulos de aforamento e se fixe novo foro correspondente à parte ideal de cada condômino, com igual evidência faculta seja fixada nova taxa de foro sobre o todo, se assim o preferir o senhorio direto.

É que, constituído o condomínio, ocorreu transferência do domínio útil do anterior titular para os condôminos, o que autoriza a revisão da taxa do foro, nos termos do art. 6º do Decreto Federal nº 24.606, de 6 de julho de 1934.

20. Tal fato autoriza, quanto ao foro, a fixação de novo **quantum**, por mais uma razão:

Configura a hipótese prevista no art. 57 do Decreto Estadual nº 174, de 20 de novembro de 1940, assim redigido:

“Quando o valor da transmissão do domínio útil for superior ao arbitrado, por ocasião da concessão, pode o Estado alterar a lotação para pagamento da taxa do foro, calculando-a de acordo com a nova base.”

Ora, no caso sob exame, transmissão do domínio útil inegavelmente houve. Se existe, no condomínio horizontal, uma propriedade comum, ou singular, existe, não menos, uma propriedade exclusiva, ou plural. Uma e outra foram adquiridas pelos condôminos através dos meios comuns de transmissão de propriedade imóvel: **escritura pública e registro**.

O perfil da propriedade horizontal traçado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA como propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio, não enfraquece em nada o posicionamento atrás exposto (in **Revista Forense**, vol. 183, p. 63, 1959). Ao contrário, o fortalece, mostrando que o todo indiviso e a respectiva parte ideal são titulados por cada condômino.

E PONTES DE MIRANDA dá apoio a este entender no seguinte passo:

“O incorporador pode ser a) dono do terreno em que se vai edificar e então será o autor de que procederão todos os títulos de propriedade dos apartamentos (partes divisas) e das partes indivisas, inclusive o seu próprio, se adquirir apartamento (...)” (in **Tratado de Direito Privado**, vol. II, p. 81, 3a. ed., Editora Borzoi, Rio de Janeiro, 1971).

21. Cabe ressaltar, ainda, a judiciosa observação feita pelo Bacharel Nei Cunha de Nonohay, Oficial Superior Fazendário, à fl. 23 do Processo, de que os requerentes adquiriram o domínio útil sobre a área aforada, sem alteração do foro originário. Esse ato de transferência ocorreu em desacordo com o disposto no art. 57 do Decreto Estadual nº 174/1940, pois o valor daquela transmissão do domínio útil foi muito superior ao da primitiva concessão.

22. De todo o acima exposto conluo, respondendo afirmativamente às perguntas que me formulei no relatório deste parecer:

1. O foro há de ser modificado com a constituição do condomínio, pois houve transmissão do domínio útil a proprietários diferentes do concessionário primitivo.

2. A carta original pode ser desdobrada em tantas cartas de aforamento quantas forem as unidades autônomas do edifício-garage, assistindo ao Estado o direito de cobrar novo foro, correspondente a cada parte ideal do terreno aforado.

É o parecer S.M.J.

Porto Alegre, 6 de janeiro de 1978.

EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

NEY SA
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3777

A empresa pública é organismo estatal apto a auxiliar o Estado na atividade que desenvolve no campo da economia, por meio do exercício direto da atividade econômica e da direção e controle dessa mesma atividade quando exercida pelas empresas privadas.

A Administração Federal poderá concebê-la segundo normas especiais que editar. Os Estados e Municípios, porém, na constituição de tais entes deverão adotar um tipo societário definido no Direito Privado, com irrestrita observância ao que se contiver na lei federal.

A Companhia Intermunicipal de Estradas Alimentadoras – CÍNTEA, através do seu Presidente, encaminha consulta a esta casa com o objetivo de saber se está sujeita à adaptação do seu estatuto aos preceitos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, nova lei das sociedades por ações.

Informa a consulente que pertence à categoria das empresas públicas, tendo se constituído “sob a forma societária de S.A.” e que conta com a “opinião manifestada por alguns juristas especializados de que a referida lei não é aplicável às empresas públicas”.

Alude a que a nova lei das S.A., embora dedicando um capítulo às sociedades de economia mista, em nenhum dos seus dispositivos contempla as empresas públicas que, juridicamente, não podem ser confundidas com as primeiras.

Acrescenta que, dada a circunstância de ser o seu capital exclusivamente público, sendo seus acionistas apenas o Estado do Rio Grande do Sul e os municípios, por expressa disposição da Lei Estadual nº 5.753/69, não lhe seria possível atender ao preceituado no art. 146 da nova Lei das S.A., segundo o qual o Conselho de Administração dessas sociedades deverá ser composto por acionistas pessoas naturais residentes no País.

Além disso, não é a consulente “uma empresa mercantil e sua vida financeira assemelha-se mais a de uma autarquia”, sobrevivendo, apenas, com as subvenções governamentais, por operar em regime deficitário; afigura-se-lhe, assim, inconciliável essa realidade “com o dividendo obrigatório mínimo de 25% (§ 1º do art. 152 e artigos 202 e 203)”, afora não ser possível pensar em reavaliação anual do ativo pela aplicação da correção monetária (artigos 167 e 182 a 186), face à circunstância de que o seu patrimônio “é constituído, exclusivamente, de seu equipamento rodoviário (cerca de 250 unidades) que, por natureza, tem uma vida útil muito limitada”.

Estes são, resumidamente, os termos em que se colocou o problema.

Não resta dúvida de que as empresas públicas não podem ser confundidas, ou equiparadas, com as sociedades de economia mista.

Atualmente, esta nova categoria já apresenta, no Brasil, contornos legalmente definidos, capazes de individualizar este novo organismo paraestatal.

BILAC PINTO, em Conferência realizada em 1952 no Auditório da Fundação Getúlio Vargas, sob o tema “Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas”, já indicava as seguintes características externas desse tipo de empresa:

1) forma de empresas comerciais comuns – sociedade por ações, sociedades de responsabilidade limitada – ou forma especial conferida pelo legislador;

- 2) propriedade e direção exclusivamente governamentais;
- 3) personalidade jurídica de direito privado.

“Dessas características externas –, refere o mesmo jurista – decorrem as internas, que são as que tornam a empresa pública um instrumento apto e eficaz para a execução dos encargos econômicos, industriais ou comerciais do Estado.

Ao adotar, para as empresas públicas, as técnicas e os processos das empresas privadas, o Estado incorporou a este novo órgão de suas atividades todas as vantagens da administração particular, dentre as quais devemos destacar, como mais relevantes:

- 1) Completa autonomia técnica e administrativa;
- 2) Capitalização inicial;
- 3) Possibilidade de recorrer a empréstimos bancários;
- 4) Possibilidade de reter os lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas;
- 5) Liberdade, em matéria de despesas;
- 6) Flexibilidade e rapidez de ação;
- 7) Capacidade de acionar e ser acionada;
- 8) Regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas”.

(BILAC PINTO. O declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio, (32): 1 – 15, abril/junho-1953).

No sistema administrativo brasileiro, a empresa pública recebeu conceituação legal, pela primeira vez, através do Decreto-Lei nº 200, de 25

de fevereiro de 1967, que a concebeu nestes termos: "Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 5º, inc. II).

A redação deste dispositivo veio a ser alterada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que substituiu a expressão "atividade de natureza empresarial" por "atividade econômica", mais ampla e abrangente, eis que, do ponto de vista econômico, o próprio conceito de comércio se alarga, consistindo no emprego da atividade humana destinada a promover ou facilitar a troca.

Efetivamente, se todo o empreendimento mercantil constitui uma atividade empresarial, é indubitoso que a própria entidade empresarial encerra, essencialmente, uma atividade mercantil. Em consequência, há de se entender que, os termos em que foi concebida essa entidade, diante da primitiva redação do dispositivo, deveria se restringir aos empreendimentos de cunho mercantil. A nova redação, mais feliz, veio acolher o que, em realidade, já existia no Brasil ao tempo em que foi editado Decreto-Lei nº 200/67.

Além das empresas de economia mista que há mais de três décadas têm comprovado a eficiência de sua organização, as empresas públicas do tipo "holding" que se criaram, na última década, têm servido de núcleo em torno dos quais surgem e gravitam os modernos empreendimentos estatais, como observa, com propriedade JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ (*A Empresa Pública no Direito Brasileiro*. Imprensa Universitária, Fortaleza, 1973, p. 151).

Através dessas empresas, pela sua efetiva atuação, se têm desenvolvido os mais diferentes setores econômicos no Brasil.

Assim, para citar alguns, encontra-se no setor da energia elétrica, a Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1951, que deu origem às Empresas

Centrais Elétricas Brasileiras S.A., ELETROBRÁS, tendo o objetivo legal que a justificou se baseado em duas grandes linhas de atividades: primeiramente, confiou-lhe a lei a parte teórica do empreendimento a fim de ter em bases científicas devidamente coordenadas a função que deveria efetuar. Em segundo lugar, como empresa industrial, fixou-se a uma capacidade para a prática de atos de comércio relacionados com as atividades a serem por ela desempenhadas.

No setor de transporte ferroviário; a Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, autorizou o Governo Brasileiro a constituir uma sociedade anônima denominada Rede Ferroviária Federal (RFFSA).

Quer pela forma de sua constituição, quer pelo objetivo a que visa, consistente na execução de serviço público federal, quer, ainda, pela autonomia administrativa e patrimonial de que desfruta, além de ter os seus serviços custeados, parcialmente, por recursos originários do Tesouro Nacional, desfrutando de privilégios de direito público e tendo a sua atuação vigiada pelo Estado, através do Ministério da Viação e Obras Públicas, é inegável a semelhança estrutural dessa empresa com as entidades autárquicas.

Todavia, sua personalidade jurídica é de direito privado, reconhecendo-se-lhe a característica de empresa pública, na conceituação consagrada pelo art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200/67.

No setor de alimentos e armazenamento, pela Lei Delegada nº 6, de 26 de setembro de 1962, ficou a Superintendência Nacional de Abastecimento autorizada a constituir uma empresa de âmbito nacional sob a forma de sociedade por ações, e com a denominação da Cia. Brasileira de Alimentos (COBAL).

Os objetivos da COBAL, na conformidade do art. 3º da aludida Lei Delegada nº 6, foram os seguintes:

I – comprar, transportar, vender, importar e exportar gêneros alimentícios e bens necessários às atividades agropecuárias, inclusive pesca, e às indústrias de alimentos;

II – importar o que for necessário ao atendimento dos programas de assistência alimentar dos órgãos federais, funcionando como depositária de gêneros de primeira necessidade recebidos, por doação, de procedência nacional ou internacional.

Ainda neste mesmo setor, de referir a Cia. Brasileira de Armazenamento (CIBRAZEM), criada pela Lei Delegada nº 7, de 26 de setembro de 1962, cuja ação se tem feito sentir de maneira expressiva principalmente através da construção de centrais de abastecimentos em pontos estratégicos, consoante contido no plano diretor da Companhia para os anos de 1972 e 1974.

No setor de telecomunicações, ocorreu a criação da EMBRATEL, autorizada pelo art. 42, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

Segundo consta da Exposição de Motivos da Comissão encarregada de rever os atos constitutivos dessa empresa, “a nenhum ente público descentralizado imprimiu a lei tão marcante configuração de empresa pública como à EMBRATEL, com capital subscrito apenas por entidades públicas e governamentais e dotada da ampla autonomia técnica e administrativa, modalidade já consagrada em outros centros civilizados, como na Alemanha, França e Inglaterra”.

No setor de urbanização e construção de Brasília, surgiu a Cia. Urbanizadora da Nova Capital (NOVACAP), cuja constituição foi autorizada pelo art. 2º da Lei nº 2.874, de 19 de setembro de 1956, e que pode ser considerada como a primeira empresa pública brasileira, isto é, a primeira sociedade em que se verificou o acionariado público, na conformidade do art. 10 da lei referida, cuja natureza jurídica chegou a trazer perplexidade aos juristas.

No setor de processamento de dados, criou a União o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), instituído pela Lei nº 4.516, de 1º de dezembro de 1964, que se constitui em empresa pública de natureza industrial, dotada de personalidade jurídica e vinculada ao Ministério da Fazenda.

No setor portuário, de dragagem e navegação, várias são as empresas públicas criadas pelo Governo Federal. Assim, a Cia Docas do

Ceará (Lei nº 4.213, de 14 de fevereiro de 1963) e por via dos Decretos-Leis nºs 152, 154 e 155, todos de 10 de fevereiro de 1967, foram criadas, respectivamente, os Serviços de Transportes da Bacia da Guanabara S.A., o Serviço de Navegação da Bacia do Prata S.A. e a Cia. das Docas do Pará.

No setor de serviços postais e telegráficos, o Governo brasileiro, ao adotar as fórmulas já preconizadas pelos países mais evoluídos, e dando cumprimento ao disposto no Decreto-Lei nº 200/67, aprovou o Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969, dispondo sobre a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos em empresa pública, sob a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

No setor de financiamento, o próprio Decreto-Lei nº 200, no seu art. 191, autorizou a criação da FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos S.A. –, cujos acionistas são a União, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e outras entidades da Administração Indireta.

Neste mesmo setor, ainda de referir a Caixa Econômica Federal, transformada em empresa pública pelo Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969 e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, que, criado como autarquia, foi enquadrado na categoria de empresa pública pela Lei nº 5.662, de 21 de junho de 1971.

No setor de turismo, o Decreto-Lei nº 55, de 18 de novembro de 1966, criou o Conselho Nacional de Turismo e a Empresa Brasileira de Turismo (EMBRATUR).

No setor da habitação a Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, enquadrando o Banco Nacional de Habitação na categoria de empresa pública unipessoal.

No setor da saúde pública, a Lei nº 5.604, de 2 de setembro de 1970, constitui sob a forma de empresa pública, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre, vinculado ao Ministério da Educação e Cultura.

Em todos estes empreendimentos verifica-se o desenvolvimento de atividades econômicas, mas nem sempre com finalidade lucrativa, a qual, de resto, mais parece se adequar às sociedades de economia mista.

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, com apoio em BILAC PONTO, "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas", in *Revista Dir. Adm.*, vol. 32, páginas 1 e seguintes, PAUL REUTER "La société anonyme au service des collectivités publiques", GASTON LAGARDE, "De la société anonyme à l'entreprise publique, in *Études offerts à Georges Ripert*", Paris, 1950, tomo II, páginas 296/318, é peremptório no afirmar que "... a empresa pública... deve constituir o instrumento preferido na hipótese de execução de um serviço público, do qual esteja excluída a finalidade lucrativa". (PAIVA, Alfredo de Almeida. *As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado*, *Revista de Direito Administrativo*, Rio, (60): 1-15, abril/junho, 1960).

Ao propósito, na obra de R. VAN DER BORGHT ("Hacienda Pública", traduzida da 6ª edição alemã e anotado por MIGUEL SANCHO IZQUIERDO e MANUEL SANCHEZ SAROT, 3ª edição, Barcelona, 1934, tomo Iº Parte Geral, p. 119), a par de vários expressivos exemplos dos progressos a que tem atingido, na Alemanha, a atividade empresarial por parte do Estado e, muito mais freqüentemente, por parte dos municípios através de instituições várias, diversamente denominadas, sobretudo no campo das operações de crédito, onde sua atuação "puede considerarse ... una verdadera fuente de ingresos", lê-se, ademais, a observação de que "Estas instituciones no están orientadas, por lo común, hacia una finalidad lucrativa, pero em muchos casos arrojan ingresos suficientemente respetables para que se adjudique a estas entidades una significación financiera bastante elevada".

Ao propósito, muito afeiçoada a observação de LEOPOLDO BRAGA segundo a qual "nas empresas públicas, em geral, a consideração do interesse público deve sobrelevar e, via de regra, sobrelevar o interesse ou objetivo fiscal. Por isso mesmo, o que se verifica é que, de ordinário, os preços estabelecidos pelas empresas públicas são, geralmente, inferiores àqueles que espontaneamente se formariam em um mercado livre pelo jogo da procura e da oferta e aqueles que prevaleceriam em regime de monopólio privado, pois tais preços correspondem, nessas organizações, ao contrário econômico de cobrir completamente o custo da produção, embora na maioria dos casos se ofereçam resultados deficitários, avultan-

do de muito as despesas sobre as rendas ou lucros apurados (LIGUORI, op cit., pág. 43; FRANCESCO NITTI, *Principes de Science des Finances*, ed. francesa, trad. da 5ª ed. italiana por STEFAN FREUND, Paris, 1928, vol 1º, pág. 278; FLEINER, op. cit. pág. 261; A. de Viti de Marco, *Principi di Economia Finanziaria*, 3., ed. Turim, 1953, páginas 45-46; ZANOBINI; op. cit. vol. 5º, pág. 225; ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1952, pág. 393; KARL THEODOR VON EHEBERG, *Compêndio de Hacienda Pública*, trad. de FREDERICO RUIZ KOENIG, México, 1945, páginas 56-57; EHEBERG - BROESLER, *Principios de Hacienda*, versão da 7ª edição alemã por JUAN SARDÁ DEXEUS e LUCAS BELTRAN FLÓREZ, Barcelona, 1944, pág. 99". (BRAGA, Leopoldo. *Empresas públicas*. In: J. M. de CARVALHO SANTOS. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Borsoi, pág. 104-191).

Afastada, assim, pela doutrina a idéia de lucro do objeto das empresas públicas, bem se houve o legislador pátrio ao reformular, através do Decreto-Lei nº 900, o conceito de empresa pública, bem se houve o legislador pátrio ao reformular, através do Decreto-Lei nº 900, o conceito de empresa pública.

Ademais, o fim lucrativo, quando perseguido profissionalmente na interposição entre a oferta e a procura caracteriza mais propriamente uma particular atividade humana, qual seja a mercancia: *finis mercatorum lucrum est*.

Evidentemente, a atividade comercial ou industrial é espécie do gênero atividade econômica.

Destarte, suprimida da anterior definição, dada pelo Decreto-Lei nº 200, a expressão "exercício de atividades de natureza empresarial", substituída pela mais ampla "para a exploração de atividade econômica" mais não fez o legislador do que acolher a lição da doutrina que, já de há muito, especialmente na Europa, vem burilando a conceituação deste organismo estatal, por forma a torná-lo efetivamente apto a auxiliar o Estado na atividade que desenvolve no campo da economia, por meio do exercício direto da atividade econômica e da direção e controle dessa mesma atividade quando exercida pelas empresas privadas. (cf. ZANOBI- NI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão, 1950, vol. 5º, p. 215 e 221/3).

De resto, do discripe substancial que se estabelece entre a empresa pública e a sociedade de economia mista, decorrente da natureza do capital com que cada uma se constitui, se pode considerar que o fim lucrativo é característico da última, vez que somente este é que poderá chamar o investidor particular a se associar ao Poder Público na exploração da atividade econômica. Quando a baixa rentabilidade do empreendimento ou, mesmo, a exploração de forma deficitária da atividade econômica se manifestar, é certo que ao Estado competirá, sozinho, perseguir os objetivos visados, cujo interesse social colocará o Poder Público na contingência, ou lhe mostrará a conveniência de assumir a empresa.

Esta tanto poderá consistir na produção e circulação de bens, como na prestação de serviço que, igualmente, se inclui na concepção de atividade econômica.

Di-lo, por exemplo, J. Martins de Souza:

“... conclui-se – ou se reafirme a conclusão – que, do ponto de vista da Economia, empresa é uma atividade produtiva, quer seja ela particular, quer seja estatal; quer, ainda, produza bens ou coisas, quer produza, tão somente serviços.” (SOUZA, J. Martins. Economia Política – **História das Doutrinas Econômicas – Conceitos Fundamentais**. São Paulo, 1969).

Postos estes princípios, que, como visto, se coadunam com o direito positivo pátrio, não há dificuldade em se aceitar que a consulente, pelos objetivos que persegue e, especialmente, pelo fato de só os poder atingir, plenamente, sem objetivar lucro, bem se situa na categoria eleita, de empresa pública.

Todavia, a forma adotada, de sociedade por ações, parece não se adequar aos objetivos visados.

Com efeito, mesmo diante do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, revogado pela vigente Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não seria possível emprestar a um empreendimento sem objetivo de lucro a forma de sociedade anônima porque tanto no regime da lei anterior

como no da atual – cujo art. 2º se constitui em cópia do também art. 2º do Decreto-Lei revogado – há exigência expressa de que, para revestir a forma anônima, se trate de “empresa de fim lucrativo”.

Pouco importa a natureza do objetivo visado – civil ou mercantil – a finalidade de lucro é imposição decorrente da lei.

Hoje, dentre muitos outros comercialistas, o conceituado professor JEAN VAN RYN considera de muito pouca utilidade para a conceituação jurídica do comércio a noção de lucro, que coloca em segundo plano, já que muitas atividades lucrativas escapam ao âmbito do comércio no sentido jurídico, enquanto que outros atos tidos como de comércio podem não ter fim lucrativo.

Não foi, portanto, a preocupação com a natureza mercantil dada às sociedades por ações que induziu o Legislador pátrio a impor como condição para a constituição de uma sociedade revestida dessa forma o fim lucrativo do empreendimento.

Fê-lo, certamente, na consideração de que tais sociedades, concebidas com o objetivo de angariar grandes capitais, fracionando o seu capital em partes mínimas e diluindo a responsabilidade dos sócios, por forma a tornar acessível a participação nelas às bolsas mais modestas, assim como às mais tímidas, deveria, em contrapartida, assegurar que os empreendimentos econômicos por elas perseguidos fossem rentáveis.

E nesse sentido é marcante a lei atual, cujo objetivo é o de dar condições de desenvolvimento à grande empresa nacional, provocando, assim, as dificuldades que a consulente aponta.

Dir-se-á, talvez, que nos próprios exemplos acima apontados, sublinhou-se a existência de empresas públicas, que revestem a forma anônima, em que o lucro não é perseguido, caracterizando-se, em muitos casos, apenas uma atividade econômica, sem fins lucrativos. A verdade, porém, é que tais entes foram criados pela Administração Federal, através dos seus competentes órgãos constitucionais – o Legislativo e o Executivo – que podem, sempre que para isto tiverem razão, excepcionar os princípios postos em normas de caráter geral.

Os Estados e os Municípios, contudo, não podem fazê-lo pela simples razão de que não têm competência constitucional para dispor sobre matéria de direito privado.

Se o Estado ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público – de existência necessária ou contingente – eleger uma determinada forma societária para revestir uma entidade que deseje fazer participar da Administração Indireta, terá, obrigatoriamente, de respeitar a lei federal que sobre a matéria dispuser.

Muito a propósito as palavras de CAIO TÁCITO, ao discorrer sobre o tema: “Ressalvadas as exceções expressas em lei, as empresas do Estado, constituídas como sociedades comerciais, devem regularizar-se pelas normas de direito privado, que lhe são próprias.

Pretender equipará-la, em seu regime jurídico, aos órgãos da Administração Direta, ou autárquica é violar a lei, ignorando a escolha de regime jurídico diverso que visa, precipuamente, a fugir dos embaraços administrativos que se encontram no pretenso paradigma, do qual o legislador deliberadamente se afastou.

A proteção do capital público investido na sociedade estatal justifica, certamente, medidas especiais, que a singularizam da sociedade privada. O juiz desse tratamento de exceção é, no entanto, o legislador e não o intérprete.

Salvo norma especial em contrário, o regime legal das empresas públicas e sociedades de economia mista é o do direito comum, ou seja, do direito societário.

Se este é o princípio doutrinário dominante na matéria, mais ainda se torna imperativa essa compreensão, diante dos termos do art. 170, § 2º, da vigente Constituição da República (Emenda Const. nº 1/69), segundo o qual “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de

economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.” TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo. Saraiva, 1975, p. 174).

A exceção legal a que o ilustre administrativista faz alusão cinge-se, como é evidente, ao **jus singulare** federal, como antes referido. Ao Estado, a quem escapa competência para dispor sobre direito societário, mais não resta do que dar acolhida à lei nos seus comandos sobre a constituição, organização e funcionamento do tipo societário acaso eleito.

Em suma: se é certo que as empresas públicas conceitualmente não se confundem com as sociedades de economia mista e, por isto, não se subordinam às normas particulares contidas na Lei nº 6.404/76, relativas a estas sociedades, estarão sujeitas às normas que regem as sociedades por ações, contidas na mesma lei, sempre que, na sua constituição, revestirem a forma anônima.

Diante do exposto, entendemos que a consulente está obrigada a realizar as reformas estatutárias ditadas pela nova lei das S.A. e, se lhe for impossível atingir este resultado, cumpre seja eleita, desde logo, outra figura jurídica, no elenco dos tipos societários postos à disposição dos interessados na legislação comercial – ou, então, que revista a figura jurídica que parece mais consentânea com a sua própria natureza, segundo referido na consulta: adote a forma autárquica, onde o ente criador – o Estado – poderá livremente dispor sobre a sua constituição, organização e funcionamento, no exercício da competência administrativa que a Constituição lhe reconhece e assegura – e que, no caso particular da consulente, encontra supedâneo na própria Constituição Estadual em vigor, na palavra do art. 149 desse diploma.

Sub censura.

Porto Alegre, 31 de janeiro de 1978.

CONTAGEM DE TEMPO FICTO PARA APOSENTADORIA

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3610

Revogada a Lei que determinava acréscimo a tempo de serviço para fins de aposentadoria, cessam seus efeitos, salvo quanto aos funcionários que, durante sua vigência, hajam adquirido direito à inativação.

A partir da vigência da Constituição de 1967 não é mais possível, ao Estado, editar lei redutora do tempo de serviço necessário à obtenção da aposentadoria, embora tal Constituição não haja revogado as leis que, sobre o assunto, encontrou vigentes.

Dispôs o § 1º do art. 26 da Lei nº 1.752, de 23 de fevereiro de 1952, na redação dada pela Lei nº 3.387, de 7 de janeiro de 1958, que:

“Os Delegados, Comissários, Inspetores, Escrivães e Inspetores Auxiliares de Polícia, bem como os membros do Corpo de Guardas Civis, da Guarda de Trânsito, da Guarda de Presídios e Anexos e dos Motoristas terão seu tempo de efetivo serviço policial acrescido de 2/5.”

E o art. 3º desta última Lei prescreveu:

“As vantagens atribuídas pelo § 1º do art. 26 da Lei nº 1.752, com a redação que lhe deu a presente Lei, são extensivas aos demais servidores lotados no Departamento de Polícia Civil, pelo

tempo que, entre 7 de dezembro de 1937 e 23 de fevereiro de 1952, prestaram serviços policiais, feita a prova perante o Conselho Superior de Polícia.”

A Lei nº 1.752, de 23 de fevereiro de 1952, era o Estatuto do Servidor Policial, e foi revogada expressamente pelo novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, a Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, que dispôs no art. 116:

“São revogadas a Lei nº 1.752, de 23 de fevereiro de 1952, e demais disposições em contrário.”

Consulta agora o Senhor Secretário de Estado da Administração se os servidores policiais, enquadrados nas hipóteses previstas nas transcritas normas, conservam direito a ver seu tempo de serviço computado com tal acréscimo.

As dúvidas a propósito do assunto poderiam ser duas:

1. Prevê o art. 103 do vigente texto da Constituição da República que

“Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza do serviço, para aposentadoria...”

A legislação em exame é estadual e ordinária. Não teria perdido a vigência?

2. Havendo se operado entretanto a revogação expressa da Lei nº 1.752, não teriam os policiais, que prestaram serviço durante a vigência de suas normas, direito adquirido a ver aquele tempo (correspondente ao da vigência) acrescido dos 2/5? Ou o fato de haver alguém ingressado no serviço policial à época da vigência da Lei nº 1.752, que previa o acréscimo de 2/5, não implicou na aquisição do direito a ver o seu tempo de serviço assim aumentado (pouco importando, portanto, a revogação posterior da norma) até a aposentadoria?

Quanto à primeira dúvida, cumpre referir que a matéria já foi examinada por esta Consultoria-Geral, especialmente no Parecer nº 3118, concluindo-se que a circunstância de agora a Constituição exigir Lei Complementar para redução do tempo necessário à aposentadoria não redundou na perda de vigência da legislação anterior que disciplinava tal redução.

Ou seja, vigente a nova exigência constitucional, não mais pode nem lei federal ordinária nem lei estadual reduzir o tempo de serviço necessário à obtenção da aposentadoria voluntária; mais as normas de lei ordinária anterior, ainda que estadual, sobre a matéria, continuam a vigorar até a sua revogação, que também ocorrerá no momento em que a prevista lei federal complementar enunciar exaustivamente os casos de tal redução.

A segunda dúvida também incide sobre matéria muitas vezes examinada nesta Consultoria-Geral, em outros órgãos consultivos e mesmos nos Tribunais.

O Parecer nº 1894 desta Consultoria-Geral, de lavra do Consultor Jurídico PAULO GERMANO JOÃO*, por exemplo, examinou matéria teoricamente idêntica, embora incidente sobre outra categoria de servidores.

Tratava-se, então, de policiais-militares, regidos anteriormente pelo Estatuto consubstanciado na Lei nº 1.753, de 27 de fevereiro de 1952, também revogada a 15 de janeiro de 1971 por um novo Estatuto, a Lei nº 6.195, dessa data. Os dispositivos examinados no Parecer (arts. 74 e 129, parágrafo único) determinavam a contagem em dobro do tempo de serviço como bombeiro (pela metade) e de férias não gozadas.

Concluiu, o Parecer nº 1894 referido, argumentando com tranqüilidade e citando antigo pronunciamento do Conselho do Serviço Público (nº 3539), que as vantagens em causa, uma vez revogada a Lei que as prodigalizou, não mais subsistem, ainda que hajam sido averbadas.

*JOÃO, Paulo Germano. Parecer nº 1894/CGE. Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1 (1): 115-120, 1971.

Pois

"...os agentes públicos estão, relativamente ao Estado, em situação geral, impessoal e objetiva; e, diante desse regime dito estatutário, os seus direitos e deveres são livremente modificáveis, **in futurum**, nos limites das garantias que lhes são deferidas pela ordem constitucional.

Por isso é que a contagem do tempo necessário à concessão de qualquer vantagem deve ser regulada pelas normas legais vigentes à época da outorga. A maneira de computar esse tempo, uma vez que não se tenham ainda satisfeito todos os requisitos exigidos para a concessão, pode ser modificada sem que tal modificação venha a ferir qualquer direito adquirido.

.....

Enquanto a situação do eventual titular do direito se encontrar, porém, em curso de constituição, (...) é lícito, assim, alterar, livremente, as condições ou requisitos para aquisição do direito."*

Transpostas essas considerações para o caso em exame, vê-se que direito adquirido (à aposentadoria) teria o servidor policial que, contando o serviço policial com o acréscimo de 2/5, perfizesse o total de 35 anos até a revogação da Lei que previa tal acréscimo, porque satisfeitos os requisitos necessários à obtenção da vantagem, não havendo, pelo contrário, direito adquirido a computar por tal ou qual forma o tempo para obtenção de vantagens futuras.

Nessa linha está o Acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal que originou a Súmula nº 359, e de que foi relator o Ministro LUIZ GALLOTTI, o qual assim escreve:

"... se, na vigência da lei anterior, o impetrante preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver

* RIO GRANDE DO SUL. Conselho do Serviço Público. Parecer nº 3539, de 14 de junho de 1957. Relator: Mário Difini. *Pareceres*, 1966. v. 12, p. 48-9.

requerido a aposentadoria, não o faz perder o seu direito, que já estava adquirido. Um direito já adquirido não se pode transmutar em expectativa de direito só porque o titular preferiu continuar trabalhando e não requereu a aposentadoria antes de revogada a lei em cuja vigência ocorrerá a aquisição do direito."*

E também se colocava FRANCISCO CAMPOS:

"O funcionário que reúne todos os requisitos para a aposentadoria goza, em relação ao seu direito à inatividade, de uma situação jurídica definitivamente constituída."**

Aquele policial, porém, que não houver completado o tempo necessário para a obtenção da aposentadoria enquanto vigente a norma que lhe facultava o acréscimo de 2/5 ao tempo de efetivo serviço, não tem direito adquirido a esse acréscimo, exatamente porque não preencheu, enquanto vigente a norma, o conjunto dos requisitos necessários à sua incidência. Sujeito que ficou ao novo regime estatutário, não pode invocar benefício do antigo para alcançar vantagem que só agora incorporará ao seu patrimônio jurídico. Não chegou a ocorrer, para esse, situação jurídica definitivamente constituída.

À mesma conclusão se tem chegado, aliás, em situação que, como a em exame, guarda similitude pela ocorrência de mudança do regime estatutário.

O professor do ensino primário, segundo a Lei nº 2.338, de 25 de janeiro de 1954, adquiria direito a aposentadoria aos 25 anos de serviço. Vindo o professor, ainda que sem interrupção, a deixar o cargo de professor do ensino primário, para exercer outro, de professor do ensino médio, inapelavelmente perdia o direito a aposentar-se cinco ou dez anos mais cedo, o mesmo ocorrendo se passasse a exercer outro qualquer cargo sujeito ao regime estatutário comum, caso em que perdia também a possibilidade de computar com acréscimo de 1/6 o tempo de regência de classe de ensino primário.

* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 11.395. Estado do Paraná versus Oswaldo Portugal Lobato. Relator: Min. Luiz Gallotti. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, (33): 255-269, agosto 1965.

** CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio, Freitas Bastos, 1958. v. 2, p. 129.

A mudança de regime estatutário, quer ocorra por mudança de cargo, quer por alteração da Lei, não deixa persistir senão o direito adquirido, a situação definitivamente constituída.

A vantagem por adquirir, caso os pressupostos não se tenham completado sob a vigência ou incidência da Lei antiga, mas sob a nova, segundo as normas desta se adquirirá, isto é, satisfeitos os pressupostos por esta estabelecidos.

Colocadas nesses termos as questões, uma terceira dúvida poderia ainda surgir, embora anteriormente já se tenha indicado sua solução: Uma vez que a lei estadual ordinária, que previa o acréscimo de 2/5 ao tempo de serviço policial, continuou em vigor sob a nova ordem constitucional, perdendo sua vigência só quando por outra lei for revogada, poderia o Estado novamente reformular o Estatuto do Servidor Policial, para restabelecer tal acréscimo?

Claramente não, porque se trataria de lei agora nova, a ser editada depois de vigente o texto constitucional de 1969. A partir daí, só o legislador federal e mediante Lei Complementar, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, pode editar tal preceito.

Rompida a continuidade da vigência da norma, não está ao alcance do legislador estadual ressuscitá-la.

Em resumo e conclusão, portanto:

1. O tempo de serviço policial pode, para efeito de aposentadoria, ser computado com acréscimo de 2/5 se prestado entre 7 de dezembro de 1937 e 15 de janeiro de 1971, desde que até esta última data se hajam completado todos os requisitos para tal aposentadoria.

2. Não pode ser computado com tal acréscimo o tempo de serviço policial para aposentaria se o direito a esta só se adquirir depois de 15 de janeiro de 1971.

3. Não é possível, mediante lei estadual, restabelecer o acréscimo de tempo ficto que resulta em redução do necessário à obtenção da aposentadoria voluntária.

PORTO ALEGRE, 27 de junho de 1977.

HABILITAÇÃO PROFISSIONAL DO DEFENSOR DATIVO

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3700

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. NULIDADE. DEFENSOR DATIVO SEM HABILITAÇÃO PROFISSIONAL.

A nomeação de defensor dativo, pelas comissões processantes, em caso de revelia ou miserabilidade do indiciado, em processo administrativo-disciplinar, somente pode recair na pessoa de advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e no pleno exercício de seus direitos, sob pena de nulidade por prejuízo essencial da defesa.

I. Pela Portaria nº I/44, de 01 de fevereiro de 1977, o Senhor Superintendente da Rede Ferroviária Federal resolveu determinar a instauração de inquérito administrativo contra o servidor O. C. S., Telegrafista, padrão 9, avanço 7, matrícula nº 33.888, lotado no 1º Distrito de Transporte I, na estação de Porto Alegre, para apuração de falta grave, capitulada nos artigos 226, II e 227, II e V, do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul (Lei nº 2.061, de 13 de abril de 1953). Conforme consta dos autos, havendo a senhora M. I. B. G. reclamado do extravio de duas malas antigas, tipo baú, contendo diversas mercadorias, por ela enviadas de Bossoroca para Porto Alegre, foi constatado que essas duas malas, pertencentes ao despacho nº 2020, de 26 de junho de 1975, haviam desaparecido do armazém de encomendas de NPA. O exame do despacho constatou que o mesmo estava assinado, como se a consignatária houvesse liquidado e por conseguinte retirado a mercadoria, mas a assinatura não é reconhecida como sua pela mesma

consignatária. A assinatura feita, de outra parte, conforme consta de folhas 4v., corresponderia à caligrafia do aqui indiciado, motivo pelo qual foi o mesmo acusado de falsificar a assinatura da destinatária no documento de recebimento da encomenda.

2. Em declarações suas, prestadas em 06 de maio de 1976, portanto anteriores à própria instauração do presente processo administrativo-disciplinar, ainda na fase de sindicância, esclareceu o ora indiciado que, ao fazer uma revisão dos impressos liquidados, em 31 de julho de 1975, entre esses encontrou o despacho TF-43 B nº 2020, de 26 de julho de 1975, na gaveta do balcão do Armazém de Porto Alegre, destinada somente à guarda dos despachos já liquidados. Como não constava do mesmo a assinatura da destinatária, e após haver perguntado aos demais servidores se a mercadoria já havia sido entregue, obtendo resposta afirmativa, assinou o referido despacho com o nome da destinatária, dando-o por liquidado e fazendo isso constar do mapa BT-4, correspondente ao período de 1º a 5 de agosto de 1975, devidamente encaminhado à Contadoria da Receita. Ao reclamar a consignatária, pessoalmente, o extravio das mercadorias, e após haver realizado um balanço no Armazém, alegou ter-se dado conta de que as mesmas não haviam sido entregues, quando então comunicou a irregularidade ao senhor Agente Chefe da Estação de Porto Alegre. Antes disso, em face de telegramas da consignatária, nos meses de agosto e setembro de 1975, foi enviado telegrama sob nº 470, de 24 de setembro de 1975, à estação de Bossoroca, reclamando e pedindo a abreviação da marcha do despacho sempre em referência. (folhas 09)

3. Instalada a Comissão de Inquérito Administrativo, em 1º de fevereiro de 1977, foi determinada e feita a citação do indiciado, bem como a intimação das testemunhas arroladas. Mediante requerimento seu, foi dado ao indiciado Defensor Dativo, na pessoa do servidor público ferroviário VALKIR VARELA ERMIDA. Tomado o depoimento pessoal do indiciado, em 03 de fevereiro de 1977, ratificou esse praticamente as suas declarações anteriores, no sentido de que “não encontrando os volumes e estando a fatura pendente de liquidação, o ora depoente assinou o nome da destinatária M.I.G. sem nenhuma maldade, apenas com intenção de poder incluir a fatura em mapa de receita, considerando que a mesma já tivesse sido liquidada” (sic-folhas 31), juntando mais “que, o depoente assinou o nome da destinatária da encomenda tendo em vista que já decorriam

alguns dias da chegada da fatura, o que dava a entender que a mesma já estivesse liquidada” (folhas 31). Em sua defesa, disse ainda o indiciado que “atribui a falta dos volumes a alguma entrega mal feita, mistura dos volumes com outros retirados ou que fossem furtados do interior do Armazém (folhas 32), visto não oferecerem as portas do mesmo a necessária segurança contra roubos”.

4. Em 04 de fevereiro de 1977, foram ouvidas as testemunhas arroladas, havendo o senhor Guiomar Borba Nunes declarado que as referidas mercadorias, chegadas na estação local, em data de 29 de junho de 1975, foram descarregadas pelo servidor M.S. bem como que o próprio indiciado lhe informou haver assinado a liquidação do despacho pela consignatária, no entanto, confirmou as assertivas do indiciado, no sentido de “que existem portas no armazém que não oferecem a necessária segurança para os volumes ali depositados” (folhas 36), inclusive juntando “que já houve casos de furtos de volumes no armazém e na seção de bagagens locais, sem ter sido possível identificar o autor e por esse motivo o depoente dirigiu-se muitas vezes à chefia comunicando as ocorrências e solicitando providências tanto ao Distrito como à Presidência, sem solução até a presente data” (folhas 36). De sua parte, a testemunha M.L.S. declarou que à sua presença compareceu o indiciado, após transmitido a Bossoroca o telegrama nº 470, de 24 de setembro de 1975, reclamando o despacho das mercadorias em questão, “com a nota do despacho, que havia buscado na Contadoria da Receita, dizendo que havia assinado ele próprio a nota com o nome da destinatária M.I.G. por julgar que os volumes já haviam sido entregues e talvez tivessem esquecido de assinar a referida nota, pois os volumes não se encontravam no Armazém” (folhas 37); depois, no entanto, não deixou de ratificar as afirmações antes vistas, de que “as portas do armazém da estação não oferecem segurança e reiteradas vezes têm sido feito expedientes à chefia pedindo providências nesse sentido, o que ainda não foi atendido” (folhas 38), apesar de juntar que “seria difícil os volumes serem furtados do interior do armazém sem que os funcionários se apercebessem, mas não se pode excluir a hipótese de terem sido entregues mal” (folhas 38), e que não tem o depoente “conhecimento de terem desaparecido volumes do armazém, quer antes ou depois do fato da denúncia, tendo havido casos de entrega de volumes trocados e depois recuperados” (folhas 38).

5. Em 08 de fevereiro de 1977, foi ouvida a testemunha restante, o senhor N.L.M., o qual declarou que "soube pelo próprio acusado que o mesmo tinha assinado o nome da destinatária na fatura para poder considerá-la como **liquidada** e dar entrada em mapa da receita, como de fato fez" (folhas 65); declara mais, "que, tem conhecimento que as portas do armazém não oferecem segurança e esse fato já foi comunicado à Chefia, solicitando providências" (folhas 65), bem como "que, no armazém, tem ocorrido fato de um volume ser entregue por engano acompanhando volume de outra expedição e mais tarde é recuperado" (folhas 65).

6. No prazo que lhe foi marcado, o Defensor Dativo do indiciado apresentou as suas alegações finais, pois já havia anteriormente apresentado a defesa preliminar, sem arrolar testemunhas, nem apresentar documentos, na própria audiência do dia 08 de fevereiro de 1977. Como defesa, procura configurar locupletação ilícita da consignatária, a qual, havendo lançado no despacho um valor de Cr\$ 100,00 para as mercadorias em questão, veio por elas mais tarde exigir e obter a quantia de Cr\$ 8.300,00, paga pela Rede Ferroviária Federal; ressalta também a insegurança do armazém, onde eram guardadas as mercadorias, bem como o ótimo conceito funcional do indiciado, em mais de 25 anos de serviço.

7. A Comissão Processante, em seu relatório de folhas 71 a 75, entendendo estar comprovada a falsificação da assinatura da consignatária pelo indiciado, e, portanto, a sua responsabilização por grave irregularidade, mormente se tratando de funcionário antigo, opinou pela pena demissória. De outra parte, em matéria que não é objeto próprio do presente processo administrativo-disciplinar, qual seja essa da indenização paga pela Rede Ferroviária Federal à consignatária, propôs a Comissão que fosse revista essa medida por entenderem os seus membros que houve má-fé de M.I.G., no despacho das mercadorias ao prestar declaração falsa quanto ao mesmo, no ato da expedição. Por intermédio da Secretaria de Transportes, que solicitou manifestação desta Casa, vieram os autos, distribuídos à 2ª Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar.

É o relatório.

8. Preliminarmente, quer parecer que o presente inquérito administrativo-disciplinar padece de grave vício quanto à defesa do

indiciado. Verdade é que o Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 2.061, de 13 de abril de 1953), no seu artigo 255, expressamente dispôs que "será designado, mediante ato expresse do presidente da comissão, um servidor para se incumbir da defesa do acusado, não só em caso de revelia, **como quando este solicitar a designação de um defensor dativo, por não lhe ser possível prover a defesa com advogado particular**" (sublinhei). E assim procedeu o indiciado, através do requerimento de folhas 26, alegando insuficiência de recursos, quando então lhe foi designado, pelo Presidente da Comissão Processante, como defensor dativo, o servidor público ferroviário VALKIR VARELA ERMIDA (folhas 29). Nada no presente processo, no entanto, dá notícia de que esse defensor dativo seja advogado, ausente qualquer referência a grau universitário, denominação profissional ou inscrição corporativa. Vale dizer, pode ser razoavelmente tomado como certo que o defensor dativo, designado dessa maneira para o indiciado, não é profissional da advocacia, nos termos da lei.

9. A Constituição em vigor, no § 32 de seu artigo 153, somente assegura aos necessitados o benefício da assistência judiciária. E nisso não faz mais do que repetir as Cartas Magnas de 1967 (artigo 150, § 32) e de 1946 (artigo 141, § 35). Tanto significa que, constitucionalmente, o benefício da assistência em questão, a quem se provar necessitado, somente se garante para os que estiverem sendo processados diante de juízes ou tribunais dotados de jurisdição, em sentido estrito, o que desde logo afasta os inquéritos puramente administrativos, ainda que de caráter punitivo.

10. Ocorre que a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, depois de dispor que "o exercício das funções de advogado, estagiário e provisionado somente é permitido aos inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, e na forma desta lei" (artigo 67), estabelece expressamente, no seu artigo 71, que "**a advocacia compreende, além da representação em qualquer juízo ou tribunal, mesmo administrativo**, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica". (sublinhei) O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, portanto, limitou aos advogados inscritos a representação inclusive em tribunais administrativos, despidos de poder jurisdicional. Aliás, nisso não inovou as disposições anteriores do Regulamento

consolidador aprovado pelo Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, onde também se limitava o exercício das funções de advogado, provisionado ou solicitador, "em qualquer juízo, contencioso ou administrativo, cível ou criminal (artigo 22), aos titulares de inscrição corporativa".

11. Assim sendo, embora não com assento na Constituição Federal, mas em lei ordinária desse mesmo nível de poder, mesmo a representação do indiciado, mediante defensor dativo, em caso de revelia ou miserabilidade, em inquérito administrativo-disciplinar, é sempre privativa de advogado. Isso tanto vale para o defensor dativo, a que se refere o artigo 255 do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários Estaduais, quanto para esse do artigo 236 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul. Há que se entender, nesses dois dispositivos, e em outras normas estatutárias assêmelhadas, que a nomeação de defensor dativo recairá sempre em advogado, mesmo quando a regra não for explícita a esse respeito, ou simplesmente estabelecer, de modo errôneo, que essa nomeação se fará apenas preferencialmente na pessoa de advogado.

12. De outra parte, a Constituição Estadual de 27 de janeiro de 1970, ao contemplar entre suas disposições esta Consultoria-Geral (artigo 87), conferiu-lhe a atribuição, tanto do patrocínio judicial dos necessitados, quanto dos servidores estaduais processados em virtude de ato praticado no exercício das respectivas funções. Tanto significa que, havendo servidor rével ou necessitado, o qual esteja sendo processado em virtude de ato funcional, em processo judicial ou inquérito administrativo-disciplinar, é dever desta Consultoria-Geral indicar advogado de seus quadros, para nomeação como defensor dativo. A irrestrita defesa do indiciado, a que se refere o artigo 263, c, da Lei Estadual nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, ou a defesa plena do indiciado, posta no artigo 261, III, da Lei Estadual nº 2061, de 13 de abril de 1953, exigem, pela combinação dos dispositivos legais antes citados, que a representação do servidor público, em inquérito administrativo-disciplinar, se faça sempre por advogado, mesmo nas hipóteses da nomeação de defensor dativo, quando então caberá a esta Consultoria-Geral a sua indicação.

13. Posta a questão nessa perspectiva, a única conclusão possível, na presente espécie, é pela nulidade do inquérito administrativo-disciplinar,

por mágoa à defesa do indiciado. Para corroborar, no plano do processado, essa argumentação jurídico-formal, é bastante observar que o defensor dativo nomeado, embora zeloso, comparecendo a todos os atos processuais, participando do interrogatório das testemunhas, ainda que só para perguntar quanto à conduta e antecedentes funcionais de seu representado, não apresentou defesa prévia, nem documentos, e nem mesmo arrolou testemunhas, restringindo a sua defesa às alegações finais de folhas 69/70; em duas parcas laudas. Portanto, desistiu de oportunidade, legalmente assegurada, para se manifestar nos autos, renunciou a qualquer prova sua e deixou mesmo de pedir a ouvida da reclamante M. I. G. e de servidores referidos pelo próprio indiciado e por testemunhas, em suas declarações nos autos. Assim sendo, na ausência de qualificação profissional, não exerceu a defesa de seu representado com a plenitude e irrestrição, que seria razoavelmente exigível, nos termos da própria lei processual. Para esse vício, com justiça a norma estatutária reservou a cominação de nulidade, a qual deve aqui ser declarada, em nome dos valores da segurança jurídica.

14. Em face do exposto, os integrantes desta 3ª Turma da Equipe de Revisão, da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar desta Consultoria-Geral do Estado, são de parecer unânime que o presente processo administrativo-disciplinar, em que figura como indiciado o servidor público ferroviário O. C. S., deve ser declarado nulo, por falta de defesa do indiciado, nos termos do artigo 261, III, do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul, para o efeito de se repetir o processado. De outra parte, esta 3ª Turma recomenda que seja oficiado à Rede Ferroviária Federal S/A, informando a essa que, por preceito de lei federal, a nomeação do defensor dativo somente pode recair na pessoa de advogado, com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados do Brasil.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 1º de novembro de 1977.

CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

MÁRIO NUNES SOARES
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3577

DISTRITO INDUSTRIAL.

Concessão de uso, estatuída no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, é meio adequado de dispor dos lotes quando clausulados pela inalienabilidade e impenhorabilidade em doações.

Sub-rogação do gravame, outra alternativa.

O Município de SÃO LUIZ GONZAGA formula consulta a esta Casa para esclarecer a seguinte questão de direito: O Estado doou àquela comuna uma área de terras destinada à implantação de um Distrito Industrial, doação esta gravada com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade.

Daf, expõe a dúvida:

“A municipalidade de São Luiz Gonzaga está elaborando um projeto para a implantação do Distrito Industrial, tendo numerosas indústrias interessadas. Acontece que, diante do dispositivo acima citado, não sabe da maneira legal para poder conceder as áreas para cada indústria.

Isto exposto, esta Prefeitura, solicita a esta Consultoria um amplo relato do procedimento que deve adotar, para assim poder continuar com os estudos do referido projeto”.

É o relatório.

2. A vigência das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, é evidente, não permitirá a alienação do domínio e a constituição de

hipoteca, consubstanciando esta garantia real a disponibilidade prévia do bem para a penhora no caso da eventual execução forçada.

Na atual configuração da matéria, a solução viável para a utilização do imóvel pelos componentes do distrito é a figura da concessão de uso, instituída a partir do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967. O instituto está definido na lei, quanto à sua natureza, como “direito real resolúvel”.

3. Direito real, “jus in re aliena”, a sua constituição não importa, no entanto, em alienação do domínio, pois o que se transmite é o uso da coisa. Semelhantemente, não haverá objeção de que outros direitos se exerçam e transmitam sobre um bem gravado com as mesmas cláusulas como pode ocorrer com a posse.

Evidentemente, permanecem íntegras as demais restrições incidentes sobre o uso e que dão significação ao caráter resolúvel do direito constituído. Assim, a destinação diversa dotada para o imóvel resolve o negócio como determina o § 3º, do art. 7º, do diploma em questão, que diz:

“§ 3º – Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, se descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza”.

4. Ele é suscetível, sem embargo, de transmissão “causa mortis” ou por ato “inter vivos”, como será certamente possível ocorrer com a posse assentada em um bem sujeito às mesmas cláusulas restritivas do domínio. Operada a transmissão, o adquirente está obrigado às estipulações contratuais e legais que fizeram resolúvel a concessão, impedido assim de dar destinação diversa ao imóvel. Em tais contratos, podem constar outras cláusulas de efeito resolutório, porquanto é negócio jurídico, assente sobre a convenção e o consenso, como se entrevê no texto do citado § 3º.

Na locução “concessão de uso”, a tônica relevante põe-se sobre o vocábulo uso. Este é o direito real, elaborado desde os romanos. As formas

de se constituir (concessão, permissão, autorização) dizem respeito ao antecedente negocial de que resulta o direito. Imprimem, entretanto, a intensidade do vínculo na relação contratual. No presente caso, o lineamento básico do instituto encontra-se na lei, a qual deixa margem para outras estipulações a que conduza o consenso das partes intervenientes.

5. Pelo exame da natureza do direito real de uso, não se vê obstáculos quanto à possibilidade de sua contratação, não importando em alienação do domínio, vedada pelas cláusulas restritivas aqui consideradas.

Com efeito, diz o clássico LAFAYETTE:

“O senhor conserva o direito à substância da coisa, ao qual oportunamente virão de novo reunir-se os direitos destacados, e por essa razão continua a ser reputado proprietário. O usufrutuário, portanto, exerce os seus direitos em coisa que está sob o domínio de outrem: daí o princípio que o usufruto não se pode constituir senão na coisa alheia”.

(LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, pág. 214, 3ª edição, Freitas Bastos, 1940).

Ora, o instituto do uso tem a mesma natureza do usufruto, aproveitando-se literalmente o ensinamento.

ORLANDO GOMES é bastante explícito ao afirmar que “o uso não consiste no desmembramento da faculdade de usar contida no domínio”. (*Direitos Reais*, 4ª edição, pág. 303, Forense).

6. A respeito da concessão de uso, a instituída pelo Decreto-Lei nº 271, expõe HELY LOPES MEIRELLES:

“A concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. É o conceito que se extrai do art. 7º do Decreto-Lei Federal nº 271, de 28 de fevereiro de 1967 que criou o instituto, entre nós.

A concessão de uso, como direito real, é transferível por ato "inter vivos" ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, com a só diferença que o imóvel reverterá à administração concedente, se o concessionário ou seus sucessores não lhe derem o uso prometido ou desviarem-no de sua finalidade contratual. Desse modo o Poder Público se garante quanto à fiel execução do contrato, assegurando o uso a que o terreno é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade.

A concessão de direito real de uso pode ser outorgada por escritura pública ou termo administrativo, cujo instrumento ficará sujeito à inscrição no livro próprio do registro imobiliário competente. Desde a inscrição, o concessionário fruirá plenamente o terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

A concessão assim concebida substitui vantajosamente a maioria das alienações de terrenos públicos, razão pela qual deverá ser sempre preferida, principalmente nos casos de venda ou doação. A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, depende de autorização legal e de concorrência prévia, admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for concessionário de serviço público ou entidade assistencial, ou, ainda, quando houver relevante interesse público.

Essa concessão, embora erigida em direito real, não se confunde com a enfiteuse ou aforamento, que é instituição civil bem diversa e menos adequada ao uso especial de bem público por particulares, como veremos a seguir". (**Direito Administrativo Brasileiro**, pág. 482, 5ª edição, Revista dos Tribunais).

7. Outra solução que pode ser adotada é a da sub-rogação do ônus, assim prelecionada pelo mesmo ORLANDO GOMES:

"A proibição de alienar não é absoluta. Certas ocorrências ou determinadas circunstâncias podem aconselhar a alienação da coisa gravada, mas o proprietário não é o árbitro da necessidade ou conveniência da alienação. Para que possa efetuar-la, precisa obter autorização do juiz, que pode negá-la, se convencido de que não procede a pretensão. Quando, porém, a alienação é aconselhável, o ônus se transfere ao bem que obrigatoriamente deve ser adquirido para substituir a coisa alheia. A essa substituição denomina-se sub-rogação. Obedece a processo especial. Indica a necessidade da intervenção judicial que a limitação à propriedade ao poder de disposição possui força equivalente à que é feita pela lei em função de certas situações jurídicas". (Op. cit. pág. 120)

Esta medida da sub-rogação, verifica-se, não é singela, pois depende da intervenção judiciária. Contudo, terá lugar para os casos em que não aceitem os futuros componentes do distrito a forma da concessão de uso, em virtude de não operar a aquisição de propriedade. Pode ser sub-rogado o gravame, incidente sobre toda a área ou em cada lote.

8. Sub-rogado o ônus para outro bem (ou bens), "quid juris" relativamente à condição de que não se cometa destinação diversa ao imóvel doado, ou seja, não se implante o distrito industrial?

Permanece íntegra esta condição resolutória aposta à doação. Vale dizer, retorna ao patrimônio do Estado. (art. 3º da Lei nº 6.904, de 20/10/75).

9. EM CONCLUSÃO, e em face à vigência das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, cabe a contratação da concessão de uso, mediante prévia autorização legislativa, ou a sub-rogação do ônus para outro bem disponível do patrimônio municipal.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 20 de maio de 1977.

CONSTITUCIONALIDADE DO PEDÁGIO

FRANCISCO GONÇALVES DIAS
Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE Nº 3853

PEDÁGIO MUNICIPAL. COBRANÇA. É
CONSTITUCIONAL. CONVENIÊNCIA
DE SUA INSTITUIÇÃO COMO PREÇO.
NECESSIDADE DE PROVIMENTO LE-
GAL.

O Senhor Vice-Prefeito de SELBACH, em Ofício dirigido a esta Consultoria, expõe que os Municípios de Selbach e Espumoso pretendem construir uma ponte intermunicipal sobre o Rio Jacuí, nas localidades de Bela Vista-Alto Alegre, em convênio com a Companhia Intermunicipal de Estradas Alimentadoras (CINTEA), indagando, finalmente:

“É viável a cobrança de taxa de pedágio?
É constitucional tal medida?
Qual o procedimento da Prefeitura para a criação de tal taxa?
Esclarecimentos outros que se relacionem com o assunto.”

É o relatório.

A questão proposta, no tocante aos seus dois primeiros aspectos, viabilidade (jurídica) e constitucionalidade, merece resposta afirmativa, embora o legislador constituinte, no art. 19, inciso II, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não tenha ressalvado a cobrança de **pedágio** para atender ao custo de vias de transporte, como o fez na Constituição Federal de 1967 (art. 20, II).

Com efeito, assim preceituava a Carta Política de 1967:

“Art. 20 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, exceto o pedágio para atender ao custo de vias de transporte.” (Grifamos)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, ainda que mantida a cláusula vedativa de “tributos de barreira” (art. 19, II), o legislador constituinte não mais excepcionou a cobrança de pedágio, nem a ele se referiu. Em razão desse fato, surgiram, na doutrina, duas correntes diametralmente opostas:

a) a dos que sustentavam a proibição da cobrança de pedágio, forte no argumento de que a Emenda nº 1 a ele não mais se referiu, tendo o instituto, em consequência, sido suprimido;

b) a dos que defendiam a tese, diga-se de passagem, predominante e que se consagrou vitoriosa, de que a inclusão do pedágio dentre as taxas deveu-se a um erro de técnica do constituinte de 1946, repetido na Constituição Federal de 1967.

Aliás, filia-se a essa última corrente o consagrado HELY LOPES MEIRELLES, que, a propósito da controvérsia, escreve:

“Dessa supressão da inútil ressalva de pedágio dentre os tributos, passaram alguns intérpretes apressados da Emenda Constitucional nº 1, a inferir a proibição de sua cobrança pelos Estados e Municípios, ou por seus delegados (concessionários e permissionários), incumbidos da construção e conservação de estradas de rodagem, ou de qualquer outra obra de viação de natureza especial (vias-expressas, pontes, túneis, etc.). A exegese restritiva da arrecadação desse preço público é pueril e sem amparo algum da legislação, na doutrina e na jurisprudência.” (Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 329).

Também nesse sentido é a posição do eminente GERALDO ATALIBA que, abordando o assunto, enfatiza:

“Na verdade, a circunstância de se ter eliminado no novo texto constitucional a referência à taxa de pedágio não importa a sua supressão, mas, simplesmente, obriga a reconhecer que o legislador constituinte entendeu dispensável, supérfluo e despiçando estar repetindo disposição de mero caráter pedagógico, anteriormente formulada e sem qualquer justificação para figurar no texto constitucional. Na verdade, a permissibilidade da cobrança da taxa de pedágio já está contida na enunciação genérica das regras em torno do instituto jurídico da taxa, sendo inteiramente dispensável a reiteração específica que se continha na disposição mencionada na Constituição de 1967. Por isso foi suprimida na Emenda Constitucional nº 1. É errado, pois, pretender extrair daí o argumento de que passou a ser vedada.” (In Boletim Informativo do SERFHAU, São Paulo, (39): 6-4, jun; 1971).

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, ao apreciar e julgar o RE. nº 75.641-SP, decidiu, à unanimidade, ser constitucional a cobrança do pedágio estadual, tendo o Relator, Senhor Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, ao ensejo de seu voto, destacado:

“Parece-me, aliás, que o fato de ter estado em nossos textos constitucionais, durante certos períodos, a ressalva expressa do pedágio, no ponto em que se cuidou da proibição tradicional de tributos de trânsito, deve ser tomada como contribuição pedagógica do constituinte em prol da conclusão de que tal ingresso não se inclui, por sua própria índole, entre os tributos vedados. A interpretação contrária, de resto, não seria fecunda nem justa, uma vez que deixaria ao desabrigo apenas o pedágio estadual, mas não o federal, nem, pior ainda, o municipal.” (In Revista Trimestral de Jurisprudência do STF. Brasília, (70): 469-473, nov., 1974).

A ressalva, como é de observar-se, não se justificava nem se justifica, uma vez que os tributos locais, visando a estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, sempre foram vedados pelas Constituições Brasileiras. Daí a excelente lição de PONTES DE MIRANDA, quando afirma:

“A retirada da parte final do então art. 20 (hoje, art. 19), “*verbis*” “exceto o pedágio para atender ao custo das vias de transporte”, de modo nenhum proíbe criar taxas, inclusive o pedágio, se falta o pressuposto para vedação (interestadualidade do tributo, ou intermunicipalidade). A taxa que se estabeleceu para ponte, ou túnel, não é tributo interestadual ou intermunicipal.” (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, t. 2, p. 407).

Outro aspecto que merece ser salientado com relação ao tema ora abordado é o de que a tendência quase unânime, hoje, é no sentido de considerar o pedágio um simples **preço público**, deslocando-o, portanto, da categoria dos tributos. Aliás, a esse respeito, firme é a posição de HELY LOPES MEIRELLES que esclarece:

“Pois já demonstramos, com base no elemento histórico dessa tarifa, e analisando a elaboração constitucional, a opinião autorizada dos publicistas e a jurisprudência dos tribunais, que o pedágio é um simples preço público (estranho à categoria dos tributos), que visa a remunerar a construção e manutenção de obras rodoviárias especiais, de utilização vantajosa e facultativa para os usuários. Não é taxa; não é imposição fiscal compulsória e dependente de autorização constitucional para sua fixação e arrecadação. É um preço público, de livre pagamento por quem utiliza o bem ou serviço oferecido aos interessados na sua fruição. Daí por que a Emenda Constitucional nº 1, em boa hora excluiu o pedágio dos tributos de barreira cuja cobrança é proibida em nosso País.”

E prossegue:

“Tanto isto é exato, que o Decreto-Lei Federal nº 791, de 27-8-1969, ao dispor sobre o pedágio em rodovias federais, refere-se expressamente a “tarifas de pedágio”, caracterizando assim corretamente o **preço público** a que ficam sujeitas as auto-estradas do sistema rodoviário da União, “para amortização de seus custos, atendimento das despesas de manutenção, repara-

ção, administração e remuneração do capital investido ou reinvestimentos destinados a melhoramentos, acessos e ampliações necessários” (arts. 3º a 6º). (Op. cit., p. 329/330).

Como se nota, não constitui o pedágio senão um **preço de utilização** (pelo uso da estrada, ponte, etc.), não havendo, conseqüentemente, nenhuma restrição de caráter legal ou constitucional capaz de ser oposta à sua fixação e arrecadação.

Nenhum óbice existe, portanto, que impeça os Municípios de instituírem **pedágio** destinado exclusivamente ao atendimento das despesas de construção, conservação e melhoramentos de suas estradas, ou de qualquer outra obra viária de natureza especial (pontes, túneis, etc.).

É de salientar-se, no entanto, que é muito mais conveniente se institua o pedágio não como taxa, mas como preço público ou tarifa, pois, como preço, uma vez criado por lei, será atribuição do Executivo estabelecer o seu “quantum”, isto é, as tarifas respectivas, e, inclusive, permitir que a construção e exploração da obra viária seja objeto de concessão.

De outra parte, concebido como taxa, sua cobrança fica adstrita às disposições dos arts. 18, I; 19, I; 62, § 2º (que proíbe a vinculação do produto da arrecadação) e 153, § 29 (princípio na anualidade), todos da Constituição Federal e art. 77 do C.T.N. (Código Tributário Nacional).

Com efeito, M. SEABRA FAGUNDES dá notável colocação à questão, quando, após afirmar que o pedágio não é imposto, mas taxa ou preço, segundo as circunstâncias em que adotado, e que a fronteira entre o preço público e a taxa, como contribuições devidas pelo indivíduo a troco de prestações emanadas do Estado (direta ou indiretamente), se mostra por vezes indecisa, conclui:

“Ora, tendo previsto a exploração de vias de transporte mediante concessão, o texto constitucional admitiu virtualmente, se sujeite esse serviço ao regime de preços. Sim, porque a concessão supõe, necessariamente, remuneração do concessionário.

rio mediante pagamento da utilização pelos usuários, segundo uma tarifa de preços (Emenda nº 1, art. 167). Preços que para as estradas de rodagem se traduzem no pedágio ou rodágio.” (*Revista de Direito Público*. São Paulo, (18): 330-334, out./dez., 1971).

Respondemos, assim, afirmativamente, às duas primeiras indagações formuladas na consulta: viabilidade da cobrança de pedágio e sua constitucionalidade. Conveniência, porém, de sua instituição como preço público.

No que diz respeito ao procedimento da Prefeitura para a criação do pedágio, como já ficou esclarecido, depende de provimento legal.

Todavia, antes de qualquer iniciativa tendente à sua instituição, seria de bom alvitre o exame e estudo do Decreto-Lei Federal nº 791, de 27 de agosto de 1969, que, dentre outras medidas, sujeita sua cobrança à prévia verificação técnico-econômica de viabilidade e rentabilidade (art. 3º).

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 12 de junho de 1978.

ÍNDICE

ACUMULAÇÃO DE CARGOS – Juiz Adjunto e Professor, por Valdacyr Santo Scomazzon – Parecer 3834/CGE	127
ALLGAYER, Antônio Estêvão. Constituição de condomínio em terreno enfitêutico – Parecer 3759/CGE	177
AUTOMAÇÃO – Automação da Justiça, por Franz Göttlinger e Jochen Schneider	11
BENS PÚBLICOS – ALIENAÇÃO – Alienabilidade de bens imóveis loteados, por Mário Bernardo Sesta, Parecer 3750/CGE ..	151
COUTO E SILVA, Almiro. Competência estadual para legislar sobre tombamento – Parecer 3867/CGE	141
DEFENSOR DATIVO – Habilitação profissional do defensor dativo, por Manoel André da Rocha – Parecer 3700/CGE	207
DESAPROPRIAÇÃO – Revenda de bens expropriados com fins urbanísticos, por Celso Antônio Bandeira de Mello	45
DIAS, Francisco Gonçalves. Constitucionalidade do pedágio – Parecer 3853/CGE	221
DIREITO CONSTITUCIONAL – Executivo “forte”: o equívoco no plano jurídico, por Michel Temer	113
DIREITO REAL – Concessão de direito real de uso, por Mário Nunes Soares – Parecer 3577/CGE	215
DISTRITO INDUSTRIAL – Concessão de direito real de uso, por Mário Nunes Soares – Parecer 3577/CGE	215
DISTRITO INDUSTRIAL – Revenda de bens expropriados com fins urbanísticos, por Celso Antônio Bandeira de Mello	45

EMPRESA PÚBLICA – e sociedade de economia mista, por Ney Sá – Parecer 3777/CGE.....	187
ENFITEUSE – Constituição de condomínio em terreno enfitêutico, por Antônio Estêvão Allgayer – Parecer 3759/CGE.....	177
GÖTTLINGER, Franz e SCHNEIDER, Jochen. Automação da justiça	11
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. Contagem de tempo ficto para aposentadoria – Parecer 3610/CGE	201
LEI ORÇAMENTÁRIA – Veto a projeto-de-Lei orçamentária, por José Maria Rosa Tescheiner – Parecer 3729/CGE.....	123
LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da proibidade no Código de Processo Civil	55
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Revenda de bens expropriados com fins urbanísticos.....	45
MUNICÍPIO – AUTONOMIA – A posição do município e a ordenação do solo, por José Afonso da Silva	101
PATRIMÔNIO CULTURAL – Competência estadual para legislar sobre tombamento, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3867/CGE	141
PEDÁGIO – Constitucionalidade do, por Francisco Gonçalves Dias – Parecer 3853/CGE.....	221
PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR – Habilitação profissional do defensor dativo, por Manoel André da Rocha – Parecer 3700/CGE	207
PROCESSO CIVIL – O princípio de proibidade no Código de Processo Civil, por Alcides de Mendonça Lima	55

ROCHA, Manoel André da. Habilitação profissional do defensor dativo – Parecer 3700/CGE	207
SÁ, Ney. Empresa pública e sociedade de economia mista – Parecer 3777/CGE	187
SCHNEIDER, Jochen e GÖTTLINGER, Franz. Automação da Justiça	11
SCOMAZZON Valdacyr Santo. Acumulação de cargos de Juiz Adjunto e Professor – Parecer 3834/CGE.....	127
SESTA, Mário Bernardo. Alienabilidade de bens imóveis loteados – Parecer 3750/CGE	151
SILVA, José Afonso da. A posição do município e a ordenação do solo	101
SOARES, Mário Nunes. Concessão de direito real de uso – Parecer 3577/CGE	215
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – Empresa pública e, por Ney Sá – Parecer 3777/CGE	187
TEMER, Michel. Executivo “forte”: o equívoco no plano jurídico ..	113
TEMPO DE SERVIÇO – Contagem de tempo ficto para aposentadoria, por Alexandre Henrique Gruszyński – Parecer 3610/CGE	201
TESHEINER, José Maria Rosa. Veto a projeto-de-lei orçamentária – Parecer 3729/CGE	123
TOMBAMENTO – Competência estadual para legislar sobre, por Almiro do Couto e Silva – Parecer 3867/CGE	141

